



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

COORDINACIÓN DE LA EDICIÓN

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

TOMO II

*El presente trabajo fue realizado por el equipo de trabajo de la Relatoria de la Sala de Casación Penal, bajo la Coordinación y Dirección del Dr. Eugenio Fernández Carlier, Presidente de la Sala.
Bogotá, D.C. 2017*



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
PRESIDENTE

EYDER PATIÑO CABRERA
VICEPRESIDENTE

MAGISTRADOS

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

AGRADECIMIENTOS

A los funcionarios y empleados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Un merecido reconocimiento y agradecimiento a los funcionarios y empleados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que con su esfuerzo han contribuido día a día a la labor que cumple la Sala en su tarea de administrar justicia. Ellos son:

MAGISTRADOS AUXILIARES

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA, MARCO ALFREDO MORALES VELA, ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS, CARLOS FABIÁN PEÑA SUÁREZ, ILICH FELIPE CORREDOR, HÉCTOR CASANOVA GONZÁLEZ, HÉCTOR ALARCÓN NOBLES, MAURICIO ALFONSO SENEJOA, HERNANDO BARRETO ARDILA, LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, FERNANDO DARIO BOHORQUEZ TOVAR, PATRICIA CANTOR, RAÚL CASTAÑO VALLEJO, RAFAEL CALDERÓN BALBUENA, MARIO CORTES MAHECHA, IVÁN ANDRÉS CORTES PEÑA, RODRIGO ECHEVERRI JIMÉNEZ, SOCORRO FERNÁNDEZ MORENO, AGUSTÍN GARCÍA RIVERA, ALEXANDRA GARCÍA PARRA, ORLANDO GARCÍA, MAURICIO GARCÍA CADENA, OSWALDO GARZÓN PAIPILLA, ALEJANDRO GUERRERO TORRES, MIGUEL ANTONIO GUIO BARRERA, JAVIER ENRIQUE HURTADO RAMÍREZ, NELSON ANDRÉS LEÓN RUÍZ, GUILLERMO JOSÉ MARTÍNEZ CEBALLOS, SANDRA LILIANA MAHECHA QUINTERO, BLANCA HELENA MATEUS, CARMEN ROSA MENDOZA NEIRA, NESTOR ORLANDO MILLÁN GÓMEZ, EDUARDO MORENO ACERO, LUIS FERNANDO MURILLO OCAMPO, HENRY MORENO, JOSÉ LIBARDO NIETO, FABIO OSPITIA GARZÓN, CARLOS AUGUSTO OSORIO OROZCO, ALEXANDRA OSSA SÁNCHEZ, MARIA CRISTINA PATIÑO GONZÁLEZ, ÁLVARO PASTAS OBANDO, SANDRA HELENA PORTILLA CONSTAIN, LAURA PATRICIA PRIETO RESTREPO, RICARDO RAFAEL RIVERO RICARO, ROLANDO ROBAYO, LUISA FERNANDA RUEDA VELÁSQUEZ, MARIA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA, MARTHA LUCÍA SALGAR RANGEL, CARLOS ARTURO SUAREZ ROBLEDO, XENIA ROCÍO TRUJILLO HERNÁNDEZ, ÁNGEL OVIDIO VARGAS GALÁN, YOMAIRA VALLES ROMERO Y LUIS FERNANDO ZAPATA .

PROFESIONALES ESPECIALIZADOS GRADO 33

GINA KATHERIN AMAYA HUERTAS, LILIBETH ALSINA BUSTOS, MARÍA MONICA CADENA RODRÍGUEZ, LAURA XIMENA OLAVE GUTIERREZ, JEFFERSON EFRÉN RUÍZ, LIDA ANGARITA, SANDRA ÁVILA LÓPEZ, ROBERTO CARLOS ARRAZOLA MORENO, ADRIANA LUCÍA ARIAS LANDINES, GLORIA INÉS ALAIX AGUILAR, EDWIN ALTAMIRANDA RODRIGUEZ,

ANYELO MAURICIO ACOSTA, PEDRO FERNANDO BALLESTEROS PEÑARANDA, MARÍA ANGÉLICA BEJARANO PUELLO, JOSÉ ASDRALDO BONILLA QUINTERO, MAURO CASALLAS, MARÍA MILADY CAÑÓN, JORGE LEÓN CEBALLOS ACOSTA, MARGARITA MARÍA CHINCHILLA LEBOLO, CIRO ALFONSO GÓMEZ CARREÑO, MAYRA LUCÍA GUTIÉRREZ FAJARDO, LUZ HELENA HERNÁNDEZ ÁNGEL, LILIANA ANDREA JOSSA JAMIOY, JORGE LUIS LEIVILLER PALOMINO, DELIO ENRIQUE MAYA BARROSO, WILLIAM MAURICIO MILLÁN VARGAS, ANA CAROLINA MOLINA VILLA, CESAR MONTAÑEZ, ALEXANDER ORTEGA CHACÓN, DIEGO ALEJANDRO PLAZAS GIRALDO, MAURICIO ALEJANDRO PARGA POVEDA, SEVERO RODRIGUEZ, EDUARDO JULIÁN RODRIGUEZ, ANDREA PATRICIA RODRIGUEZ TORRES , SANDRA RODRÍGUEZ, JOSÉ JORGE ROMERO ROJANO, MARIA ISABEL SANTOS MÉNDEZ, INGRID URIBE, VÍCTOR JULIO URIBE GÓMEZ, JOHANA EUGENIA VELÁSQUEZ, XIOMARA JAZMIN VILLOTA RODRIGUEZ, OSCAR HUBER ZUÑIGA CÓRDOBA Y LUIS DANIEL MANTILLA ARANGO

AUXILIARES JUDICIALES GRADO I

CARLOS ALBERTO PIÑEROS ARCILA, MIGUEL ORLANDO BOHÓRQUEZ RINCÓN, ERIKA ALEJANDRA FIGUEROA MONTOYA, GERMÁN GARZÓN SÁNCHEZ, LORIKARYN MORENO RODRIGUEZ, MILLER ALFONSO RAMÍREZ SOLÓRZANO, NUBIA ESPERANZA RODRÍGUEZ APARICIO, FERNANDO AUGUSTO RUÍZ DELGADO Y LAURA JIMENA SEPÚLVEDA GUALDRÓN.

SECRETARÍA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA, ALBA LUZ PIEDRAS ORTIZ, SERGIO LUÍS CLAVIJO RANGEL, VÍCTOR HUGO GUALDRÓN HERNÁNDEZ, ADRIÁN HERNÁNDEZ AGUILAR, DORIS LUCIA MARTINEZ GARCÍA HOLLAM RENE FUENTES RIAÑO, DORA LILIANA MANRIQUE NARANJO, RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ, MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ, ALEJANDRA CANO CUERVO, EDWIN EDUARDO CASTRO MUÑOZ, MANUEL JOSÉ CARDOZO SAAVEDRA, ALEXANDER CACHÓN VANEGAS, JORGE HUGO BARÓN RUIZ, KAREN ROCÍO BELTRÁN CRISTANCHO, RUBÉN DARIO BOJACA DIAZ, HÉCTOR LEONEL BLANCO MALDONADO, DENNYS LORENA ESPEJO IZQUIERDO, ÁLVARO AUGUSTO GÓMEZ CASTRO, ANA MARÍA GONZÁLEZ CAMACHO, LEONOR GUALDRÓN VARGAS, DANIEL ALBERTO RODRIGUEZ MUÑOZ, LUIS FABIÁN ROMERO AREVALO, LUZ MERY SÁNCHEZ ARIAS, LEIDY YOHANA SUAREZ SÁNCHEZ, INGRID MARQUEZ BERNAL, LUZ ARMILA MARTINEZ BARRERA, DIEGO FERNANDO VERNAL VELANDIA, CAMILA CABRERA GARCÍA, STEPHANIE IVONNE DALIZ CELEDON, PAOLA LÓPEZ LARA, JOSÉ VICENTE LEÓN VARGAS, ALEXANDER ROGELES SÁNCHEZ, GLORIA MARÍA OÑATE Y NÉSTOR RAÚL PATACÓN.

RELATORÍA

MARIA JULIANA ESCOBAR GUTIERREZ, LUZ MARITZA CASTELLANOS USECHE, JHONATAN GARCÍA GARCÍA, FABIO LEONARDO BERNAL GARCÍA, ERIK GIOVANNI MÉNDEZ PEÑA, CARLOS ALFONSO HERRERA DÍAZ, ELSY PAOLA VEGA AURELA, LUZ HELENA ARCINIEGAS CAICEDO, DIANA MARCELA RAMÍREZ MELO, ANDRÉS DARÍO RIVERA CHIAPPE, DANIEL RODRÍGUEZ DUARTE, OLGA LUCIA PÉREZ CÁRDENAS, MARY LUZ BERMUDEZ TOVAR, VIVIANA ANDREA AREVALO BASTIDAS Y LAURA VANESA NAVARRO SOTO.

PRESENTACIÓN

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estima de importancia entregar a la comunidad este documento histórico acerca del pensamiento de la jurisprudencia sobre el sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 y la legislación complementaria.

La obra en cuatro tomos pone a consideración las decisiones que han marcado hito en la aplicación del sistema acusatorio en Colombia.

En este segundo tomo se ofrecen las líneas jurisprudenciales sobre la indagación y la investigación, medios cognoscitivos en la indagación e investigación, formulación de imputación, régimen de libertad y restricción, principio de oportunidad y preclusión de la investigación.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Corte Suprema de Justicia
Presidente Sala de Casación Penal

SOMOS LA CARA HUMANA DE LA JUSTICIA.

Exaltación.

Saludo con alegría a mi familia, con la que construimos la cara humana de la justicia, un abrazo, mi voz de aliento y felicitación por la labor cumplida.

Este es un reconocimiento a los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, quienes sirven a la justicia en la rama judicial, la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

Gracias a los jueces, fiscales, defensores, empleados y magistrados de los Distritos Judiciales de San Gil, Bucaramanga, Bogotá, Cundinamarca, Pamplona, Pasto, Barranquilla, Santa Marta, Riohacha, Sincelejo, Valledupar, Quibdó, Medellín, Manizales y Tunja, por compartir las inquietudes sobre la Cara Humana de la Justicia y haberle regalado a la justicia el corazón para que germinase la semilla del cambio, para que la majestad de la justicia se gane el reconocimiento y la admiración de la sociedad colombiana.

Reconocimiento a quienes me han inspirado.

El mensaje que trasmito en esta oportunidad es exclusivamente la repetición de las enseñanzas que han dejado maestros, filósofos, literatos, psicólogos y pedagogos de la motivación, quienes se han preocupado por promulgar reglas de comportamiento que hagan de los seres personas dignas, de bien, con éxito, reconocidas por sus virtudes.

Valoro y comparto esas enseñanzas, lo que expreso es el pensamiento de Jorge Duque Linares, Nick Vujicic, Miguel Ángel Cornejo, Carlos Kasuga Osaka, Adriana Macías, Daniel Colombo, Pedro Medina, Raúl Mario Castellón, Jerry Báez, Yokoi Kenji, por citar algunos de los que he oído y leído, de los cientos más de personas que por vocación contribuyen al crecimiento de sus semejantes. Mi aporte es solamente difundir sus

mensajes y contar las historias de vida que mis amigos me relatan, aplicándolas a quienes administran justicia en Colombia.

Un regalo para la justicia.

Este instante es muy importante, nos va a permitir reflexionar y tomar decisiones para bien personal, familiar y laboral. Dispongamos, regalémosle el corazón a la justicia, esa fue la decisión que tomamos cuando decidimos estudiar derecho y a mí déjenme depositar en ese corazón la semilla que construyo con estas ideas y que cuidaran como lo más preciado todos los días, para que crezca un árbol frondoso, que dé los frutos que anhelamos.

Los patrones, los principios y los valores de comportamiento deben estar en permanente juicio crítico, al interior de nuestro ser se deben hacer reflexiones para fortalecer, eliminar, mejorar o cambiar si es necesario, hay que alimentar el espíritu y la ética y construir hábitos que nos hagan dignos.

Nunca es tarde para comenzar, para mejorar. Ese esfuerzo la familia, la patria y Dios lo premiaran.

Mirada al pasado: orgullo o vergüenza.

Los invito a recordar el pasado, a examinar nuestra conducta. Después de este repaso, respondámonos si nos sentimos orgullosos o avergonzados de lo que hacemos en casa, en el trabajo, frente a los demás, si somos dignos adalides de ser la cara humana de la justicia.

Lo que hago en el trabajo es una manifestación de lo que ocurre en la vida privada, es necesario verificar el estado de ánimo, las condiciones con las que partimos del hogar a la oficina.

Cómo nos comportamos al llegar al lugar donde laboramos, de qué manera tratamos al auxiliar, a los compañeros, a los empleados de la secretaría, a las partes e intervinientes en las diligencias y audiencias judiciales, en qué condiciones me encuentro cuando estudio el expediente y procedo a escribir las decisiones.

Lo ideal es que la persona preste el servicio a la justicia sin presiones, contaminación, alteraciones, lo haga sereno, calmado, reposado, dándose el tiempo y haciendo las reflexiones, confrontaciones y análisis que sean requeridos para una acertada decisión.

Hay un incendio que está destruyendo la majestad de la justicia, no se cree en los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, empleados, ni en los abogados, en las leyes, en nuestro trabajo, y, no es cierto todo lo que se afirma, pero algunas de las críticas son fundadas, es por éstas que estoy preocupado y son las que han motivado mi interés por esta plática de la cara humana de la justicia.

Cómo debería ser quien nos investigue y juzgue.

La reflexión a la que invito obliga a sugerir que nos consideremos investigados por haber cometido un delito y a partir de esta hipótesis nos preguntemos: ¿Cómo deberían ser las virtudes del juez, el fiscal, los investigadores, el procurador, el defensor y los empleados que tuvieran a su cargo el proceso penal adelantado en contra nuestra?.

Comportamientos indebidos. Al repasar la cotidianidad de las labores ejecutadas en los procesos, debemos interrogarnos si en Colombia los funcionarios, los empleados o los defensores, asumen comportamientos indebidos, como por ejemplo:

Gritar, maltratar, insultar o ultrajar. Me pregunto si los hay soberbios, arrogantes, orgullosos, autoritarios, intolerantes o arbitrarios, si no observan en el trato las buenas maneras, o si la razón de los argumentos está en la investidura, en el miedo, la soberbia o el poder, si el orgullo se sustenta en la vanidad, si los ascensos no corresponden ciertamente a las virtudes o si la codicia puede más que la justicia.

Las particularidades señaladas no constituyen la regla de comportamiento en la justicia, pero hay que admitir que excepcionalmente se presentan, estas actuaciones aisladas no pueden seguirse repitiendo, hay que

cambiarlas por las buenas maneras, hay que mejorar para ser personas éticas.

Qué jueces y justicia queremos para que nos juzguen, ese trato, esa forma de obrar que reclamamos para nosotros es el mismo que debemos dar a los demás, a los usuarios del servicio que prestamos. No puede haber diferencia, si la hacemos no sería justo.

Se dice que en una comercializadora de alimentos perecederos, del centenar de trabajadores, solamente uno al entrar saludaba y al salir se despedía del celador, por su nombre, le daba una palmada en el hombro y le deseaba bienestar, esta conducta se repetía diariamente. Un día después de terminada la jornada laboral, el celador se percató que su compañero entró pero no se había despedido, por lo que hizo una revisión de las instalaciones y lo encontró atrapado en uno de los cuartos fríos, de donde lo rescató, salvándole la vida.

El cumplimiento del deber actuando como personas dignas da frutos inesperados, así debemos obrar los que administramos justicia, como ese trabajador y el celador de la empresa de alimentos perecederos, hay que dar trato digno a todos para salvar la justicia.

Tenemos ya una tarea, demos a los demás el trato que exigimos para nosotros.

La formación en el hogar.

En casa los padres nos educan para la vida y en Colombia en la escuela o la universidad se capacita para el trabajo.

La trascendencia de la crianza de los padres en la conducta personal y de los futuros administradores de justicia es indiscutible, es tan importante la educación en el hogar que desde allí se pueden estar formando hijos con capacidad para ser injustos, indignos o corruptos, o ciudadanos honestos, responsables y dignos.

Los antivalores se arraigan en los menores cuando los padres en lugar de corregir a tiempo a sus hijos les celebran la mentira, los malos hábitos, las apropiaciones indebidas (en casa o en el colegio), la irresponsabilidad en el cumplimiento de los deberes como hijo, como persona, como estudiante, si a los niños se les deja crecer engañados que el dinero, el juego, el ocio o la diversión son un modo y una razón de vida. Qué esperanzas podemos tener si estos hijos son los que van a dirigir el país, si serán los futuros abogados, los que administraran justicia.

El patrimonio que les dejemos al morir a los hijos no tiene ninguna importancia, lo valioso es “qué hijos formamos y le dejamos” a Colombia.

La importancia del conocimiento, los títulos, los cargos y la autoridad.

Desde que sentimos inclinación por estudiar derecho nos mostramos decididos a conocer y estudiar la ley, la ciencia, la doctrina y la jurisprudencia.

El conocimiento, la capacitación y la sabiduría se convierten para los penalistas en lo más importante, en la razón de ser de nuestros ascensos, de la autoridad y la justicia. Así lo enseñan las universidades y las instituciones comprometidas con ese servicio, así lo aprendimos y lo practicamos.

Los hogares y la educación en las universidades, colegios y escuelas deben cambiar la ecuación profesionales por signo pesos por la de profesionales por personas éticas. Los profesores deben suministrar bases elementales en sus materias, promover la autoformación y ofrecer más capacitación en áreas de comportamiento, valores y humanismo.

Un estudiante, un principiante en el área del derecho, en la prestación del servicio de la justicia, es un molde, los profesores, jefes y compañeros deben aportar para configurar la persona digna, aquella que a futuro será la cara humana de la justicia. De qué se nutrió el molde, el hijo, el alumno, el juez,

el fiscal, el abogado, de ternura, amor, comprensión, imparcialidad, honestidad, o de odio, rencor, deshonestidad, ambición o venganza.

Formemos a quienes nos ayudan para que sean optimistas, alegres, dedicados, es un compromiso de nosotros que los demás crezcan, no podemos ser meros espectadores, tenemos que ser protagonistas del éxito de nuestros semejantes, hay que forjar seres dignos que nutran la sociedad, al gremio de quienes trabajan con la justicia y también propiciar la rehabilitación de los procesados, son seres humanos que tienen derechos, dignidad, valores que hay que rescatar.

No se pueden evitar los tropiezos, se presentaran, pero hay que superarlos, jamás hay que renunciar a intentarlo, tiene que seguirse dando lo mejor de nosotros, pero no hay que hacerlo con mano cerrada, así no se da ni se recibe, formemos con la mano tendida, abierta, para construir, levantar, ayudar y crecer, con una mano que enseñe a mejorar las relaciones y aprovechar las oportunidades.

El error de formación. Después de cuarenta años de ocuparme del conocimiento, de titularme y especializarme, de recibir las investiduras de magistrado, juez, fiscal, defensor y empleado, advierto de su importancia, pero descubro mi error, ahí no está la esencia de la justicia.

La esencia de la justicia: es ser persona digna. La esencia de la justicia está en ser persona digna, tener don de gentes, ser humilde, sencillo, comprensivo, prudente, sensible, honesto, mostrar la cara humana de la justicia en el cumplimiento de esa misión y de las funciones.

Ser persona ética es lo más importante, es lo más sublime, es lo más valioso.

Qué justicia queremos en Colombia.

No hay nada más injusto que los juicios sustentados en criterios que no representan la identidad de una sociedad, de un Estado, esta afirmación está en el Preámbulo de la Carta Política al propugnar por la unidad de la Nación, de la justicia y del orden social justo.

Cuando la Carta Política en su artículo 232 impone para el ejercicio de la magistratura ser colombiano de nacimiento, le da sustento a una administración de justicia con base en la idiosincrasia, la cosmovisión, la cultura, la costumbre, los principios y valores que rigen a los colombianos.

Entonces, por mandato constitucional, las instituciones judiciales y la justicia deben tener aroma colombiana, como lo canta Jorge Celedón, la Constitución Política ordena vivir esta vida bonita con mi gente y que la justicia en mi tierra sea dulce como la caña y tenga aroma a un traguito de café.

En Colombia no se sustenta la justicia únicamente en los números, los resultados materiales, prácticos, contables, en las estadísticas; no se multiplica la justicia por el signo pesos, por el interés, la operación de la justicia colombiana se agota multiplicándola por el signo personas éticas, con valores y principios.

Los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados deben buscar el conocimiento de la ciencia penal y sus instituciones haciendo siempre prevalecer las interpretaciones que identifiquen la justicia con los principios y valores de los colombianos. La confrontación con la legislación foránea debe alimentar la cultura, pero las decisiones y las convicciones se deben forjar con criterio propio, jamás el esnobismo debe ser el fundamento de las determinaciones judiciales.

La información, la capacitación y la experiencia de los que sirven a la justicia en Colombia ha sido lo suficientemente ilustrada y desarrollada, a tal grado que debemos admitir que tenemos una identidad propia en la rama judicial, la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, construida con la legislación nacional, la doctrina y la jurisprudencia. Este perfil hay que mantenerlo y fortalecerlo más en lo sucesivo.

La justicia debe decidir los problemas de los colombianos con criterios y caracterizaciones propias, se insiste, con sabor a caña dulce y aroma a un traguito de café.

Quiénes administran justicia y deben ser personas éticas.

No podemos continuar nuestra reflexión si no identificamos a las personas que administran justicia en Colombia.

La justicia no la administra únicamente el magistrado o el juez, también los que participan en el proceso penal en calidad de fiscal, procurador, defensor y los empleados que contribuyen con el trámite del proceso. Cada uno de ellos es el alma de la justicia, la conducta desarticulada de uno afecta la cara humana de la justicia, su imagen, su majestad.

Me pregunto, qué sería de la búsqueda de la verdad, del propósito de acertar y de dar a cada quien lo que le corresponde en un proceso, si el citador no cumple con la función de hacer saber al testigo que debe comparecer a declarar, si el oficial mayor y el escribiente, así como el secretario, no agregan los memoriales a la actuación, no elaboran los oficios comunicando al perito las inquietudes que deben ser resueltas y no rinden los informes que a tiempo deben conocer los jueces para decidir. Qué sería de la justicia sin el trabajo de los investigadores, o las opiniones, los juicios y la labor que desde su rol cumplen los fiscales, procuradores, defensores o víctimas, dialéctica necesaria para que el juez decida en derecho el problema jurídico planteado.

¿Qué sería de la justicia, vuelvo y me pregunto, si la conducta de todos no cumple la misión de ser su cara humana?.

Cuál es el perfil de los administradores de justicia.

Cuál es el perfil que le conviene a la justicia colombiana para sus magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, para ser la cara humana de la justicia?

Si aceptamos que cometemos errores, que nos equivocamos, si admitimos que la esencia de la justicia está representada en los valores y el humanismo de nuestras conductas, la única solución es cambiar, corregir, para que la justicia sea un servicio de calidad que deje satisfacción en nosotros, en la sociedad y en los usuarios del servicio, mejoras que no se logran con una ley ni con la jurisprudencia, mucho menos escribiendo tratados de derecho sobre un tema jurídico, solo se alcanza ese propósito siendo personas éticas.

El cambio gira en torno a ser personas dignas, ofrecer un servicio de calidad y satisfactorio, ser funcionarios excelentes, no incurrir en defectos y excesos, en hacer del proceso penal una oportunidad para resolver problemas.

Necesitamos servidores que no se rindan, que luchen por los propósitos y los cambiamos anhelados, que intenten transformar el servicio de justicia hasta lograrlo.

Por qué ser personas dignas.

En la vida hay dos opciones: hacer el bien y ser felices o hacer daño y vivir amargados. Por cuál optamos?.

El propósito que debe orientar la conducta de un servidor de la justicia en la vida es luchar por hacer el bien y ser felices, con todo lo que ello implica.

La felicidad no se obtiene con la satisfacción material, sin afecto o amor por lo que hacemos no hay realización. No hay que hacer el mal, solamente el bien y seguir con ese rumbo.

A la humanidad hay que educarla para que aprenda a ser feliz y no materialista, hay que enseñar a las personas a que se fijen en el valor de las cosas y no en el precio únicamente, a “diferenciar entre un ser humano y ser un humano”.

Para no hacer daño, para ser felices, hay que organizar la vida, eliminar lo indeseable, lo negativo, alejarnos de los conflictos, no mirar a los semejantes como seres distintos y con distancia, hay que rescatar lo positivo, en fin hay

que identificar lo malo para elegir lo bueno, hay que construir y no destruir, no hay que optar siempre por lo más fácil, hay que optar por las utilidades que dejan las dificultades.

Los gritos, las miradas, las palabras, el trato, las decisiones, son bienvenidos cuando disparan afecto, amor, justicia, verdad, felicidad.

El valor y la dignidad de lo que hacemos no está en las explicaciones sino en las reflexiones, estas me deben permitir saber lo que quiero para no marchar desorientado, conocerme a mí mismo y a los demás, identificar el talento, las debilidades, las fortalezas, para obrar como un líder, siendo el primero en luchar e inspirar a otros.

Quiénes tienen que mejorar.

Pero, quiénes tienen que cambiar?. Acaso los demás?. No. Los que tenemos que cambiar somos nosotros, los que administramos justicia.

La justicia nos da todo, el trabajo, el alimento, lo necesario para la familia, para realizarnos, nos da felicidad, ¿Por qué entonces, permitimos con nuestra conducta que la majestad de la justicia se afecte?.

Tenemos que convencernos que hay que cambiar, nadie nos va a convencer si no queremos, si no lo admitimos.

Hay que mejorar, somos los únicos que podemos hacerlo, los demás no van a hacer nada por nosotros, el prestigio de la justicia está en manos de quienes la construimos y la administramos.

Los invito a cambiar, a ser la cara humana de la justicia.

Los invito a buscar la verdad, a dar todo de nosotros, a rescatar la humildad, obrar con dignidad, honor y honradez, con acierto, imparcialidad, respeto y consideración.

Los invito a perdonar si es necesario, a acudir a la sabiduría y probidad para ganarnos la confianza y la admiración. A veces el perdón en el campo de la justicia no conlleva la exoneración de la sanción que la ley establece, pero

lo perdonable desde lo ético restablece la armonía, el sosiego, la paz, las condiciones necesarias para comenzar de nuevo.

Pongámonos como tarea cambiar y mejorar por el bien de la justicia. Los invito a dar un no rotundo a la mentira, la intolerancia, el interés personal, la soberbia, la ambición y la codicia. Así se rescata la imagen de la justicia.

Los valientes que van a cambiar. Y, dicho lo que he dicho, me pregunto dónde están los valientes?. Esta no es una tarea para cobardes, ni para mediocres, sino para valientes, no me cabe la menor duda que aquí están los valientes, los asistentes a la conferencia o los lectores de este escrito, su presencia o la lectura es la prueba que aquí están decididas a ponerse de pie las personas que harán que la justicia sea majestuosa, que ella con nuestro esfuerzo alcanzará la cima y se convertirá en un símbolo admirado y respetado por los colombianos.

Los abogados, empleados, estudiantes, defensores, procuradores, fiscales, jueces y magistrados somos los valientes, nos comprometemos de ahora en adelante a no preguntar quién lo hará, diremos yo lo haré, yo seré:

Yo seré el más humano,

Yo seré honesto,

Yo seré humilde,

Yo seré imparcial,

Yo seré objetivo,

Yo daré a cada cual lo que le corresponda,

Yo seré persona digna para con mis semejantes,

Yo obrare y decidiré con base en la buena fe y lo probado en el expediente,

Yo seré comprensivo, prudente y sensato,

Yo perdonare a quien haya que perdonar y condenare al que sea responsable,

Yo me comprometo a que los colombianos tengan confianza, se sientan satisfechos y orgullosos de la justicia que se administra.

¿Es imposible cambiar?.

Es, acaso, imposible cambiar?.

Imposible es solamente lo que nunca intentamos, los invito a que desde ahora iniciemos el cambio para que la justicia sea digna.

Fijémonos metas. Nosotros tenemos que fijarnos metas, propósitos, ilusionarnos que sí podemos mejorar el servicio de justicia, que no es imposible cambiar.

La rana sorda. Tenemos que obrar como lo recomienda el profesor JORGE DUQUE LINARES, cuando alude a la parábola de la rana sorda:

Dos ranas jugando caen dentro de un balde que contiene leche. Comienza su lucha por salir, pasado un tiempo y dados los resultados negativos de su esfuerzo las demás desde afuera comenzaron a gritarles que no lucharan más; son incapaces de lograrlo les decían; no pierdan el tiempo; déjense morir.

Una de ellas al oír la arenga hizo caso, dejó de nadar y se ahogó, la otra entre más le gritaban las de afuera, más aceleraba el ritmo de sus brazos, con la velocidad la leche comenzó a batirse, a convertirse en mantequilla y con el ambiente a solidificarse, así la rana salió y salvo su vida. Inmediatamente le preguntaron cómo lo había logrado y ante la insistencia de la pregunta sin respuesta, descubrieron que la ranita que se había salvado era sorda.

No es imposible, sí podemos mejorar. Que nuestros sueños no se trunquen por no creer en nosotros, intentémoslo, hagamos un esfuerzo, comencemos, sí podemos ser la cara humana de la justicia, debemos comportarnos como la rana sorda.

De qué depende la imagen de la justicia.

La imagen de la justicia depende de la calidad, el servicio y la satisfacción.

La calidad de la justicia. La calidad de la justicia está relacionada con la capacitación e idoneidad profesional, con el propósito de acertar y hacer bien las cosas, hay que acatar las reglas de sensatez, pulcritud, razón y muchas veces acudir a la sabiduría, esa que el Rey Salomón utilizó para descubrir la verdad y decidir el juicio de la maternidad del hijo disputada por dos mujeres.

Las soluciones no siempre las encontramos en el texto de la ley, en el conocimiento, en los libros, en la jurisprudencia; son representativas y ayudan a construir la majestad humana de la justicia las reglas de comportamiento social y familiar, el sentido común, el consejo de nuestros padres y allegados, los valores, la malicia, la suspicacia que aprendemos con la vida y la sabiduría, todas estas reglas, sin sacrificar la verdad y las garantías, nos señalan el camino correcto a seguir, la conducta que debemos observar, recomiendan la decisión a tomar.

El servicio de justicia. El servicio debe mostrar las virtudes y la condición humana del servidor, quien debe estar acompañado de todas las cualidades a las que nos hemos referido, siendo necesario reiterar que esa persona tiene que ser un buen padre de familia, obrar con rigor pero también con amabilidad, respeto, con buenos modales, trato digno e igual.

La justicia como servicio es incompatible con la ley del menor esfuerzo, con las limitaciones que impone un horario de trabajo o hacer exclusivamente lo que por estadística se exige.

La cara humana de la justicia no puede sustentarse en la mentira, las pasiones, la ira, el amor, el odio o el miedo, la intolerancia, los excesos, la soberbia, el ocio o la codicia.

La satisfacción de la justicia. La satisfacción del usuario de la justicia hay que mantenerla como un proceso vivo, es constante, la descubrimos cuando los que trabajamos para ella ofrecemos una sonrisa contagiosa, la que brota

fruto de la satisfacción del deber cumplido, de la tranquilidad de conciencia, porque se hizo lo que se tenía que hacer y decidir en el caso concreto.

La satisfacción llega cuando se tiene la confianza que se decidirá con objetividad, imparcialidad y el ánimo de acertar, así el juicio contra la providencia judicial indique que se respeta por obedecer a tales méritos, pero que no se comparte por el interés particular u otros motivos que alimenta el pensamiento de quien critica.

Cuál debe ser la actitud del servidor de la justicia: respira, escucha, piensa, sienta e intenta, sea humano y justo en su obrar.

La actitud en todas las situaciones de la vida, para no arrepentirnos debe obedecer a la sugerencia de Shakespeare: Antes de discutir respira; antes de hablar escucha; antes de escribir piensa; antes de herir siente; antes de rendirte intenta; antes de morir VIVE”.

La prudencia hace sabios, no por correr, por pensar y decidir primero se tiene la razón, lo aconsejable es actuar de tal manera que nunca nos arrepintamos de lo que hicimos.

El compromiso de ser abogado.

Ser abogado, empleado, juez, fiscal, procurador o magistrado no es fácil, pero es la tarea más hermosa de la vida. Este es el compromiso, que magistralmente fue descrito por autor que no he podido identificar y cuyo pensamiento seguidamente transcribo:

“Es aquél hombre o mujer que no tiene horario de trabajo, es aquél que no tiene tiempo libre, que no tiene derecho a descansar..., que no celebra cumpleaños ni feriados, que no tiene veranos ni inviernos..., es como la bandera nacional, se lava con la lluvia y se seca con el sol..., es aquél que no atiende a su familia porque debe atender y solucionar los problemas de los demás, es aquél que duerme menos que cualquiera por atender un llamado en medio de la noche..., es aquél quien muestra la foto y dice orgullosamente éstos son mis hijos...”

Ese es el legado para los míos, ellos se sentirán orgullosos de mí y yo de ellos por obrar conforme a las enseñanzas dejadas.

La justicia penal es una oportunidad para lograr la paz y no un castigo.

Quien obra como un buen padre de familia enseña como se hace justicia, especialmente la justicia penal, la presenta como una oportunidad, la hace ver como una solución y un medio para lograr la paz, advierte que no es un instrumento para crear otro problema. La justicia penal es un espacio para corregir comportamientos, para rescatar y recuperar a quien se ha puesto al margen de la ley.

No podemos seguir mostrando a la justicia penal como un castigo, como algo perverso, como una venganza. Hasta ahora todos hemos inmortalizado ese concepto y, acaso, me pregunto, a eso llaman justicia?. Hasta las denominaciones son equivocadas, Código Penal, justicia penal, jueces penales, hay que hablar de un Código de Paz, de una justicia de paz y de unos jueces de paz. La justicia no es condenar, ni todos los problemas sociales se solucionan enviando a la cárcel a las personas, la misión no es imponer penas sino sancionar para resolver un problema personal del infractor y un asunto en el que tiene interés la víctima, la sociedad y el Estado, el fin esencial es rescatar al ser humano o por lo menos controlarlo con medidas que por su política y ejecución realmente resocialicen, eduquen, capaciten, disciplinen y restablezcan.

Una persona procesada y castigada con una pena y no con una sanción, así acepte su responsabilidad, será resignada y cumplirá la prisión en medio del resentimiento, se sentirá maltratado, destruido, humillado, aprenderá en la cárcel las mañas de la delincuencia y no admirará la justicia ni respetará a los servidores judiciales, no confiará en las instituciones del Estado, porque ellas en lugar de beneficios y oportunidades le generan daño irreparable a la persona juzgada y a su núcleo familiar.

El proceso y la sentencia deben hacer algo por el infractor de las reglas sociales, el juez con respeto y objetividad debe presentar su comportamiento para que lo acepte y lo interiorice, reflexione, hay que hacer visible sus debilidades y mostrar las fortalezas, las opciones y oportunidades que el Estado, la sociedad y la familia ofrecen, para que en lo sucesivo tome decisiones constructivas, se determine a obrar con amor por sí mismo y los demás, a construir sueños, planear su porvenir, añorar un futuro diferente, vivir feliz con los suyos, encontrar en la justicia una razón de ser, el motivo para olvidar el pasado y diseñar su futuro.

Un procesado, un preso, es una persona digna, un semejante, en esa condición se encuentra por el destino, por un error, por una circunstancia de la vida, en la que se puede encontrar cualquiera. Pero no todo en él es malo, a partir de sus valores se puede lograr la reflexión y aceptación de no reincidencia.

Si la razón de ser del proceso y de mi trabajo es la justicia, porque construirla a partir de actos que dejan una enseñanza y un registro negativo, como las providencias escritas con lenguaje y mensajes que destruyen en lugar de construir juicios conscientes, positivos y esperanzadores en el procesado, hagamos la justicia de tal forma que impere la dignidad, que el acto de justicia sea motivo de orgullo, por el respeto y el acierto en todo sentido y bajo ese supuesto todos sin excepción, aún los acusados, se conviertan en colaboradores de la justicia.

La justicia penal es motivo de orgullo cuando hacemos de ella un instrumento del Estado para resolver problemas, recomponer la vida del procesado, del condenado, corregir los errores cometidos, volverlo a que se sienta persona ética y respetada, que recupere la felicidad con los suyos, que obtenga el perdón de la sociedad y de las víctimas, a contar con una nueva oportunidad. Estos propósitos constituyen la misión humanista de quienes prestamos nuestros servicios en la justicia penal.

La invitación es a que seamos imparciales, obremos con rigor y como la ley lo exige, absolvamos a los inocentes y condenemos a los culpables, pero, hay que ir mucho más allá con los que resulten responsables, estamos en el deber de escribir dos párrafos más para mostrar que el proceso es la oportunidad para un corte de cuentas, a partir del cual regresará al seno de la sociedad un nuevo individuo, sí así se lo propone: Una persona recuperada, digna, de la que nos sentiremos orgullosos, porque cambiara para bien de él, de la familia y de todos.

¿Quién es el mejor servidor de la justicia?

La satisfacción la ofrece el mejor magistrado, juez, fiscal, procurador, defensor o empleado y, el mejor, es el que obra como un buen padre de familia.

Los buenos padres de familia son esos que un día tomaron la decisión de guiar a la familia, a los hijos, aceptaron enseñar a amar, ser responsables, disciplinados, respetuosos, no mentir y comportarse bien.

El buen padre de familia es ese viejo querido, sabio, que los hijos admiran, extrañan y lloran cuando se ha ido de este mundo y que hace falta por sus enseñanzas, orientaciones, consejos, opiniones y reproches, porque no hay otro como él, todos los días lo necesitamos más, orgullosamente es el mejor.

El buen padre de familia juzga a su hijo, lo escucha y decide con rigor y sabiduría. Con amabilidad, cortesía y respeto le hace saber que ha cometido una falta y que es responsable, además le aplica una sanción para construir y fortalecer valores, recuperarlo y habilitarlo, para que se levante y camine por el sendero del bien, lo acerca más al seno de la familia y de la sociedad, nunca para ultrajarlo, ni para destruirlo, jamás para alejarlo.

Los invito a todos los que participamos en la justicia a cumplir nuestros deberes como “mi querido viejo”, como un buen padre de familia.

Cómo se obtiene el reconocimiento, la admiración, el respeto, las distinciones y el aprecio.

El reconocimiento, la admiración y el respeto se gana por hacer las cosas bien, con el alma, con ganas, pasión y dedicación, para ser ejemplo, honrar la profesión y la justicia, para honrarme a mí mismo, a mis padres, esposa (o), hijos, familiares y amigos.

El mérito por la responsabilidad. El mérito en la justicia debe ser el fruto de la responsabilidad, la disciplina, el esfuerzo, el rendimiento, la puntualidad, el trabajo, la organización y el estudio.

Las distinciones por los valores. Las distinciones deben fundarse en las cualidades, los valores, las capacidades y no en los defectos o los excesos.

El aprecio por el coraje. La estima, el aprecio y la magnanimidad de la justicia no se apoyan en el miedo, la inseguridad, se sustentan en el coraje, la valentía, en la capacidad para resolver y no para crear problemas.

El derecho a la infidelidad.

El aprecio y el respeto son propios de la imparcialidad, del obrar con criterio y conforme a valores y principios. Estos supuestos otorgan al elegido el derecho a ser infiel para con su elector, después del nombramiento no se debe obediencia, sumisión, el designado no hipoteca por agradecimiento la autonomía e independencia que debe observar en el ejercicio de la función cuando obra como juez, magistrado, fiscal, procurador, defensor o empleado.

No es digno del justo obrar como esclavo del dominio del elector. Hay que luchar por la individualidad, el respeto, la innovación, la crítica, la independencia, los valores, todos tienen ingenio, dones, fortalezas, tengo fe en las personas que administran justicia y en los que participan en ella, olvídenos el pasado y hagamos realidad el sueño de la justicia que añoramos.

Obrar sin terquedad.

Quien no cree en sí mismo no genera confianza en la justicia, hay que obrar con base en nuestras convicciones, sin caer en la terquedad, que no nos

apliquen la ley del terco, a quien hay que darle la razón para que después se convenza que no la tiene.

La fama del excelente.

En la justicia es muy importante la fama y la excelencia: crea fama y échate a la cama. Con la reputación construida cada cual labra su futuro, su imagen.

El excelente es el que está en permanente crecimiento, es constructor de fórmulas positivas, no necesariamente hace lo mismo, siempre busca el éxito, la justicia.

Los excelentes no tienen que pedir, a ellos les ofrecen, los buscan, los tienen en cuenta, les sobran las oportunidades.

La ley del menor esfuerzo.

Las personas que administran justicia no deben asumir actitud de víctimas, el esfuerzo debe ser el máximo, no hay que acudir a los atajos ni a las excusas para dejar de hacer.

Los momentos y los sucesos deben afrontarse con compromiso, con responsabilidad, sin resistencia, las respuestas tienen que ser creativas, transformadoras de algo mejor.

La persona ética en la administración de justicia es propositiva, da más de lo que espera, se atreve, tiene liderazgo, donde esté encuentra opciones, un cómo, una luz, asume que es su compromiso, su deber.

Las derrotas y las dificultades.

Para una persona responsable de administrar justicia las dificultades son el punto de partida para la superación, nunca pierde la paciencia ni la esperanza.

No existen las derrotas, se debe intentar nuevamente. Shakespeare decía “Hay que ser fuertes y levantarse de los tropiezos que nos pone la vida, para

avisarnos que después de un túnel oscuro y lleno de soledad, vienen cosas muy buenas”.

Hay que sobreponerse a las dificultades y cambiar lo que se debe modificar, no hay que tomar los atajos, no al camino fácil, los obstáculos hay que enfrentarlos, tomarlos como un reto para que la vida sea interesante, tenga sabor y aroma.

Las equivocaciones acercan a la verdad, a las metas, por eso hay que ser rebelde, perseguir los sueños, ellos nos esperan, no hay que rendirse jamás, el error hay que identificarlo y si es necesario pedir ayuda para superarlo.

Nos equivocamos, lo imperdonable es recaer en el error, no corregirlo. Einstein recomienda que “nunca dejemos de buscar la salida ni de luchar hasta el último momento. En momentos de crisis, solo la imaginación es más importante que el conocimiento”.

El tiempo y el pasado.

El tiempo y el pasado no pueden envejecer a la justicia y a sus servidores, solo los madura y les hace adquirir experiencia.

No se vive el pasado, solamente se recuerda para rescatar lo positivo y no repetir las experiencias negativas.

Los límites y el cambio.

Los límites y los cambios están en nosotros, para nuestro caso, habría que señalar que las fronteras están en los que trabajamos para la justicia.

El valor de los demás.

Cada uno es lo cree ser, seamos nosotros mismos, sin engaños, un acierto es admitir que no lo sabemos todo, a la razón hay que cederle el paso, cualquiera sea el que la tenga.

La imparcialidad y la objetividad son los caminos de los administradores de justicia para descubrir la verdad y el valor inmenso de los demás.

Hay que dimensionar positivamente a la familia que participa en un proceso judicial para administrar justicia, hay que ser inteligentes para resolver los problemas con ellos, hay que aprender a perdonarlos, comprenderlos y con base en nuestras convicciones compartir criterios, hay que cambiar la forma como los percibimos y los ayudamos a corregir, estos cambios hacen personas. Manejemos la autoestima, resaltemos lo bueno, lo positivo, la crítica debe ser constructiva, recordemos los valores, las capacidades, el talento, explotemos las riquezas de quienes nos colaboran.

Pero los esfuerzos que hacemos con los trabajadores de la justicia debemos extenderlos para con quienes han infringido la ley penal, pues es un ser humano a quien debo tratar como mi semejante, para juzgarlo y recuperarlo, un buen padre de familia no renuncia a hacer lo imposible para que la oveja descarriada tome nuevamente el camino del bien.

El dinero y el poder: fuente de corrupción.

El dinero y el poder no son la fuente del éxito personal o profesional del abogado, quien así lo asume está llamado al fracaso, esa percepción es la cuota inicial para cambiar la libertad por la cárcel, la honestidad por la corrupción. En no pocas veces el dinero y el poder se convierten en desgracia, cuando no sabemos adquirirlos ni administrarlos.

La riqueza, la verdadera, está en la felicidad, en la satisfacción de hacer el bien, en el trabajo, en la familia, en los valores y en los dones que orientan nuestra obrar y decisiones.

La ley de la compensación de la vida nos regalara siempre lo que merecemos y necesitamos, no trabajemos por dinero, hagámoslo por servir, el triunfo está en las fortalezas no en las debilidades.

La riqueza está en todo aquello que no cambiaríamos por dinero. ¿Por cuánto cambiaríamos a los padres, hermanos, esposa, e hijos?. El que vende la justicia es un corrupto, no puede hacer parte de la familia de los abogados

y funcionarios que alimentamos nuestro ego en la honestidad, la pulcritud, en ser la cara humana de la justicia.

Hay que combatir la corrupción, no hay tregua en este propósito, hay que investigar, juzgar y condenar a quienes resulten responsables de esas conductas, es la única forma de hacerle el bien a quienes quedamos administrando justicia.

Hay sí que hacer caso omiso al rumor, el chisme, a la conjetura, es la certeza sustentada en una sentencia judicial y las pruebas las que deben fundar los juicios de inocencia o responsabilidad. Los fallos pueden no ser compartidos por la opinión pública pero deben respetarse, acatarse y cumplirse.

Esta referencia a un abogado formado por fuera de los cánones de la cara humana de la justicia, debe dejarnos una enseñanza: una pareja decidió divorciarse, la señora pregunta al marido quién va a quedarse con los dos niños, el esposo le responde quien se quede con el dinero. Al día siguiente vieron al abogado que los asesoró, y que estudio en una Universidad que no se ocupó de formarlo en valores, salir de la casa de los divorciados con una maleta y los dos niños de la mano.

El sabio. El sabio es sabio no por sus conocimientos, es sabio por sus valores, por sus virtudes, porque habla con la inteligencia, la razón y el corazón.

Un sabio en la justicia comprende y se preocupa porque detrás de un expediente existe una familia esperando una decisión, que la cara humana de la justicia no permita que nadie tenga que sufrir por culpa de una conducta indebida de un magistrado, un juez, un fiscal, un procurador, un defensor o un empleado.

Los problemas personales y la sonrisa de Garrick.

No debemos hacer víctimas a los demás de nuestros problemas, los servidores de la justicia debemos ser como el payaso Garrick de Juan de

Dios Peza, quien a pesar de llorar internamente sonreía para hacer feliz a los demás.

Las situaciones personales no deben incidir en la justicia que administramos, la alegría debe ser la compañera permanente en el cumplimiento de nuestros deberes, el carisma a proyectar debe ser la consideración, la serenidad y el entusiasmo por facilitar y no obstaculizar la resolución de los problemas.

La inteligencia y la violencia.

La inteligencia es incompatible con la violencia, nunca debemos acudir a la agresividad, a la gritería, al atropello, al insulto.

Tampoco se debe obrar con maldad, crueldad, orgullo, antipatía, indiferencia o arrogancia.

La razón no la otorga el ejercicio de la fuerza bruta sino la fortaleza y solidez de los argumentos.

Shakespeare, aconseja: “No permitas que nadie te insulte, te humille o te baje la autoestima. Los gritos son el alma de los cobardes, de los que no tienen razón”.

La siembra y la compensación.

Lo que se siembra se recoge: Recibiremos en proporción a lo que hagamos y solo una personalidad humanista hace a los funcionarios, a las partes e intervinientes en un proceso penal, dignos de respeto y admiración.

Hay que cultivar sin esperar saborear los frutos, sin que nos den nada a cambio, prestemos el servicio de la justicia solamente por la satisfacción de hacer lo que era nuestro deber y dar lo que correspondía.

Recordemos, nunca lo olvidemos, la gloria no se alcanza superando a los demás sino así mismo.

Cuál es el valor de una persona digna.

Cuánto valemos como personas, es un interrogante que debemos resolver con el matemático Al-Khwarizmi, quien señaló que la persona ética, digna, humanista, tiene un valor igual al número uno (1). Su valor se incrementa en proporción a sus capacidades, por tanto se agregará un cero (0) por ser abogado, otros por ser especialista, maestro o doctor, escritor, y muchos más por ser juez, magistrado, investigador, fiscal, procurador, defensor o empleado.

Pero, agrega el maestro, el resultado del enunciado depende de si se mantiene o no el valor número uno.

Si el servidor de la justicia abandona la condición de ser un humano, una persona ética, justa, objetiva, sencilla, humilde, imparcial, honesta y comprensiva, pierde el valor equivalente al número uno (1), conservará únicamente los ceros, sus títulos y pergaminos, perderá lo único que le daba valor: la condición de persona digna. Cuánto queda valiendo una persona que pierde el valor equivalente al número uno?.

Entonces, ¿cuál es el valor de la justicia encarnada por quien la administra si el magistrado, el juez, el fiscal, el procurador, el defensor o el empleado no es persona ética?

La espiritualidad debe estar presente en todo momento en quienes servimos a la justicia.

Por el bien de la justicia, para lograr ser la cara humana de la justicia, es el momento de invitar a los administradores de justicia y a quienes a ello ayudan en sus diferentes roles en el proceso penal a que con espíritu sosegado nos dispongamos a orar y obrar en lo sucesivo de la manera como lo sugirió MAHATMA GANDHI, al reflexionar así:

Señor: Ayúdame a decir la verdad delante de los fuertes y a no decir mentiras para ganarme el aplauso de los débiles.

Señor: Si me das fortuna, no me quites la razón.

Señor: Si me das éxito, no me quites la humildad.

Señor: Si me das humildad, no me quites la dignidad.

Señor: Ayúdame siempre a ver la otra cara de la medalla.

Señor: No me dejes inculpar de traición a los demás por no pensar igual que yo.

Señor: Enséñame a querer a la gente como a mí mismo y a juzgarme como a los demás.

Señor: No me dejes caer en el orgullo si triunfo, ni en la desesperación si fracaso.

Señor: Más bien recuérdame que el fracaso es la experiencia que precede al triunfo.

Señor: Enséñame a que perdonar es un signo de grandeza y que la venganza es una señal de bajeza.

Señor: Si me quitas el éxito, déjame fuerzas para aprender del fracaso.

Señor: Si yo ofendiera a la gente, dame el valor para disculparme.

Señor: Y si la gente me ofende, dame valor para perdonar.

Señor,... Si yo me olvido de ti, nunca te olvides de mi.

Dar lo mejor de nosotros.

A los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, los invito a que siempre quede la satisfacción, que dimos lo mejor de nosotros.

No hagamos de la justicia una institución frágil, fortalezcámosla, administrándola con cara humana, enfrentando con rigor y valentía la violencia, el delito, la deshonestidad, las malas costumbres y el trato indebido.

La recompensa.

El único premio que debemos aspirar y esperar es la satisfacción del deber cumplido y el abrazo de los nuestros.

Qué historia queremos escribir.

Una biografía para los conocidos, los amigos y la familia que les recuerde que tuvimos poder, fama y dinero, que nos caracterizamos por ser un profesional más, por dar trato indebido a las personas, por no haber combatido la corrupción y administrado justicia como ha debido ser. O queremos escribir una historia con una imagen que nos persiga toda la vida y aún más allá de nuestra existencia, por lo positivo que construimos, por lo que dimos, por el significado de lo que hicimos, por las enseñanzas que dejamos, el coraje y el sacrificio en la tarea que nos correspondió cumplir.

Nuestra historia será valiosa y motivo de orgullo por los aciertos, pero también por los errores cometidos y las dificultades que con valor supimos superar, por lo que los demás nos van a recordar, por ser ejemplo para otros, porque se sentirá nuestra partida cuando ya no estemos en el trabajo o en este terruño que Dios nos ha prestado para que lo disfrutemos.

Que nos recuerden como a “mi querido viejo”, por haber sido extraordinarios sin ser perfectos.

Para la justicia somos el gorrión del bosque.

Cuenta el maestro CARLOS KASUGA que ante el incendio del bosque todos sus habitantes huyeron y un gorrión iba hasta el río, mojaba sus alas y regresaba a derramar un gota de agua para apagar el incendio, el elefante al observarlo lo invitó a huir porque iba a morir, pero el gorrión respondió que no le importaba, que el bosque le había dado todo, amigos, familia, felicidad, comida, que trataría de salvar el bosque. Los dioses dejaron caer lluvia que apagó el incendio, el bosque reverdeció y todos fueron más felices que antes.

Con el maestro Carlos Kasuga, comparo el bosque con la justicia, está consumiéndola un incendio, por eso les suplico, les imploro, les ruego que “por favor, por favor, por favor” sean como el gorrión del bosque, todos los días dejen caer una gota de agua, de sudor, de pulcritud, de dignidad, de

integridad, de honestidad, en los expedientes, en las decisiones, en el trabajo, para que florezca la ética y el humanismo en la justicia para rescatar su majestad.

Los invito en adelante a hacer la justicia con el alma, el corazón, la razón y con valores éticos.

Hagamos la justicia con la risa del payaso Garrick, la fórmula del matemático Al-khawarizmi , el pensamiento de Mahatma Gandhi y el alma del gorrión de Carlos Kasuga.

Dios nos bendecirá.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Corte Suprema de Justicia.
Presidente Sala de Casación Penal.

ÍNDICE GENERAL

	Extractos
TOMO I	1 al 106
TOMO II	107 al 227
TOMO III	228 al 300
TOMO IV	301 al 407

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	3
PRESENTACIÓN.....	5
ÍNDICE GENERAL.....	33

CAPÍTULO I

LA INDAGACIÓN Y LA INVESTIGACIÓN

1. ÓRGANOS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN	47
1.1 ACTUACIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS.....	47
1.2 ACTOS DESARROLLADOS POR LA CRUZ ROJA INTERNACIONAL: RECUPERACIÓN HUMANITARIA DE CADÁVERES	49
1.3 ACTOS DESARROLLADOS POR GRUPOS DE ACCIÓN UNIFICADA POR LA LIBERTAD PERSONAL –GAULA–.....	50
1.3.1 ALCANCE PROBATORIO DEL REGISTRO FÍLMICO DE LA RECUPERACIÓN DE UN SECUESTRADO O DEL ENCUENTRO DE ÉSTE CON SU FAMILIA.....	50
1.3.2 LEGALIDAD DEL REGISTRO Y ALLANAMIENTO REALIZADO POR EL GAULA	53
1.4 IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE LOS MIEMBROS DE LOS ORGANISMOS QUE CUMPLEN FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL.....	56
1.5 DIFERENCIA ENTRE ACTOS URGENTES Y OTROS ACTOS DE INVESTIGACIÓN...	59
1.6 DIFERENCIA ENTRE ACTIVIDADES DE POLICÍA JUDICIAL Y DE INTELIGENCIA.	60
1.7 CONSIDERACIONES RESPECTO AL ÓRGANO TÉCNICO CIENTÍFICO	62

1.8	VERSIONES RENDIDAS POR NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTES DEL JUICIO ORAL	63
1.8.1	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 –ART. 206A DEL C.P.P.–	63
1.8.1.1	DIFERENCIAS CON EL TESTIMONIO DEL MENOR EN EL JUICIO ORAL	63
1.8.1.2	INCORPORACIÓN DE LA ENTREVISTA DEL MENOR AL JUICIO ORAL A TRAVÉS DE SU TESTIMONIO O COMO PRUEBA DE REFERENCIA	65
1.8.2	OTRAS VERSIONES RENDIDAS POR EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE ANTES DEL JUICIO ORAL ANTE FAMILIARES, PROFESIONALES FORENSES, FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL U OTRAS PERSONAS (ALCANCE ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1652 DE 2013).....	67
2.	ACTUACIONES QUE NO REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN.....	75
2.1	INSPECCIÓN DEL LUGAR DEL HECHO	75
2.1.1	DURANTE UNA INSPECCIÓN DEBEN RECAUDARSE SOLAMENTE AQUELLAS EVIDENCIAS QUE PUEDAN ARROJAR LUCES SOBRE LA MATERIALIDAD DEL EVENTO INVESTIGADO O LA IDENTIDAD DE LOS RESPONSABLES	76
2.2	REGISTROS Y ALLANAMIENTOS.....	77
2.2.1	ALCANCE DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO	77
2.2.2	CONSIDERACIONES RESPECTO A LOS REQUISITOS Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO Y EL CONTROL DE LEGALIDAD POSTERIOR A LA DILIGENCIA	79
2.2.3	DIFERENCIAS ENTRE LA INSPECCIÓN DEL LUGAR DEL HECHO –ART. 213 C.P.P. – Y EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO	88
2.2.4	LEGITIMIDAD PARA ALEGAR LA VIOLACIÓN DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD.....	90
2.3	INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES.....	93

2.3.1 DERECHO A LA INTIMIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: LOS PADRES EN CUMPLIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, LAS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA Y PROTECCIÓN, EL EJERCICIO DE LOS DEBERES DE CUIDADO, ACOMPAÑAMIENTO Y ORIENTACIÓN DE SUS HIJOS MENORES, PARA GARANTIZARLES LA PLENA MADURACIÓN DE SUS CAPACIDADES FÍSICA, INTELECTUAL Y MORAL, MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES QUE FIJA EL DERECHO A LA INTIMIDAD, TIENEN LA FACULTAD DE ACCEDER A LAS COMUNICACIONES DE LAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS QUE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES RECIBEN Y ABORDAN.....	93
2.3.2 INTERVENCIÓN A CUENTA DE CORREO ELECTRÓNICO: EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO PARA LOS HALLAZGOS CONSECUENCIA DE UNA INTERCEPTACIÓN, DE LA RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN DEJADA AL NAVEGAR POR INTERNET U OTROS MEDIOS TECNOLÓGICOS O DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA JUDICIAL NO SE REQUIERE CUANDO LA INTERVENCIÓN SE REALIZA POR EL TITULAR DE LA CUENTA	101
2.3.3 LA ORDEN DEL FISCAL A LA POLICÍA JUDICIAL PARA INTERCEPTAR COMUNICACIONES INTEGRA LA ACTIVIDAD PREPARATORIA DEL CASO MAS NO ES ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO O EVIDENCIA FÍSICA, POR LO QUE NO SE REQUIERE SU DESCUBRIMIENTO PROBATORIO	105
2.3.4 CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS INTERCEPTACIONES DE COMUNICACIONES Y OTRAS DILIGENCIAS	106
2.3.4.1 PARA QUE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS LLEVE A CABO EL CONTROL DE LEGALIDAD NO ES NECESARIO QUE SE LE PONGA A DISPOSICIÓN AQUELLO QUE FUE MATERIA DE HALLAZGO, SIENDO SÍ LO DESEABLE.....	111
2.4 RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA TRANSMISIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE LAS REDES DE COMUNICACIONES: EL APARATO CELULAR DE DONDE SE OBTIENE LA INFORMACIÓN NO ES UNA BASE DE DATOS Y LA INFORMACIÓN QUE DE ÉL SE EXTRAE TIENE LA NATURALEZA DE DOCUMENTO DIGITAL, POR LO QUE EL CONTROL POSTERIOR DE DICHO PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN SE REALIZA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 236 DEL C.P.P.....	112
2.5 ANÁLISIS E INFILTRACIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL, VIGILANCIA Y SEGUIMIENTO DE PERSONAS, ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS Y ENTREGA VIGILADA	114

2.5.1	SEGUIMIENTO Y VIGILANCIA DE PERSONAS Y ENTREGA VIGILADA: PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LAS ACTUACIONES, PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA Y MEDIOS TÉCNICOS UTILIZADOS	114
2.5.2	CONSIDERACIONES RESPECTO A LAS HORAS EN QUE SE PUEDEN LLEVAR A CABO LOS ACTOS DE VIGILANCIA Y SEGUIMIENTO DE PERSONAS, DE AGENTE ENCUBIERTO Y ENTREGA VIGILADA	117
2.5.3	CASO EN QUE LAS ACTUACIONES NO CONSTITUYEN ANÁLISIS E INFILTRACIÓN DE ORGANIZACIONES CRIMINALES, ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS O ENTREGA VIGILADA	119
2.5.4	FINALIDAD Y ALCANCE PROBATORIO DE LA ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS	124
2.6	BÚSQUEDA SELECTIVA EN LAS BASES DE DATOS.....	126
2.6.1	ELEMENTOS QUE NO SE CONSIDERAN BASE DE DATOS	126
2.6.1.1	EL APARATO CELULAR DE DONDE SE OBTIENE LA INFORMACIÓN NO ES UNA BASE DE DATOS Y LA INFORMACIÓN QUE DE ÉL SE EXTRAE TIENE LA NATURALEZA DE DOCUMENTO DIGITAL, POR LO QUE EL CONTROL POSTERIOR DE DICHO PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN SE REALIZA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 236 DEL C.P.P	126
2.6.1.2	NO SON BASE DE DATOS LA CUENTA PERSONAL DE CORREO ELECTRÓNICO Y LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS CREADOS POR EL USUARIO QUE COMO PARTICULAR NO EJERCE LA ACTIVIDAD DE RECOLECCIÓN Y ORGANIZACIÓN DE INFORMACIÓN DE MANERA TÉCNICA, HABITUAL O INSTITUCIONAL.....	129
2.6.2	LA INSPECCIÓN EN EL LUGAR DEL HECHO EN LA QUE SE RECAUDARON DOCUMENTOS NO SE EQUIPARA A LA BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS	130
2.6.3	LA IRREGULARIDAD EN UNA BÚSQUEDA SELECTIVA DE DATOS NO ES DE AQUELLAS SUSCEPTIBLES DE SER CUESTIONADA A TRAVÉS DE UNA NULIDAD EN LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN	132
2.6.4	EFFECTOS DE LA SENTENCIA C – 336 DE 2007	134
3.	ACTUACIONES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN.....	137
3.1	REGISTRO PERSONAL	137

3.1.1	EL REGISTRO PERSONAL EFECTUADO EN DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA DIFIERE DEL QUE SE LLEVA A CABO DENTRO DE UNA ACTUACIÓN PENAL	137
3.1.2	REGISTRO INCIDENTAL A LA CAPTURA: CONCEPTO, FINALIDAD Y LEGALIDAD	144
3.2	OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCRAN AL IMPUTADO.....	150
3.2.1	CASO EN QUE LA CORTE INADMITE LA DEMANDA DE CASACIÓN CUYO FUNDAMENTO ES EL DESCONOCIMIENTO DE LAS REGLAS DE PRODUCCIÓN Y APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DE MUESTRAS QUE INVOLUCRAN AL IMPLICADO, SOBRE LA CUAL SE FUNDA LA SENTENCIA	150
4.	MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN.....	155
4.1	DE LOS MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN Y SU DIFERENCIA CON EL RECONOCIMIENTO QUE SE HACE DURANTE EL JUICIO.....	155
4.2	RECONOCIMIENTO POR MEDIO DE FOTOGRAFÍAS O VIDEOS EN FILA DE PERSONAS	161
4.2.1	NATURALEZA Y ALCANCE PROBATORIO DE LOS RECONOCIMIENTOS A TRAVÉS DE FOTOGRAFÍAS O VIDEOS O EN FILA DE PERSONAS, INCORPORACIÓN.....	161
5.	CADENA DE CUSTODIA	166
5.1	CONCEPTO, FINALIDAD, CONFORMACIÓN Y FORMA DE REALIZAR LA CADENA DE CUSTODIA	166
5.2	FINALIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA: EFECTOS DE LAS FALENCIAS EN LA CADENA DE CUSTODIA.....	167
5.3	TÉCNICA PARA ATACAR EN SEDE DE CASACIÓN LAS FALENCIAS EN LA CADENA DE CUSTODIA	172
6.	CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.....	175
6.1	CONCEPTO Y APLICACIÓN ANTE LA EXISTENCIA DE PRUEBAS ILÍCITAS E ILEGALES: TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y SUS EXCEPCIONES – VÍNCULO ATENUADO, FUENTE INDEPENDIENTE Y DESCUBRIMIENTO INEVITABLE–	175

6.2	EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS PUEDE DECLARAR LEGALES, ILEGALES O ILÍCITAS LAS ACTIVIDADES INVESTIGATIVAS; LA DISCUSIÓN EN TORNO DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA POR CONSIDERARSE ILEGAL SE REALIZA, NO EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES DE CONTROL DE LEGALIDAD, SINO EN LA PREPARATORIA O, EXCEPCIONALMENTE, EN EL TRÁMITE DEL JUICIO, SEGÚN EL MOMENTO EN QUE SE CONOZCA LA INFORMACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA CUAL SE PREDIQUE SU CONTRARIEDAD CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	185
7.	FACULTADES DE LA DEFENSA EN LA INVESTIGACIÓN.....	191
7.1	DEBERES DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS DE CARA A PERMITIR Y FACILITAR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA.....	191
7.2	FACULTADES DE LA DEFENSA PARA EJECUTAR SU TAREA INVESTIGATIVA	197

CAPÍTULO II

MEDIOS COGNOSCITIVOS EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN

1.	MEDIOS COGNOSCITIVOS: ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA, LA INFORMACIÓN, EL INTERROGATORIO A INDICIADO, LA ACEPTACIÓN DEL IMPUTADO Y LA PRUEBA ANTICIPADA	203
2.	VALOR PROBATORIO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA.....	206
3.	INTERROGATORIO AL INDICIADO.....	208
3.1	GENERALIDADES: FACULTAD DEL INDICIADO DE SOLICITAR QUE SEA ESCUCHADO EN INTERROGATORIO Y POTESTAD DE LA FISCALÍA PARA PRACTICAR O NO DICHA DILIGENCIA; ÚNICA VÍA PARA SER OÍDO POR LA FISCALÍA (REALIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PROBATORIO); PUEDE REALIZARSE HASTA ANTES DEL JUICIO, PORQUE INICIADO ÉSTE, SERÍA UN TESTIMONIO; Y, EL INTERROGATORIO ES EXPRESIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y UN MEDIO DE CONOCIMIENTO CON VOCACIÓN PROBATORIA.....	208

3.2	FACULTAD DE LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL PARA REALIZAR EL INTERROGATORIO	210
3.3	EL INTERROGATORIO AL INDICIADO NO ES OBLIGATORIO –DIFERENCIAS CON LA INDAGATORIA Y VERSIÓN LIBRE ESTABLECIDAS EN LA LEY 600 DE 2000–	211
3.4	EL INTERROGATORIO AL INDICIADO NO PUEDE SER INCORPORADO AL JUICIO A TRAVÉS DE ESTIPULACIÓN PROBATORIA.....	214
4.	PRUEBA ANTICIPADA.....	216
4.1	TESTIMONIO DEL MENOR A TRAVÉS DE PRUEBA ANTICIPADA.....	216

CAPÍTULO III

FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

1.	GENERALIDADES	218
2.	REQUISITOS Y SITUACIONES QUE DETERMINAN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN	220
2.1	DETERMINACIÓN DE LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL HECHO	220
3.	A LO LARGO DEL PROCESO SE DEBE PRESERVAR EL NÚCLEO FÁCTICO EXPUESTO EN LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN –CORRELATIVO EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA–.....	227
4.	EN LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN NO SE PRACTICAN PRUEBAS	229
5.	LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN ES DIFERENTE A LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN DEL ANTERIOR SISTEMA –INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL–	230
6.	CONSECUENCIA DEL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PARA EFECTUAR LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN –ART. 175. PAR. –	232
7.	CONTUMACIA.....	233

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN

1. CAPTURA	235
1.1 ORDEN DE CAPTURA.....	235
1.1.1 GENERALIDADES.....	235
1.1.2 DEBE SER PROFERIDA POR MOTIVOS RAZONABLEMENTE FUNDADOS CUYOS SOPORTES SEAN ESENCIALMENTE LEGALES Y LÍCITOS.....	236
1.2 CAPTURA EN FLAGRANCIA.....	240
1.2.1 CONCEPTO Y SITUACIONES DE FLAGRANCIA.....	240
1.2.2 CAPTURA EN FLAGRANCIA: REBAJAS PUNITIVAS POR ACEPTACIÓN DE CARGOS	242
1.3 CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA POR ORDEN ESCRITA O EN FLAGRANCIA POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS	248
1.4 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEBE PRESENTAR AL APREHENDIDO ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS INMEDIATAMENTE O A MÁS TARDAR DENTRO DE LAS TREINTA Y SEIS (36) HORAS SIGUIENTES.....	252
1.4.1 GENERALIDADES.....	252
1.4.2 EL SOLO HECHO DE QUE PREVIO A LLEVAR A LOS CAPTURADOS ANTE EL FISCAL ESTOS FUERON CONDUCIDOS AL COMANDO DE POLICÍA NO REPRESENTA UNA VULNERACIÓN DE DERECHOS	253
1.5 JUEZ COMPETENTE PARA LEGALIZAR LA CAPTURA.....	254
1.5.1 JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS COMPETENTE PARA LEGALIZAR LA CAPTURA.....	254

1.5.2	EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA REALIZADA EN VIRTUD DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA CORRESPONDE AL JUEZ DE CONOCIMIENTO	257
1.6	LA ILEGALIDAD DE LA CAPTURA NO VICIA DE NULIDAD EL PROCESO	258
1.7	LA PERSONA CAPTURADA CONSERVA SU DIGNIDAD HUMANA	259
2.	MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.....	261
2.1	FINES Y PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	261
2.1.1	FRENTE A LA AUSENCIA DE ELEMENTOS DE CONOCIMIENTO QUE PERMITAN ADVERTIR QUE EL IMPUTADO OBSTRUIRÁ EL EJERCICIO DE LA JUSTICIA, O QUE CONSTITUYE PELIGRO PARA LA SOCIEDAD O LA VÍCTIMA, O QUE NO COMPARECERÁ AL PROCESO, O NO CUMPLIRÁ LA SENTENCIA, LA FISCALÍA DEBE ABSTENERSE DE SOLICITAR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.....	267
2.2	DERECHOS DE LA VÍCTIMA FRENTE A LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO....	269
2.2.1	LA VÍCTIMA PUEDE COADYUVAR LA SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRESENTADA POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN .	269
2.3	CAUSALES DE LIBERTAD.....	271
2.3.1	VENCIMIENTO DE TÉRMINOS	271
2.3.1.1	DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE PLAZO RAZONABLE	271
2.3.1.2	CUANDO TRANSCURRIDOS CIENTO CINCUENTA (150 DÍAS) CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE INICIO DE LA AUDIENCIA DE JUICIO, NO SE HAYA CELEBRADO LA AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO O SU EQUIVALENTE	274
2.3.1.2.1	LA APLICACIÓN DE ESTE TÉRMINO A LOS PROCESOS TRAMITADOS ANTE LA JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA; EN LOS QUE SEAN TRES (3) O MÁS LOS ACUSADOS, CONTRA QUIENES ESTUVIERE VIGENTE LA DETENCIÓN PREVENTIVA; O CUANDO SE TRATE DE INVESTIGACIÓN O JUICIO DE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN DE LOS QUE TRATA LA LEY 1474 DE 2011, O DE CUALQUIERA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL TÍTULO IV DEL LIBRO SEGUNDO DE LA LEY 599 DE 2000, ENTRARÁ A REGIR A PARTIR DEL 1º DE JULIO DE 2017.....	274
2.3.1.3	INCIDENCIA DE LAS SOLICITUDES DE APLAZAMIENTO, INASISTENCIA U OTROS ACTOS EJECUTADOS POR PARTE DE LA DEFENSA	277
2.3.1.4	CONTABILIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS CUANDO HAY VARIOS DEFENSORES Y ES UNO DE ELLOS QUIEN SOLICITA EL APLAZAMIENTO DE LAS DILIGENCIAS	281

2.3.1.5	LA LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS NO PROCEDE SI LA DILIGENCIA PENDIENTE SE REALIZA ANTES DE DECIDIRSE AQUÉLLA SOLICITUD	282
2.3.2	AUDIENCIA DE LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS	284
2.3.2.1	EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS DEBE VERIFICAR QUE LAS PARTES, TESTIGOS, PERITOS Y DEMÁS PERSONAS QUE DEBEN INTERVENIR EN LA AUDIENCIA SEAN DEBIDAMENTE NOTIFICADOS.....	284
2.3.2.2	NO ES OBLIGATORIA LA COMPARECENCIA DE LA FISCALÍA Y DEL REPRESENTANTE DE LAS VÍCTIMAS, BASTA CON GARANTIZAR A ELLOS SU POSIBLE INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA A TRAVÉS DE LA OPORTUNA NOTIFICACIÓN DE LA FECHA DE SU CELEBRACIÓN	286
2.3.2.3	COMPETE AL JUEZ DE CONOCIMIENTO DECIDIR RESPECTO A LA SOLICITUD DE LIBERTAD PRESENTADA CON POSTERIORIDAD AL ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO Y ANTES DE QUE LA SENTENCIA COBRE EJECUTORIA	287

CAPÍTULO V

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1.	CONSIDERACIONES RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.	290
1.1	APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO SE TRATA DE CONDUCTAS QUE AFECTAN DE FORMA IRRELEVANTE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO	290
1.2	CUANDO QUIERA QUE UNA PERSONA SEA REQUERIDA EN EXTRADICIÓN POR UN DELITO RESPECTO DEL CUAL ESTÉ SIENDO INVESTIGADA O HAYA SIDO JUZGADA EN COLOMBIA, EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN NO PODRÁ EJERCER LA ATRIBUCIÓN SEÑALADA EN EL ARTÍCULO 323 DEL C.P.P, ENTRE OTRAS SITUACIONES, CUANDO ESE DELITO SEA EL DE CONCIERTO PARA DELINQUIR QUE TENGA COMO FINALIDAD COMETER DELITOS DE NARCOTRÁFICO, SEGÚN LO CONSAGRA EL PARÁGRAFO 3º DEL ARTÍCULO 324 DEL C.P.P.	292
1.3	NO PROCEDE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO LA INDEMNIZACIÓN INTEGRAL A LA VÍCTIMA SE REALIZA DESPUÉS DE LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO, PERO SI SE DAN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY 600	

DE 2000, PROCEDE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.....	294
1.4 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD NO SE PODRÁ APLICAR EN CASOS ADELANTADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD.....	298
1.5 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD NO APLICA POR FAVORABILIDAD A CASOS QUE SE ADELANTAN BAJO LA LEY 600 DE 2000	299
1.6 TRÁMITE PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: REMISIÓN NORMATIVA A LA LEY 906 DE 2004 EN LOS PROCESOS SEGUIDOS A LOS ADOLESCENTES COMO PARTÍCIPES DE LOS DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY	301
2. EFECTOS CUANDO EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN NIEGA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	303

CAPÍTULO VI

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. CAUSALES DE PRECLUSIÓN.....	306
1.1 GENERALIDADES.....	306
1.2 IMPOSIBILIDAD DE INICIAR O CONTINUAR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL	309
1.2.1PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: LOS CASOS QUE HAYAN SIDO ARCHIVADOS TRAS CONSIDERARSE CARENTES DE TIPICIDAD OBJETIVA NO AMERITAN SER LLEVADOS AL JUEZ PARA QUE DECRETE LA PRECLUSIÓN POR PRESCRIPCIÓN, SALVO QUE LA INVESTIGACIÓN SE HAYA REACTIVADO CON FUNDAMENTO EN NUEVOS ELEMENTOS QUE INDIQUEN LA POSIBLE CONFIGURACIÓN DE UN DETERMINADO DELITO, CASO EN QUE CORRESPONDERÁ A LA FISCALÍA EXAMINAR EL TIEMPO TRASCURRIDO Y DADO EL CASO, SOLICITAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	309
1.3 INEXISTENCIA DEL HECHO INVESTIGADO	320

1.4 DIFERENCIA ENTRE LAS CAUSALES DE INEXISTENCIA DEL HECHO Y LA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA.....	321
1.5 AUSENCIA DE INTERVENCIÓN DEL IMPUTADO EN EL HECHO INVESTIGADO ..	322
1.6 IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	322
1.7 VENCIMIENTO DEL TÉRMINO MÁXIMO PREVISTO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 294 DEL ESTE CÓDIGO	326
2. LA CASUAL DE PRECLUSIÓN DEBE ACREDITARSE DEBIDAMENTE POR QUIEN LA INVOCA ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO	328
3. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR UNA CAUSAL DIFERENTE A LA INVOCADA POR EL SOLICITANTE.....	329
4. MOMENTOS PROCESALES Y LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	331
4.1 EN LAS ETAPAS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN.....	331
4.1.1 EN LAS ETAPAS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN SÓLO LA FISCALÍA PUEDE SOLICITAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	331
4.2 DURANTE EL JUICIO	333
4.2.1 PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DURANTE LA ETAPA DEL JUICIO.....	333
5. RECURSOS CONTRA LA PROVIDENCIA QUE DECIDE ACERCA DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	337
5.1 LA PARTE QUE TIENE LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ES QUIEN LA DETENTA PARA PARA INTERPONER LOS RECURSOS CONTRA LA DECISIÓN CORRESPONDIENTE.....	337
5.2 LEGITIMIDAD DE LA VÍCTIMA PARA INTERPONER Y SUSTENTAR DIRECTAMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN	339
6. LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN TIENE EFECTOS DE COSA JUZGADA	342
7. SI EN UN EVENTO PARTICULAR SE NIEGA LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR NO ESTAR DEBIDAMENTE DEMOSTRADA LA CAUSAL INVOCADA, ES FACTIBLE QUE LUEGO DE PROFUNDIZAR LA INDAGACIÓN SIN HALLARSE LOS PRESUPUESTOS PARA IMPUTAR O ACUSAR, CON OTROS Y MEJORES ELEMENTOS DE JUICIO, SE SOLICITE DE NUEVO TAL	

MEDIDA POR EL MISMO O DIFERENTE MOTIVO, SIEMPRE Y CUANDO LA PETICIÓN ESTÉ CIMENTADA EN EL MATERIAL PROBATORIO ACOPIADO	343
8. LA PRECLUSIÓN SE DECIDE A TRAVÉS DE AUTO INTERLOCUTORIO.....	345
9. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	348
10. DIFERENCIA DE LA PRECLUSIÓN CON EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS.....	351
ANEXO	321

CAPÍTULO I

LA INDAGACIÓN Y LA INVESTIGACIÓN

1. ÓRGANOS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN

1.1 Actuaciones de las Fuerzas Armadas

Extracto n. ° 107.

Número de radicado	:	34867
Fecha	:	05/06/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La afirmación de la casacionista, en el sentido de que la Armada Nacional no tenía competencia para cumplir funciones de policía judicial, no admite discusiones, pues la normatividad legal no incluye esta fuerza dentro de los órganos autorizados para hacerlo, ¹ y el ordenamiento superior tampoco lo consiente.

Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha sostenido que la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares, de la que hacen parte el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea,² está prohibida por la Carta Política, porque desnaturaliza la estructura y objetivos esenciales de dicha fuerza y contraría la prohibición contenida en su artículo 213.³

Pero esto no significa, como lo entiende la casacionista, que las actividades realizadas por los miembros de la Armada Nacional o cualquier otro órgano de las Fuerzas Militares, en ejercicio del deber de protección de las personas, o de la preservación del orden público y la convivencia ciudadana, o de la facultad consagrada en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, se tornen

¹ Artículos 201, 202 y 203 de la Ley 906 de 2004.

² Artículo 217 C. N.

³ Sentencia C-034/93. En el mismo sentido, Sentencia C-179/94, Sentencia C-251/02 y Sentencia C-1024/02, entre otras.

ilícitas o ilegales por el simple hecho de provenir de un órgano que no tiene asignadas funciones de policía judicial.

Además de la finalidad primordial que el artículo 217 de la Constitución Nacional le asigna a las Fuerzas Militares, de la “defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, también tiene el deber de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, que el artículo 2° ejusdem le impone a todas las autoridades de la República, y el de colaborar en forma armónica con las demás ramas del poder público para la realización de los fines del Estado, que el artículo 113 asigna a todos sus órganos.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al sostener que una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden público y de la convivencia pacífica, no solo porque así lo establece expresamente el artículo 2° de la Carta, sino porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades.⁴

En cumplimiento de estas finalidades de origen también constitucional y legal, es frecuente que las Fuerzas Militares tengan que intervenir para prevenir o conjurar alteraciones del orden o la paz ciudadana, o repeler actividades ilícitas, o capturar delincuentes en flagrante actividad delictiva, y que en ejercicio de esta actividad se vean enfrentados a situaciones en las que las circunstancias exigen realizar preventivamente funciones que normalmente cumple policía judicial, mientras ésta asume su control.

Para la Corte es claro, por tanto, que la respuesta de la fuerza pública en estos casos es legítima, por estar amparada en el deber de protección de las personas y la necesidad de intervención que como autoridad le compete, que la Constitución Nacional igualmente les asigna, tal como viene de ser expuesto y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional.

El problema jurídico se plantea alrededor de las actividades que en desarrollo de esta facultad de respuesta adelante la fuerza pública, pues debe entenderse que su capacidad de acción en estos casos no puede ser ilimitada y que la legalidad o ilegalidad de las actuaciones que cumpla dependerá de que sean respetuosas de los derechos fundamentales y de las fronteras de competencia de los órganos de investigación.

Si invade competencias que son privativas de policía judicial, entendidas por tales las que por su naturaleza implican una actividad investigativa, como sería el caso de los interrogatorios, los análisis de campo, la recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, el

⁴ C-251/02.

levantamiento de planos, de registros fotográficos, las inspecciones, etcétera, que comportan, de suyo, funciones propias de investigación con pretensión probatoria, la actuación, en lo que tiene que ver con las actividades desbordadas, será ilegal, como ya lo ha reconocido la Corte en otras oportunidades.⁵

Pero si las fuerzas militares se limitan a dar respuesta a una situación de peligro, o a un llamado de ayuda, sin desplazar a los cuerpos de policía judicial en las funciones de indagación que les son propias, como ocurre cuando solo realizan requisas preventivas, o capturas de personas sorprendidas en flagrante actividad delictiva, o actos de protección y aseguramiento de los elementos probatorios y las evidencias físicas descubiertos, mientras los órganos de policía asumen el control de la situación, la actuación será lícita, si se cumple dentro de los marcos de respeto de las garantías fundamentales.

En el caso estudiado la actividad de la Armada Nacional se ubica dentro del segundo supuesto [...]».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 2, 213 y 217
Ley 906 de 2004, arts. 201, 202, 203 y 302

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP10303-2014, CSJ SP8473-2014, CSJ SP12042-2015, y CSJ AP4390-2015.

1.2 Actos desarrollados por la Cruz Roja Internacional: recuperación humanitaria de cadáveres

Extracto n. ° 108.

Número de radicado	:	41591
Número de providencia	:	SP10399-2014
Fecha	:	05/08/2014
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

⁵ Casación 23251, sentencia de 13 de septiembre de 2006.

«La confusión del demandante, en la cual incurrieron así mismo las instancias, consistió en suponer que todos y cada uno de los acontecimientos circunscritos al hallazgo de una escena de crimen o al desplazamiento de un cadáver implica de manera necesaria la realización de actividades propias de policía judicial, sin importar la condición de las personas involucradas ni los propósitos por ellas exteriorizados.

[...]

El hecho de que la Cruz Roja recibiera una autorización de la Fiscalía para efectuar una “*recuperación humanitaria de los cadáveres*” carece de incidencia alguna al respecto, en tanto que ello no le confería facultades de policía judicial ni era una actuación idónea para adelantar gestiones de tal naturaleza.

En este sentido, le asiste la razón a la apoderada de las víctimas cuando señaló durante la audiencia de sustentación que la inspección al lugar de los hechos sí fue realizada por la Fiscalía, pero dos (2) días después de la recuperación de los cuerpos y bajo la protección del Ejército, según lo describió el cuerpo colegiado. Y tanto la inspección de los cadáveres como el recaudo de los fluidos encontrados en las prendas de vestir también provinieron de servidores públicos. Sólo se hicieron luego de la recuperación humanitaria y en un lugar distinto a la fosa en la cual la comunidad en un principio los descubrió.

En este orden de ideas, el comportamiento de la Cruz Roja en el manejo de la escena del crimen, así como en el de los cuerpos de los menores asesinados, no estuvo regulado por procedimiento legal o probatorio alguno, sino hacía parte de las mismas circunstancias fácticas previas al comienzo de la investigación y que, como tales, estaban sujetas en cuanto a su demostración por el principio de libertad probatoria».

1.3 Actos desarrollados por Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal –GAULA–

1.3.1 Alcance probatorio del registro filmico de la recuperación de un secuestrado o del encuentro de éste con su familia

Extracto n. ° 109.

Número de radicado	:	46758
Número de providencia	:	AP5651-2015
Fecha	:	30/09/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«A partir de la elaboración de un silogismo espurio, el demandante busca soportar su tesis de ilegalidad del medio de prueba referido al vídeo tomado por las autoridades del GAULA en el momento del reencuentro del secuestrado con su familia.

[...]

Nunca, sin embargo, el demandante, como es su obligación, precisa cuál es la norma legal o constitucional que contempla la tan perentoria prohibición, con lo que su afirmación se muestra huérfana de soporte y, por ende, inadmisibile.

Ahora, si se estudian las normas que regulan el funcionamiento de la policía judicial, puede advertirse cómo el numeral 5° del artículo 114 de la Ley 9056 de 2004, atribuye al Fiscal la función de dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial.

Así mismo, el artículo 117 ibídem, reseña: *“los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento.”*

A renglón seguido, la norma en cita advierte de responsabilidades penales, disciplinarias o civiles, para quienes incumplan las instrucciones, omitan o extralimiten las mismas.

Ninguna norma, huelga anotar, consagra que las labores de policía judicial que no cuenten con previa o expresa orden del fiscal del caso, se reputan ilegales o deben excluirse.

Y si una norma de este tenor opera en la Ley 600 de 2000, ello tiene explicación en el hecho concreto que allí el Fiscal si desarrolla labores investigativas directas y, entonces, legalmente es el competente para recolectar la prueba, salvo expresa delegación a la policía Judicial, a diferencia de la sistemática acusatoria, que de entrada impide al funcionario acusador realizar esas tareas, por antonomasia deferidas a la Policía Judicial dada la necesidad de acreditarlas en juicio.

Obsérvese cómo la policía judicial cuenta con relativa autonomía, al punto que el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, la faculta para realizar entrevistas, no por orden del fiscal, sino cuando *“en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito”*.

Bajo esta premisa general, es posible, entonces, que la policía judicial adelante labores de campo o de laboratorio –el artículo 207 de la Ley 906 de 2004, inciso final, dispone que estas deben ser ejercidas directamente por esa institución- sin que ellas hayan sido expresamente asignadas por el Fiscal, pues, el programa metodológico corresponde a un mapa de ruta respecto de los criterios de la investigación, pero no se trata de un escrito formalizado ni de la orden oficial para que se desarrolle determinada tarea, entre otras razones, porque la investigación corresponde a un acto de parte que carece de esas formalidades, propias del sistema inquisitivo en el cual el fiscal actúa como funcionario judicial.

Es por lo anotado que el artículo 212 de la Ley 906 de 2004, advierte que el rechazo de las actuaciones de la policía judicial, por parte del Fiscal, solo opera en los casos en los cuales se diligenciaron *“con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales”*.

En segundo lugar, respecto de la falacia del silogismo elaborado por el casacionista, no es cierto que por tratarse de un órgano con funciones de policía judicial, todo lo que realice el GAULA debe entenderse adscrito a la investigación, o mejor, con fines investigativos.

En su sentido natural y obvio, conforme lo que se registra suceder comúnmente en el actuar de ese grupo especializado contra el secuestro, el registro filmico de la recuperación de un secuestrado o del encuentro de este con su familia, no obedece a la pretensión o necesidad de allegar un elemento material probatorio para soportar la teoría del caso de la Fiscalía, sino a razones informativas o, si se quiere, publicitarias, que buscan crear un clima de seguridad y confianza hacia la tarea del organismo.

Es por ello que a diario en los registros de los medios de comunicación se observan dichas imágenes que, por lo general también, no acostumbran a ser utilizadas en el proceso judicial, a no ser que correspondan al momento mismo del operativo de liberación.

Así entendida la filmación, desde luego que no tiene por qué contar con autorización u orden del Fiscal –si es que de verdad ella fuese necesaria-, dado el objeto de la misma.

Ahora, que tenga un objeto diferente no significa que finalmente, cual sucedió en el asunto estudiado, no pueda ella utilizarse con fines

probatorios concretos –una vez determinado por la Fiscalía que se ponía en duda la existencia del secuestro, incluso por la víctima-, elemental como surge que así ocurre con cualquier documento o filmación incidental, sea ella tomada por funcionarios o cualquier persona».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 206, 207 y 212

1.3.2 Legalidad del registro y allanamiento realizado por el GAULA

Extracto n. ° 110.

Número de radicado	:	36306
Número de providencia	:	SP1481-2015
Fecha	:	18/02/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En este ataque el impugnante sostiene que el tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al valorar y concederle efectos probatorios a las actuaciones realizadas por las unidades militares que intervinieron en la diligencia de allanamiento y registro de la casa 89 calle [...] de la ciudad de [...], las cuales, en su criterio, son ilegales, por no tener atribuciones de policía judicial.

Sobre el punto, pertinentes son las explicaciones suministradas por la Procuradora Delegada en su concepto, en el sentido de que la actuación de los militares que intervinieron en la diligencia de allanamiento y registro se fundamentó en lo dispuesto en la Ley 282 de 1996, que creó los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA) y reglamentó su organización. Los artículos 4° y 5° de este estatuto, son del siguiente tenor:

«ARTÍCULO 4°. GRUPOS DE ACCIÓN UNIFICADA. Créanse los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA), cada uno conformado con el personal, bienes y recursos señalados mediante resolución del Director del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal, los cuales deberán ser aportados por la Fiscalía General de la Nación, el Ejército Nacional, la Policía Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y el Departamento Administrativo Nacional de Seguridad.

«PARÁGRAFO. En adelante, las funciones que vienen cumpliendo las Unidades Antisecuestro, UNASE, estarán a cargo de los “GAULA” y en consecuencia su personal, bienes y recursos, podrán ser incorporados a éstos, previa evaluación que para el efecto realice el CONASE.

«ARTÍCULO 5°. ORGANIZACIÓN DE LOS GAULA. Los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal, GAULA, para el cumplimiento de su misión se organizarán así:

- «a) Una dirección unificada a cargo del Fiscal respectivo y el Comandante Militar o Policial correspondiente, en lo de su propia competencia;
- «b) Una unidad de inteligencia y evaluación compuesta por analistas de inteligencia, técnicos en comunicaciones y operación de bases de datos, encargados de recolectar y procesar la información y proponer a la Dirección Unificada las diferentes alternativas de acción;
- «c) Una unidad operativa compuesta por personal de las fuerzas militares, la policía nacional o el departamento de seguridad. Cada unidad actúa bajo el mando de un oficial y se encarga del planeamiento y la ejecución de las operaciones necesarias para el rescate y la protección de las víctimas y la captura de los responsables;
- «d) Una unidad investigativa compuesta por agentes, detectives y técnicos con funciones de policía judicial. Cada unidad actúa bajo la dirección del fiscal competente y se encargará de adelantar las investigaciones penales.

«PARÁGRAFO: Para apoyar las funciones de los “GAULA” en la detección de activos provenientes de delitos de secuestro y extorsión, se conformará un grupo interinstitucional integrado por funcionarios de las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control y de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.»

Como puede verse, se trata de grupos especiales de lucha contra el secuestro y otros atentados a la libertad personal, de cuya estructura hacen parte unidades de inteligencia, operativas y de investigación, integradas con personal de la fiscalía, la fuerzas militares o la policía nacional, que actúan coordinadamente como unidad, en procura de mejorar la capacidad de respuesta del Estado frente a esta forma de criminalidad.

De las unidades estructurales que se mencionan, la operativa tiene por objeto el planeamiento y la ejecución de las operaciones necesarias para el rescate y la protección de las víctimas y la captura de los responsables, y debe estar conformada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° literal c), con personal de las fuerzas militares o la policía nacional, es decir, por cuerpos armados calificados, adiestrados en esta clase de operaciones.

Esto, conjuntamente analizado con lo dispuesto en la orden de allanamiento y registro emitida por el fiscal delegado ante el GAULA, en el sentido que debía contarse con el apoyo del comando especial y de funcionarios del

Cuerpo Técnico de Investigaciones, ⁶ y con lo sostenido por el Teniente ING, quien asegura que su misión era apoyar al fiscal del GAULA en el allanamiento,⁷ despeja cualquier duda sobre la legalidad del accionar del ejército, pues muestran que actuaba en la condición de unidad operativa, lo cual lo habilitaba para adelantar las acciones de aseguramiento del lugar y de inmovilización de los presuntos responsables, mientras hacían su ingreso las otras unidades, tal como se hizo.

Es importante aclarar, además, que las órdenes de captura propiamente dichas no fueron dispuestas por el Comando Especial del Ejército, como lo sugiere el libelista, sino por el fiscal delegado ante el GUALA y el CEE, al término de la diligencia, como consta en el acta correspondiente, donde se dejó consignado: “De conformidad a las evidencias recaudadas y pruebas practicadas encuentra el despacho que los señores DFRO, CAÁM O LLI, FLF, HEVHE, GM, LAOM y FV, se encuentran en estado de flagrancia respecto al homicidio del señor EVV por lo tanto este despacho dispone la captura de los mencionados sujetos”⁸,

La otra afirmación del casacionista, consistente en que los capturados no fueron informados de sus derechos, es igualmente infundada, porque en el proceso aparecen las constancias del cumplimiento de este requerimiento legal.⁹ Y de los registros se establece que las afirmaciones referidas a que las tropas desplazaron al fiscal en el cumplimiento de las funciones propias de policía judicial, tampoco son ciertas.

Las actas de las diligencias de allanamiento del inmueble y de inspección del cadáver enseñan que en el curso de estas actuaciones intervinieron, además de las unidades del ejército y del personal del cuerpo técnico de investigaciones, dos fiscales¹⁰, quienes personalmente se ocuparon de la descripción del lugar, la recolección de la evidencia, la identificación de los retenidos, el registro de sus explicaciones y la recepción de varios testimonios, actuaciones que dejan sin sustento este reparo.

El demandante cuestiona también el hecho de que el Teniente IAHG hubiera hablado con varios procesados sobre sus identidades y los motivos por los cuales se hallaban en el lugar, arrogándose funciones propias de los fiscales, pero la actuación enseña, como viene de ser visto, que las labores de registro y de indagación fueron asumidas directamente por éstos, según consta en

⁶ Numeral segundo la parte resolutive de la orden de allanamiento (fls.5/1).

⁷ El testigo ING, al ser preguntado sobre su participación en la diligencia de allanamiento y registro, precisó: “Sí participé, iba al mando del operativo, yo recibí una orden de operación emitida por el comando superior el cual era realizar una diligencia de allanamiento en apoyo del fiscal adscrito al GAULA y el CEE, en ese inmueble, eso fue como a las siete y ocho de la noche” (fls.112/3).

⁸ Folios 12 del cuaderno original 1.

⁹ Folios 22-35 del cuaderno original 1.

¹⁰ El fiscal 15 especializado delegado ante el GAULA y el CEE, y la fiscal 120 seccional de la unidad de reacción inmediata.

las actas, y que la actividad del suboficial fue complementaria, en cumplimiento de las funciones que tenía asignadas como jefe de la unidad de análisis,¹¹ que lo autorizaban para recoger información y procesarla, sin que ello implicara desplazamiento del fiscal ni de la unidad investigativa en las funciones que le competían.

La censura no prospera».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 282 de 1996, arts. 4 y 5

1.4 Impedimentos y recusaciones de los miembros de los organismos que cumplen funciones de policía judicial

Extracto n. ° 111.

Número de radicado	:	49423
Número de providencia	:	AP1140-2017
Fecha	:	22/02/2017
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Manifiesta que MYMQ se encontraba incurso en una causal de impedimento y que como, pese a ello, *«aceptó el trabajo encomendado, recolectó elementos, rindió un informe y acudió a declarar en el juicio»*¹², ha debido ser excluida su declaración.

Es cierto que, por mandato del artículo 63 del Código de Procedimiento Penal de 2004 las causales de impedimento se aplican, también, a los miembros de los organismos que cumplen funciones de policía judicial, eventualidad que será resuelta por el superior. Sin embargo, ellas no operan de manera objetiva y automática, como lo insinúa el censor, es forzoso que quien las alegue demuestre que en realidad la situación que pone de relieve tiene la virtualidad de afectar la imparcialidad del funcionario.

El letrado ni siquiera enseñó en qué consistió ese trabajo, cuáles fueron los elementos que recogió, el contenido del informe y la relevancia que sus

¹¹ El Teniente IAHG no sólo hacía parte del Comando Especial del Ejército, sino que actuaba como jefe de la unidad de análisis (fls.419/2).

¹² Cfr. Demanda de casación, folio 56 del cuaderno del tribunal.

atestaciones tuvieron en la decisión atacada. Tampoco reveló cual sería la consecuencia, frente al sentido de la sentencia, en caso de excluir ese elemento (trascendencia), habida cuenta que el *a quo* adujo que esa declaración no requería mayor análisis, dado que MY no conoció directamente las llamadas interceptadas¹³, lo que denota que no fue el soporte de la condena.

Adicional a lo anterior, ninguna mención hizo en relación con los argumentos que inicialmente ofreció el juez de control de garantías cuando, tras el pedido de la Fiscalía, declaró la legalidad de la actuación por ella adelantada, y mucho menos respecto de los que expuso el Tribunal en el auto del 1° de octubre de 2009, por cuyo conducto dispuso la no exclusión del testimonio de MY, lo que torna intrascendente su prédica.

En contraste con su pretensión de declarar la ineficacia de ese actuar, la jurisprudencia de la Sala ha si firme en sostener que *la «no manifestación de un impedimento existente no vicia de nulidad la actuación del funcionario en quien concurre la causal»* (CSJ AP4222-2016, rad. 48030).

En lo que toca con el testimonio de MYBT, el actor se conformó con mencionar que su actuación como agente encubierto inobservó las formalidades legales, toda vez que no medió la autorización de la Dirección Seccional de Fiscalías.

Olvidó el abogado revelarle a la Sala cómo la intervención que en el asunto tuvo la Directora Seccional de Fiscalías de Santa Rosa de Viterbo resultó insuficiente para esos efectos, pues, tal como lo recordó la delegada de la Fiscalía en la sesión del juicio del 17 de junio de 2015¹⁴, las labores de agente encubierto fueron autorizadas por esa Directora y para el efecto nombró a MYMQ, quien en su calidad de coordinadora de labores designó a MY».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 63

Extracto n. ° 112.

Número de radicado	:	39313
Fecha	:	31/10/2012

¹³ Cfr. página 25 del fallo de primera instancia.

¹⁴ Cfr. disco compacto del juicio oral 19-06-15, jornada de la tarde, registro 11, minuto 09:50.

Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	REVISIÓN

«[...] la circunstancia expuesta no se extracta la condición de hecho nuevo ni de prueba nueva, pues esa afirmación apenas constituye una apreciación del actor en torno a que respecto del médico que rindió los dictámenes concurren causales de impedimento, lo cual debió plantearse y dilucidarse en las instancias acorde con lo señalado en los artículos 56 y siguientes de la Ley 906 de 2004, en concordancia con los artículos 63, 203 y 204 ibídem, inherentes a la extensión de las mismas a servidores públicos, como es el caso del galeno forense -quien según se desprende del contenido de la demanda de revisión- se halla adscrito a la regional respectiva del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, órgano de apoyo técnico científico en las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación.

No basta que una de las partes sostenga que se configuran causales de impedimento para que éstas operen automáticamente, pues lo que resulta procedente es la recusación, como se desprende del contenido del artículo 60 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 84 de la Ley 1395 de 2010 que establece: *“Si el funcionario en que se dé una causal de impedimento no la declarare, cualquiera de las partes podrá recusarlo”*.

De manera que, si tal procedimiento no se realizó en las instancias diseñadas por el legislador, ahora no puede pretender revivir estadios procesales superados para *“confirmar las causales de impedimento”*, cuando tuvo las oportunidades de hacerlo, pues de acuerdo con el fallo de segunda instancia el aludido galeno valoró en tres ocasiones a la víctima, amén que concurrió al juicio oral.

Aquél era el momento para hacer uso de tales instrumentos jurídicos deviniendo por contera, como ya se anotó, la observancia del principio de preclusión de los actos procesales, puesto que su falta de manifestación no ostenta la entidad suficiente para la invalidación del proceso y mucho menos de la sentencia. [...]

[...]

En consecuencia sentadas las premisas anteriores, la Sala al examinar la demanda, fácil advierte que existen razones más que suficientes para no admitir la demanda de revisión por las razones atrás precisadas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 56, 60, 63, 203 y 204
Ley 1395 de 2010, art. 84

1.5 Diferencia entre actos urgentes y otros actos de investigación

Extracto n. ° 113.

Número de radicado	:	31592
Fecha	:	06/05/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« Carece, así, de soporte fáctico la tesis del recurrente cuando advierte que ese por él denominado "allanamiento", del automotor vino consecuencia de la captura y, por ello, determinada ilegal la segunda, opera también ilícito el primero.

Al efecto, ni formal ni materialmente puede entenderse que lo realizado por los policiales sobre la camioneta se trata de un allanamiento, no solo porque las normas atinentes a la actuación en cuestión así lo indican -véase como los artículos 219 y 222 de la Ley 906 de 2004, delimitan los allanamientos a inmuebles, naves o aeronaves, y sólo el artículo 226, referido a los allanamientos especiales de bienes que gocen de inmunidad diplomática, incluye los vehículos automotores; u obsérvese que respecto de estos bienes, automotores, incluso se faculta el registro de la policía con fines eminentemente preventivos, dado que no se estima profunda la afectación a la intimidad cuando su interior es auscultado- sino en atención a que, como tantas veces se ha dicho, lo pretendido era únicamente verificar la información rendida por el ciudadano anónimo, sin la existencia de una investigación formalizada, ni mucho menos la captura previa de supuestos indiciados.

La Corte, a diferencia de lo señalado por el recurrente en su escrito, entiende que, en efecto, esa tarea adelantada por la SIJIN, sí constituye un acto urgente, conforme su naturaleza y finalidades, en todo congruente con lo que postula el artículo 205 de la Ley 906 de 2004, así redactado:

"Actividades 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, éste 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 actividades para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control." (las subrayas no pertenecen al original)

Descartado que lo ocurrido con el automotor corresponda a un allanamiento y hallándose claro que la captura no fue previa sino consecencial al hallazgo de la droga, no cabe duda que lo adelantado por la policía judicial realiza en un todo y por todo esos actos urgentes arriba transcritos, vale decir, se trataba de revisar minuciosamente el vehículo para determinar de inmediato si la información anónima tenía visos de credibilidad y ya luego, encontrada la droga, realizar la correspondiente captura en flagrancia con el lleno de los requisitos legales e informar al fiscal para que asumiera con premura la dirección, coordinación y control de la investigación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts.205, 219, 222 y 226

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 17 abr. 2013, rad. 35127, y CSJ AP4386-2015.

1.6 Diferencia entre actividades de Policía Judicial y de inteligencia

Extracto n. ° 114.

Número de radicado	:	36784
Número de providencia	:	SP5065-2015
Fecha	:	28/04/2015

Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«Actividades de policía judicial diferentes a actividades de inteligencia

Otro tema que resulta preciso delimitar para definir este caso, es el relacionado sobre cuáles de las actividades desplegadas por el DAS estaban amparadas por el ejercicio legítimo de las funciones de la entidad y cuáles requerían de una orden judicial previa y, en ese sentido, diferenciar las labores de inteligencia y contrainteligencia de aquellas ejecutadas por la policía judicial al interior de una investigación penal. Lo anterior, toda vez que varios de los reproches de la acusación presentada por la Fiscalía General de la Nación se basan precisamente en que el DAS requería de una orden judicial previa para adelantar sus indagaciones.

La investigación penal supone una sucesión de actos procesales dirigidos al recaudo de elementos probatorios útiles para esclarecer conductas punibles, cuyo acopio corresponde a la policía judicial quien debe actuar bajo las directrices de un fiscal mediante un programa metodológico preciso, correspondiéndole a éste, en tratándose de casos regidos por la Ley 906 de 2004, obtener la orden judicial cuando sea necesario realizar procedimientos que invadan la esfera íntima de las personas, u ordenarlos directamente, cuando son asuntos regulados por la Ley 600 de 2000, los cuales claramente describe y regula la ley procesal penal. Mientras que *"las actividades de inteligencia y contrainteligencia se desarrollan por organismos especializados del Estado del orden nacional, empleando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información con la finalidad de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la seguridad y defensa nacional, vigencia del régimen democrático y otros fines"*. (CC SC 12 Jul. 2012, rad. 540).

Teniendo en cuenta las finalidades y características entre las actividades de inteligencia y contrainteligencia y las de policía judicial al interior de investigaciones penales, la información que se obtenga como resultado de las primeras no puede ser utilizada con fines probatorios, *"por consiguiente, no son actividades judiciales las que se despliegan por los organismos de inteligencia y contrainteligencia"*. (Ibídem).

Valga aclarar, que lo anterior no significa que los organismos de inteligencia estén autorizados para realizar todo tipo de actividades para el recaudo, uso o divulgación de la información, puesto que, cuando quiera que se necesite adoptar medidas como la interceptación, registro, sustracción de comunicaciones privadas, o la obtención de datos personales de carácter privado o reservado, o el registro del domicilio, dichas medidas solo pueden ser ejecutadas si un juez penal las autoriza, lo cual de acuerdo con la

Constitución y la Ley supone la existencia de por lo menos una indagación previa por la presunta comisión de un delito bajo la coordinación de un fiscal. En síntesis: solo una situación de esa naturaleza justificaría la intervención por parte del Estado y la vulneración necesaria, proporcional y razonable de derechos fundamentales personalísimos como la intimidad, el buen nombre y la inviolabilidad del domicilio.

Es decir, las actuaciones antes reseñadas en realidad no pueden ser consideradas como labores de inteligencia y contrainteligencia, sino que se enmarcan dentro de la función propia del DAS como órgano de la policía judicial dentro de un proceso penal, la cual impone el cumplimiento de toda una serie de requerimientos de orden constitucional (artículo 15 de la Carta Política) y legal (artículo 17 de la Ley 1621 de 2013) que sobrepasan las autónomas potestades de los organismos de inteligencia.

En últimas las actividades de inteligencia son de naturaleza preventiva cuya finalidad es la protección de la seguridad del Estado social de derecho y de sus instituciones, pero si en el ejercicio de dicha actividad se advierte la posible comisión de conductas punibles, el órgano de inteligencia pasa a actuar como policía judicial bajo la estricta dirección del ente persecutor del delito, esto es, la Fiscalía General de la Nación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 15
Ley 906 de 2004
Ley 1621 de 2013, art. 17

1.7 Consideraciones respecto al órgano técnico científico

Extracto n. ° 115.

Número de radicado	:	30214
Fecha	:	17/09/2008
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] de acuerdo con lo previsto en el artículo 204 de la Ley 906 de 2004, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es el órgano técnico científico oficial -pero no exclusivo- de la Fiscalía General de la Nación; y también puede serlo del imputado o acusado, cuando éstos lo

soliciten. Los documentos que funcionalmente emita dicha entidad se presumen auténticos y se precisa desvirtuar la presunción por quien tuviere motivos para hacerlo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 204

1.8 Versiones rendidas por niños, niñas y adolescentes antes del juicio oral

1.8.1 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 –art. 206A del C.P.P.–

1.8.1.1 Diferencias con el testimonio del menor en el juicio oral

Extracto n. ° 116.

Número de radicado	:	48198
Número de providencia	:	AP4771-2016
Fecha	:	27/07/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] dentro del cargo único de nulidad que postula, también ataca la forma como se practicaron los testimonios de las niñas menores de edad que comparecieron al juicio a declarar, arguyendo que era necesario hacerlo a través del mecanismo conocido como cámara Gesell.

En ese orden, es evidente que la inconformidad se remonta a la legalidad de la práctica de la prueba, cuestión que por razón del principio de autonomía tenía que postularse en cargo separado, a través de la senda de la causal tercera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, como una violación indirecta de la norma sustancial derivada de un error de derecho por falso juicio de legalidad, al tiempo que acreditar la importancia de tales declaraciones en la sentencia para hacer ver que la misma se soporta en prueba ilegal.

Empero, ninguna de estas condiciones es cumplida por el demandante, quien se conforma con afirmar que las menores NRA, LJAG y SLRA debieron ser interrogadas de la forma que indica el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013.

Al respecto valga precisar que la citada legislación *-Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales-* en su artículo segundo¹⁵ establece el procedimiento para efectuar entrevista forense a los menores víctimas de esas conductas, lo cual dista del testimonio rendido en juicio, es decir, la exigencia que reclama el censor es propia de labores investigativas en cabeza de la Fiscalía, más no del procedimiento probatorio del juicio, en donde el único requerimiento es que el menor esté acompañado de autoridad especializada, *-en la práctica se recurre al defensor de familia-*, para que en su presencia y junto con el control que también ejerce el juez, las partes formulen sus preguntas».

¹⁵ [Artículo 2º] Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: 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, 188a, 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) <sic> 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) <sic> 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) <sic> 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 1o. 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 2o. 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 Código, 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.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 181
Ley 1652 de 2013, art. 2

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP934-2015.

1.8.1.2 Incorporación de la entrevista del menor al juicio oral a través de su testimonio o como prueba de referencia

Extracto n. ° 117.

Número de radicado	:	44066
Número de providencia	:	AP5013-2014
Fecha	:	27/08/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] tampoco es acertado afirmar que la Ley 1652 de julio 12 de 2013 establece que la entrevista forense es una “*prueba autónoma*”, pues en la sistemática de la Ley 906 de 2004 que gobierna la presente actuación, prueba solo es aquella que ha sido practicada o incorporada en la audiencia de juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación y contradicción por las partes, de conformidad con el principio de inmediación -art. 16 ídem- y según lo reglado en los artículos 377, 378 y 379 de la normativa en cita.

En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo -art. 392, literal d) íbidem- o para impugnar su credibilidad -arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem-, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar al testigo sobre sus

declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131).

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de “*elemento material probatorio*” y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, “*podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado*”.

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibidem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante “*Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código*”.

En otras palabras, además de la posibilidad desarrollada por la jurisprudencia de incorporar al juicio la entrevista forense realizada al menor objeto de abuso sexual a través de su testimonio, y apreciarla en conjunto con éste “*como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió*”¹⁶; surge por disposición legal la alternativa de aducir al debate oral tal declaración de la víctima, como un elemento material probatorio, pero con las limitaciones y bajo la exigencias establecidas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 16, 206A, 275, 347, 381, 392, 393, 403-4, 437 y 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

¹⁶ CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239; CSJ SP8611-2014, CSJ AP1001-2016, y CSJ AP2622-2017,

1.8.2 Otras versiones rendidas por el niño, niña y adolescente antes del juicio oral ante familiares, profesionales forenses, funcionarios de policía judicial u otras personas (alcance antes de la expedición de la Ley 1652 de 2013)

Extracto n. ° 118.

Número de radicado	:	24468
Fecha	:	30/03/2006
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico –tele video conferencia¹⁷-; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó.

Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (*artículo 383 de la Ley 906 de 2004*); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole.

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.

¹⁷ Artículo 146, numeral 5. *Ibidem*

El numeral 1° del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.”

En síntesis, las pruebas de referencia -el testimonio de oídas o indirecto entre ellas-, sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política, art. 44

Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3 - 1

Ley 906 de 2004, art. 383

Extracto n. ° 119.

Número de radicado	:	30355
Fecha	:	17/07/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] de cara al razonamiento que desarrolla el cargo, deja ver sin dificultad su falta de trascendencia para afectar el sentido del fallo, pues olvida que las pruebas reseñadas –el testimonio de la tía de la menor abusada y los informes y atestaciones de los peritos- no son prueba de referencia. Además, según lo expresó el Tribunal, la decisión se soportó, además de la prueba pericial, en prueba directa, cual fue la versión de la ofendida, *“pues la actitud evasiva asumida durante el testimonio rendido en el juicio oral y público, de ninguna manera comporta la consecuencia alegada por la defensa”*, es decir, la negación del abuso referido en entrevista anterior.

En particular, recuérdese, como lo anotó el *ad-quem*, la manera en que la ofendida “*en clara actitud evasiva, cubrió sus oídos cuando, a petición de la fiscalía, pretendió efectuar [lectura de la entrevista inicial rendida por aquella] la sicóloga acompañante, razón por la cual el juzgador, en connivencia con el defensor de familia ordenó suspender la imposición por esa vía del contenido del documento a la niña, para evitar una innecesaria revictimización*”, circunstancia que naturalmente deja entrever el deseo de la perjudicada de no recordar un hecho realmente vivido.

Como ya lo precisó la Sala en acápite anterior, las pruebas reseñadas por el recurrente no son de referencia, pues, en primer lugar, la declaración de CSD, aunque, como lo admitió el sentenciador, contenía una referencia a lo que, a su vez, le manifestó la menor, en todo caso, la deponente también refirió “*otros datos importantes, surgidos estos en cambio de sus propias percepciones*” (subraya fuera del original), entre ellos “*los sensibles cambios de comportamiento de [...], quien exteriorizó tristeza e inapetencia, alteraciones que le fue posible constatar, pues estaba encargada de su cuidado durante 2 o 3 días de la semana. De igual modo –continúa el Tribunal-, a los sentimientos ambivalentes de aquella hacia su progenitor, de miedo, pero a la vez de cariño; incluso, aún más significativamente, al dolor vaginal experimentado por la menor, acompañado de un flujo a tal punto anormal que la determinó a procurarle inmediatamente asistencia médica.*” (pág. 17, sentencia de segundo grado).

En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en psicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones.

Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan,

pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en psicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica.

[...]

Ahora bien, una interpretación en el sentido de que los expertos en psicología y psiquiatría que examinan a la víctima resultan ser testigos de referencia, denota una confusión entre los conceptos de testigo perito y testigo técnico, aspecto sobre el cual la Corporación ha dicho lo siguiente:

“Así mismo, no se puede confundir la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos, sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa en la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales.”¹⁸

Así, en tratándose del denominado testigo técnico –según la anterior distinción-, podrá decirse que puede eventualmente ser un testigo de referencia, en la medida en que con su dicho se pretendan introducir hechos que no le constan pero ha escuchado de terceros. No obstante, insiste la Corte, esa condición no puede predicarse del testigo perito, pues este último interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad.

Lo anterior significa que el argumento del casacionista, según el cual, el juicio de condena se basa en prueba de referencia, no posee fundamento alguno, pues el testimonio rendido en el juicio oral, por los expertos, profesionales en psicología, constituye prueba técnica -pericial-, a la que hace relación el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, y fue así como, de manera acertada, el sentenciador apreció su contenido.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2007, radicación No. 26128

Es evidente –insiste la Corporación–, que los profesionales no presenciaron los hechos sino que realizaron una valoración a la menor y, en tal virtud, justificaron las conclusiones de su estudio en el juicio oral, es decir, que aportaron su conocimiento científico para el esclarecimiento de los hechos, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del mismo estatuto.

Más aún, sobre la naturaleza del testimonio del perito sicólogo, la Corporación ha dicho:

“De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de (...), como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia.”

Así, al resolver la misma inquietud que aquí propone el censor, la Sala expresó lo siguiente:

“... todos los profesionales que valoraron a (...) rindieron su testimonio en calidad de peritos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto, como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de (...) negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.¹⁹”

En consecuencia, el argumento del casacionista surge deficiente porque parte de un fundamento equivocado, lo cual lo torna **intrascendente** para derribar los fundamentos de la sentencia impugnada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de febrero de 2008, radicación No. 28257

Ley 906 de 2004, arts. 402 y 405

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468; CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 29609; CSJ AP, 03 dic. 2009, rad. 32972; CSJ SP, 3 feb. 2010, rad. 30612; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ AP, 12 may. 2010, rad. 33573; CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 34434; CSJ. SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 36023; CSJ AP, 21 sep. 2011, rad. 36827; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 39449; CSJ AP192-2014; CSJ AP822-2014; CSJ SP8611-2014; CSJ AP4478-2014; CSJ SP15903-2014; CSJ SP, 10 dic. 2014, rad. 42738; CSJ AP995-2015; CSJ AP1611-2015; CSJ AP1515-2015; CSJ AP2144-2015; CSJ AP2194-2015; CSJ SP4316-2015; CSJ AP2227-2015; CSJ SP, 10 jun. 2015, rad. 40478; CSJ AP5746-2015; CSJ AP5671-2015; CSJ SP7248-2015; CSJ AP7394-2015; CSJ SP16559-2015; CSJ AP6401-2015; CSJ AP5746-2015; CSJ AP6272-2015; CSJ AP1429-2016; CSJ AP3177-2016; CSJ SP3332-2016; CSJ AP3318-2016; CSJ AP5768-2016; CSJ SP880-2017; CSJ AP1071-2017, y CSJ AP1145-2017

Extracto n. ° 120.

Número de radicado	:	46132
Número de providencia	:	AP2622-2017
Fecha	:	26/04/2017
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Critica el recurrente el manejo que en el juicio oral se dio a las manifestaciones vertidas antes de la audiencia por los menores de edad y que fueron incorporadas a través de quien las recepcionó. Aunque ningún señalamiento concreto realiza, reclama que hubieran sido introducidas sin aplicación de los *“protocolos correspondientes”*».

Visto de esa manera el reproche, se deduce que el yerro denunciado radicó en un falso juicio de legalidad; no obstante, el demandante se circunscribe a criticar el contenido de las entrevistas²⁰ y las valoraciones psicológicas realizadas a los niños CSDC y BCDC ante el ICBF, quienes durante las

²⁰ Recepcionadas el 30 de noviembre de 2012 por ÁCR.

diferentes oportunidades en que fueron escuchados repitieron el relato de abuso y acceso carnal por parte de COSM.

Y si lo que cataloga como error en la producción de la prueba, se refiere a la incorporación en la audiencia de las entrevistas vertidas por los niños DC, ningún yerro se advierte, en cuanto, la ley autoriza se le de tal tratamiento a las manifestaciones rendidas antes del juicio, cuando se trata de víctimas menores de edad, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros punibles.

De manera que se equivoca el recurrente al asimilar el manejo de las manifestaciones anteriores al juicio vertidas por una víctima o testigo mayor de edad, con el que corresponde otorgar a esas exposiciones previas cuando provienen de una víctima de un delito atentatorio contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuya edad no supera los 18 años, pues en estos casos, la Ley 1652 de 2013, vigente para la época en que se adelantó el juicio oral²¹, adicionó el literal e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por medio del cual admite como una de las situaciones excepcionales para el ingreso de prueba de referencia, los casos en los que el declarante

Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el artículo IV del Código penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c, 188d, del mismo código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Más aún, antes de la expedición de la Ley 1652 de 2013, por vía jurisprudencial se advirtió la necesidad de evitar que en los casos de abuso y violencia sexual, los niños fueran nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral (SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad.44056):

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras.

Pero si lo cuestionado guarda relación con el trámite en la recepción de las entrevistas a los menores de edad, soslaya el recurrente, que para la fecha

²¹ Se recibieron en la sesión realizada el 20 de mayo de 2014.

en que se recaudaron (noviembre de 2012), no se había expedido la Ley 1652 de 2013.

De todas maneras, advierte la Corte que las entrevistas de los niños CS y BC, estuvieron precedidas por la defensora de familia del centro zonal de Chocontá quien las recaudó, persona idónea para escuchar el relato de los menores de edad, sin que la ley reclame calidades profesionales determinadas en el entrevistador, más allá de las que requiere una adecuada y respetuosa conducción de esta actividad investigativa en la que prevalecen los derechos fundamentales de los menores.

Tampoco la Ley 1098 de 2006 contiene protocolos especiales para la recepción de la entrevista de los menores de edad posibles víctimas de delitos sexuales, en cuanto los lineamientos del legislador se dirigen al respeto por los *”principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.”*, en cumplimiento de lo cual se ordena que todas las diligencias en las que intervenga un menor de edad, se les tenga en cuenta su opinión, se les respete su dignidad, intimidad y no se les estigmatice.

Ahora, si lo que se reclama es que, como lo impone el artículo 2° de la Ley 1652 de 2013, la entrevista se grabe o fije en cualquier medio audiovisual o técnico, también se cumplió con la garantía de mantener su fidelidad, genuinidad u originalidad, toda vez que en el texto quedaron consignadas literalmente las preguntas y respuestas, sin que ningún mandato legal señale un único medio técnico a partir del cual se entienda cumplida tal exigencia, como parece entenderlo el impugnante».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 1098 de 2006
Ley 1652 de 2013, art. 2
Ley 906 de 2004, art 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP14844-2015, CSJ SP3332-2016, CSJ SP9508-2016, CSJ SP12229-2016, CSJ AP2622-2017, CSJ SP880-2017 y CSJ AP1165-2017

2. ACTUACIONES QUE NO REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN

2.1 Inspección del lugar del hecho

Extracto n. ° 121.

Número de radicado	:	41357
Número de providencia	:	SP3380-2014
Fecha	:	19/03/2014
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] entre las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, se cuenta la inspección al lugar del hecho, misma que se lleva a cabo con la finalidad de *“...de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo...”*»

En cumplimiento del plan metodológico trazado por el ente investigador, era necesario acudir a las instalaciones del Juzgado (...), para recaudar y asegurar elementos materiales probatorios y evidencia física.

La diligencia, incluso, fue atendida por la Secretaria del aludido Juzgado; fue ella quien expidió las copias de las decisiones solicitadas por la servidora del CTI; y, no correspondían a ninguna de las que menciona como no susceptibles de registro el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, es decir, no se trataba de comunicaciones escritas entre el indiciado y su abogado; tampoco eran comunicaciones escritas entre el indiciado con personas legalmente excluidas del deber de testificar; ni se trataba de archivos confidenciales del indiciado, su defensor o de las personas excluidas del deber de declarar.

En estos últimos eventos, ante la posibilidad de afectar derechos fundamentales, el registro deberá adelantarse con autorización de un juez con funciones de control de garantías.

Es evidente que en el presente asunto al inspeccionarse una dependencia oficial, con el fin de obtener copias de documentos públicos, no se incurre

en la violación de derechos fundamentales y mucho menos referidos al ámbito de la intimidad de las personas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 223

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 17 abr. 2013, rad. 35127.

2.1.1 Durante una inspección deben recaudarse solamente aquellas evidencias que puedan arrojar luces sobre la materialidad del evento investigado o la identidad de los responsables

Extracto n. ° 122.

Número de radicado	:	46569
Número de providencia	:	AP967-2016
Fecha	:	24/02/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] el canon 213 del Código de Procedimiento Penal, que reglamenta la *inspección del lugar del hecho*, establece el criterio para escoger los medios de prueba a recaudar durante dicho procedimiento, al señalar que la policía judicial debe *«descubrir, identificar, recoger y embalar [...] todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo»* (resalto propio).

La disposición en cita deja claro que durante una inspección deben recaudarse solamente aquellas evidencias que puedan arrojar luces sobre la materialidad del evento investigado o la identidad de los responsables, sin que sea preciso ni aconsejable, recopilar otras que no aportarán nada a las pesquisas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

2.2 Registros y allanamientos

2.2.1 Alcance de la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio

Extracto n. ° 123.

Número de radicado	:	34867
Fecha	:	05/06/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] la Corte ha dicho que la pretensión de hacer extensivo el concepto de domicilio al lugar de residencia y demás terrenos o dependencias que la integran, resulta imprecisa, porque esta garantía constitucional de inviolabilidad no tiene por objeto la protección de la propiedad privada, sino del derecho a la intimidad personal y familiar, la que se circunscribe, en principio, al sitio de residencia,

“No obstante la impropiedad de ataque que de suyo amerita desestimación por la Corte, de todas maneras éste carece de fundamento como en tal sentido es destacado por la Delegada. Al efecto baste con indicar que los setenta kilos de sustancia estupefaciente no fueron encontrados en el domicilio del procesado...sino dentro de un vehículo localizado en lugar abierto si bien ubicado en el mismo predio rural, aproximadamente a doscientos metros de la residencia, para cuyo registro la normativa constitucional y legal no exige orden de autoridad judicial ni que el funcionario que lo lleve a cabo tenga adscritas funciones de policía judicial, **pues la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio no tiene por objeto la simple protección de la propiedad privada sino la intimidad personal y familiar de los asociados, circunscrita a su sitio de residencia**”.²²

También la Corte Constitucional al referirse al ámbito de protección del domicilio, en su sentido estricto, es decir, como lugar de residencia de una persona natural, ha indicado que la inviolabilidad es una garantía que busca proteger aquellos lugares donde la persona desarrolla su intimidad o privacidad, y no cualquier espacio físico,

²² Casación 14934, sentencia de 9 de mayo de 2002.

“Para ciertos efectos, algunos espacios cerrados distintos a los lugares de residencia, y en donde las personas realizan labores en parte privadas, son asimilables al domicilio, y gozan entonces de una protección constitucional semejante a aquella prevista para la casa de habitación. Sin embargo, esto no significa que todas las garantías que la Carta confiere al domicilio en sentido estricto, esto es, al lugar de residencia de una persona natural, se extienden automáticamente a estos otros lugares cerrados, como los sitios de trabajo o los centros de estudio. **Para entender lo anterior, es necesario tener en cuenta que, como ya se dijo, la inviolabilidad del domicilio es una garantía que busca proteger los lugares en donde una persona desarrolla su intimidad o privacidad. Esto significa que la inviolabilidad del domicilio no protege tanto un espacio físico en sí mismo considerado sino al individuo en su seguridad, libertad e intimidad**”²³

Esto ha llevado a la Corte a sostener que la garantía de la inviolabilidad del domicilio comprende en principio la vivienda, y que la ampliación de su cobertura de protección a otras áreas de la propiedad solo opera cuando en relación con ellas sea también pertinente predicar la existencia de una razonable expectativa de intimidad, consultados factores como sus niveles de privacidad o los fines para los cuales se encuentran destinadas.

El predio [...], en el que se cumplió el operativo cuya legalidad se cuestiona, es un inmueble de 36 metros de ancho por 64 de largo, cercado con alambre de púas, que tiene una vivienda en su interior, a la que se accede a través de un portón de madera y un sendero peatonal, y que cuenta con espacios no construidos, cubiertos de vegetación variada, que se interponen entre la puerta de acceso y las instalaciones habitacionales.

Las unidades de infantería de marina que ingresaron al predio, lo hicieron por el portón principal, que se hallaba abierto, y avanzaron hasta las inmediaciones de la vivienda, donde los procesados departían, ante quienes se identificaron, pero en vista de su reacción y que en su poder tenían varios paquetes similares al incautado a los ocupantes de la motocicleta, decidieron impartirles captura y esperar que los cuerpos de policía judicial asumieran el conocimiento del caso.

Frente a estos supuestos fácticos, no cuesta trabajo concluir que las afirmaciones de la demandante, en el sentido de que la incursión fue ilegal porque se trataba de un predio debidamente cercado, carecen de fundamento, porque la garantía constitucional de inviolabilidad, como ya se dijo, no tiene por objeto la protección de la propiedad privada, sino del derecho a la intimidad personal y familiar, la que se circunscribe, en principio, al sitio de residencia, y en el presente caso es claro que las unidades de la Armada Nacional no ingresaron a las instalaciones habitacionales.

²³ Sentencia C-505 de 14 de julio de 1999.

La tesis expuesta por la recurrente, consistente en que la garantía de inviolabilidad se extendía a toda el área que se hallaba encerrada, exigía demostrar que en los terrenos aledaños a la vivienda sus moradores desarrollaban también actividades privadas, merecedoras de protección, pero la libelista no se ocupa de acreditar este hecho, y de las características del lugar claramente se establece que esta situación no se presentaba, por cuanto se trataba de un predio cercado con alambre de púas, que no ofrecía ningún tipo de privacidad a sus moradores en esas áreas, ni les permitía albergar, por tanto, expectativa alguna de intimidad en ellas, que demandara un tratamiento de protección idéntico al del lugar de residencia.

Una razón de más para afirmar que en relación con estos terrenos los moradores no esperaban estar exentos de intromisiones, ni albergaban expectativas de privacidad, es que el portón de entrada al predio permanecía abierto, lo cual, de suyo, se traducía en el levantamiento de la única barrera de protección del lugar y en una correlativa autorización a entrar hasta la vivienda sin necesidad de anunciarse, ni de pedir permiso, tal como lo hicieron los infantes de marina».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 302

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 27 may. 2009, rad. 30711; CSJ AP, 27 feb. 2012, rad. 37795; CSJ AP, 30 may. 2012, rad. 38537, y CSJ AP191-2014.

2.2.2 Consideraciones respecto a los requisitos y ejecución de la orden de registro y allanamiento y el control de legalidad posterior a la diligencia

Extracto n. ° 124.

Número de radicado	:	28535
Fecha	:	09/04/2008
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La tesis que la casacionista postula, se sustenta en dos argumentos, (i) que el objeto de control es distinto, porque mientras el artículo 154.1 habla específicamente del acto de poner a disposición del juez los elementos recogidos, el 237 alude al control de legalidad sobre lo actuado, y (ii) que los límites temporales establecidos para la realización de la audiencia son igualmente diferentes, porque para el primer caso se prevén 36 horas y para el segundo 24.

Ambas razones resultan deleznable. La primera, porque el control de legalidad *sobre la actuado*, a que se refiere el artículo 237, debe entenderse comprensivo de todo el procedimiento adelantado, es decir, de la actuación cumplida desde que se inicia el proceso hasta que termina, lo cual incluye la orden, como lo aclaró de manera expresa el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, el allanamiento (penetración y aseguramiento del lugar), el registro, y desde luego, la recolección de los elementos materiales y evidencia física hallados.

Siendo ello así, resulta absolutamente impensable admitir, aún en términos hipotéticos, que el querer de los redactores del proyecto o del legislador hubiese sido el de separar del control integral del procedimiento de allanamiento y registro, la actuación correspondiente a la recolección de los elementos, para disponer en relación con esta específica actuación un control independiente, ante un juez de la misma categoría, y con una diferencia de sólo 12 horas.

Esto no alberga ningún sentido, por no resultar plausible en términos razonables. Pero además, porque atenta contra los principios de celeridad, economía procesal y concentración probatoria, que informan el sistema acusatorio, y que permiten que el procedimiento se desenvuelva de manera ágil, sin dilaciones injustificadas, ni trámites innecesarios que puedan interferir en el propósito institucional de que la administración de justicia sea pronta y cumplida.

Tampoco es lo que surge de la confrontación llana de los dos preceptos, porque si la intención del legislador hubiese sido realmente la que plantea la casacionista, de establecer dos audiencias, el artículo 154 hubiera incluido con seguridad las dos en su listado, pues la norma tenía por fin agrupar en una sola disposición las distintas audiencias preliminares, y las dos compartían esta característica.

Existen, además, fuentes normativas distintas de los artículos 154 y 237, que conspiran contra la tesis planteada por la demandante, como el propio numeral 2° del artículo 250 de la Constitución, y el artículo 14 de la Ley 906 de 2004, transcritos ya en su integridad, de cuyo texto surge que la audiencia de control es sólo una,

*"En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará **el control posterior respectivo**, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez" (artículo 250.2).*

*"En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse **la respectiva audiencia** ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación" (artículo 14 de la ley 906 de 2004).*

La circunstancia de haberse incluido en los artículos 154.1 y 237 un término distinto para la realización de la audiencia de control de legalidad posterior (36 y 24 horas respectivamente), tampoco es argumento válido para afirmar que el ordenamiento previó la realización de una audiencia para la puesta a disposición de los elementos recogidos en la diligencia de allanamiento y registro, y otra para el control de legalidad del resto de la actuación cumplida, incluida la orden.

Un rastreo histórico de estas disposiciones permite establecer que en el proyecto original presentado al Congreso para aprobación, las dos normas preveían el término de 36 horas para la realización de la audiencia de control de legalidad posterior (artículos 366 y 230 respectivamente), y que la modificación introducida al artículo 230 (hoy 237), para fijar en 24 horas dicho término, se presentó porque los ponentes del proyecto en el Senado consideraron razonable hacer esta reducción, no porque su intención fuera establecer dos audiencias de control, en momentos distintos,

"Se reduce a veinticuatro (24) horas el término para la revisión de la legalidad del diligenciamiento de la orden de allanamiento y registro, y se ajusta la redacción del párrafo"²⁴

El desajuste entre el nuevo límite temporal previsto en el artículo 237 (24 horas) y el establecido en los artículos 14 y 154.1 (36 horas), ha de entenderse, por tanto, como resultado de una imprevisión del legislador, derivada de la inadvertencia de que existían otras disposiciones que concordantemente preveían las mismas 36 horas para la realización de la audiencia de control, que era necesario modificar para que la enmienda introducida emergiera armónica.

Recapitulando, se tiene entonces lo siguiente: (i) que la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios

²⁴ Cfr. Informe de ponencia para primer debate para Senado, Gaceta del Congreso 200, páginas 8 y 9, artículo 229 del nuevo proyecto.

similares, es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos, y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden.

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

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

Si el legislador hubiera querido que las veinticuatro horas se contaran desde la presentación del informe, lo habría consignado expresamente, pero no lo hizo, y no se advierte de qué manera puedan ser racionalmente equiparados estos dos momentos, que el propio artículo 228 se encarga de diferenciar, al sostener que **"terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las 12 horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo"**, de donde surge claro que uno es el momento de la terminación de la diligencia, y otro muy distinto el de rendición del informe.

Además, el querer del legislador cuando decidió modificar el contenido del artículo original del proyecto para fijar en veinticuatro (24) horas el término dentro del cual debía realizarse la audiencia de control, fue claramente el de **reducir** el término inicialmente previsto en la norma (36 horas), según se desprende de las constancias dejadas en la presentación del informe para primer debate ante el Senado, a la cuales ya se hizo mención, y no el de mantenerlo, como equivocadamente se ha querido hacer aparecer por quienes sostienen que a dicho término deben sumarse las doce (12) horas que el artículo 228 prevé para la presentación del informe.

[...]

El reproche que complementariamente ésta presenta, por no haber sido exhibidos físicamente ante el juez de control de garantías los elementos materiales probatorios incautados en el allanamiento y registro, no tiene sentido. El propio ordenamiento establece que cuando se trata de materiales explosivos o sustancias estupefacientes, no es necesaria su presentación ante el juez de garantías para su control o valoración probatoria, como pasa a verse:

"ARTICULO 256. **Macroelementos materiales probatorios.** Los objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, después de ser examinados por peritos, para recoger elementos materiales probatorios y evidencia física que se hallen en ellos, se grabarán en videocinta o se fotografiarán su totalidad y, especialmente, se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, microrrastros o semejantes, **marihuana, cocaína, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto de delito. Estas fotografías y videos sustituirán al elemento físico, serán utilizados en su lugar, durante el juicio oral y público o en cualquier otro momento del procedimiento;** y se embalarán, rotularán y conservarán en la forma prevista en el artículo anterior..."²⁵

Por esto se ha dicho, con razón, que la expresión *poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en el registro*, utilizada por el artículo 154.1, debe ser entendida en sentido jurídico, no material, como atinadamente lo destacaron las partes no recurrentes en la audiencia de sustentación del recurso, y que su presentación física al juez de control de garantías o de conocimiento sólo debe hacerse cuando no se esté frente a las excepciones mencionadas, y sea necesario.

De lo contrario, basta para la realización del fin establecido en la norma, que la fiscalía relacione detalladamente ante el Juez los elementos recogidos, manifieste las condiciones en que fueron hallados, describa sus características, exprese los resultados de los estudios técnicos o científicos realizados sobre ellos, y muestre, si el juez lo requiere, las fotografías o videos pertinentes, o manifieste el sitio donde se dejan a disposición, información toda ésta que en el presente caso la fiscalía suministró oportunamente al juez.

Se desestima la censura.

[...]

Sostiene la demandante que en el curso de esta diligencia el juez de control de garantías no le permitió a la defensa intervenir en la práctica de pruebas

²⁵ Previsiones similares contiene el artículo 87, adicionado por el artículo 6° de la ley 1142 de 2007.

para contradecir las aportadas por la fiscalía, ni le admitió la presentación de alegaciones para controvertir su legalidad, ni la interposición de recursos, con desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 126 del Código, que establece que la condición de imputado se adquiere también con la captura; el 130, que define sus atribuciones; y el 155, que ordena realizar las audiencias preliminares en su presencia o en la de su defensor.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar. Los textos originales de los artículos 237 y 238²⁶, que regulaban lo concerniente a la audiencia de control de legalidad posterior del allanamiento y registro para el 30 de marzo de 2005, fecha en la cual se llevó a cabo la audiencia en el caso en estudio, decían en lo pertinente:

“ARTICULO 237 (incisos segundo y tercero, y párrafo).

“Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

“El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, *decidirá de plano* sobre la validez del procedimiento.

“*PARAGRAFO.* Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de *formulada la imputación*, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar”.

“ARTICULO 238. **Inimpugnabilidad de la decisión.** La decisión del Juez de control de garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas”.

La primera de las referidas normas es absolutamente clara en distinguir dos situaciones procesales, dependiendo del momento en el cual se realiza la diligencia de allanamiento y registro, (i) cuando se cumple antes de la *formulación de la imputación*, en cuyo caso el juez debe decidir de plano, sin intervención distinta de la del fiscal, y (ii) cuando se cumple después de este momento procesal, evento en el cual la norma exige citar al imputado y su defensor para que si lo desean puedan realizar el contradictorio.

²⁶ Estas normas fueron modificadas por los artículos 16 y 17, respectivamente, de la ley 1142 de 2007.

Por *formulación de la imputación* la ley entiende al *acto procesal* a través del cual la Fiscalía comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías²⁷, concepto que resulta distinto del de *imputado*, que es una *condición procesal* que se adquiere en virtud del acto de formulación de la imputación o de la captura²⁸.

La norma no define el procedimiento a seguir cuando la audiencia de control de legalidad posterior se realiza antes de la formulación de la imputación, y existe persona capturada, con interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con el allanamiento y registro cuya declaración de legalidad se demanda, conforme a lo establecido en el artículo 231.

La Corte considera que en este supuesto el imputado tiene también derecho a concurrir con su defensor a la referida audiencia para el ejercicio del derecho de contradicción en relación exclusivamente con el procedimiento llevado a cabo, siendo facultativo del juez decidir si interroga sobre la actuación cumplida a las personas que consiguieron la orden de allanamiento y registro, o intervinieron en el procedimiento, o al propio imputado si es su voluntad hacerlo.

Es lo que surge de interrelacionar los artículos 155, 231, 237 y 238 del Código, normas que no dejan duda sobre el derecho que le asiste al imputado de controvertir la legalidad del allanamiento y registro con el fin de pedir la exclusión de la evidencia recogida en el procedimiento, cuando le asiste interés, y sobre la oportunidad propicia para hacerlo, que no puede ser en principio otra que la audiencia en la cual se ha de efectuar su revisión.

[...]

Sostiene la casacionista que la policía judicial desconoció las siguientes reglas particulares previstas en el artículo 225 del Código, en el diligenciamiento de la orden de allanamiento y registro: La primera, por cuanto la diligencia se llevó a cabo por fuera de los límites temporales previstos en la norma. La segunda, porque la orden no especificó los lugares que debían ser allanados. La cuarta, porque en el acta no se dejó registro sobre la oposición presentada por los moradores. Y la quinta, porque omitieron dar lectura al acta de la diligencia.

Desconocimiento de la primera regla.

²⁷ Artículo 286 ejusdem.

²⁸ Artículo 126 ejusdem.

El numeral primero del artículo 225, ordena realizar el procedimiento entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde, *salvo que por circunstancias particulares del caso, resulte razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, sea actuar durante la noche.*

La diligencia de allanamiento y registro en el presente caso se inició a las 5:10 horas de la mañana, es decir, cincuenta minutos antes de la hora permitida por el ordenamiento. Pero la decisión de actuar a partir de esta hora no derivó del capricho de quien realizó el operativo, sino de las particulares circunstancias del lugar, pues se trataba de una zona peligrosa, de difícil acceso, situada en una pendiente, con un sola vía de entrada y muchos callejones, donde de ordinario se expendían sustancias estupefacientes.

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

Desconocimiento de la segunda regla.

El numeral segundo del artículo 225, dispone realizar el procedimiento únicamente en los lugares autorizados, a menos que en su desarrollo se encuentren nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, en cuyo caso podrá extenderse a otros, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.

La demandante sostiene que esta regla se quebrantó porque "la orden de registro no especificó los lugares del inmueble a allanar, teniendo presente que se trató de varios registros y allanamientos a varias de las residencias del sector", planteamiento con el cual pareciera cuestionar tanto la falta de especificación del inmueble a registrar, como de los lugares de éste que debían ser objeto del procedimiento.

Este reproche carece también de fundamento. Previamente a la diligencia de allanamiento y registro, la fiscalía obtuvo una orden de vigilancia de cosas en el sector El Aguacate de Manizales (artículo 240), con el fin de reconocer los inmuebles que se hallaban involucrados en el expendio de drogas, seguimiento que permitió identificar la residencia de la familia **UR** como la casa número 12 del lugar (en el sector no existen direcciones ni nomenclaturas).

Con fundamento en estos referentes (identificación de sector, determinación del número de la casa e identificación de la familia que la habitaba), el Fiscal dispuso el allanamiento del inmueble para dos fines específicos, (i) la captura de la señora **LMR**, quien se hallaba sindicada del delito de secuestro, y (ii) el registro del inmueble para la localización de sustancias estupefacientes.

Dichos datos, como lo demostró la actuación posterior, resultaron ser además de suficientes, ciertos, pues en el inmueble allanado residía efectivamente la familia **UR**, en su interior se hallaba la señora **LMR**, y en la declaración rendida por el procesado en la audiencia de legalización de la captura, suministró como lugar de residencia la casa 12 del sector El Aguacate.

Tampoco se advierte que el personal encargado del operativo hubiera extendido el registro a lugares distintos de los indicados en la orden, o que los elementos materiales y la evidencia física dejados a disposición de las autoridades judiciales hubiesen sido recogidos en lugares no autorizados. El procedimiento cumplido muestra que el registro se circunscribió al inmueble distinguido con el número 12 del sector El Aguacate, donde habitaba la familia **UR**, que era el lugar indicado en la orden.

En relación con la queja por haberse extendido la diligencia a las distintas habitaciones y dependencias del inmueble objeto de allanamiento y registro, basta decir, retomando las argumentaciones presentadas por el Fiscal Delegado ante la Corte en la audiencia de sustentación del recurso, que cuando el inmueble se halla debidamente identificado, y la orden no presenta vicios en su expedición, como ocurría en el presente caso, quien la ejecuta goza de libertad para allanar y registrar las diferentes partes que lo conforman.

Desconocimiento de la regla cuarta.

El reproche presentado porque en el acta de allanamiento y registro no se dejó constancia de la oposición presentada por los moradores, como lo dispone el numeral 4° del artículo 225, además de infundado resulta intrascendente.

La constancia dejada en el acta, en el sentido de que el procesado *no se opuso a la diligencia*, no contraría la verdad procesal, porque oposición propiamente dicha a su práctica no existió. Se presentaron sí, algunas manifestaciones de inconformidad frente a los hallazgos que se iban sucediendo, pero sin pretensión de oposición.

De cualquier forma, la discusión en torno a si los moradores se opusieron o no a la realización de la diligencia, y si de esta situación quedó registro en el acto, resulta totalmente insustancial, porque todos los pormenores del procedimiento cumplido por policía judicial fueron objeto de filmación, y estos registros, para efectos probatorios, han de entenderse integrados al acta.

Desconocimiento de la regla quinta.

El cuestionamiento por haberse omitido la lectura a **AU** del acta de la diligencia de allanamiento y registro, es interesadamente distorsionado, pues lo que indica la verdad procesal es que el imputado, al ser invitado a revisar el acta y firmarla, se negó a hacerlo, generando la situación que hoy inexplicablemente cuestiona. E igual actitud asumió cuando fue invitado a revisar y firmar el acta de los derechos del capturado, aunque la prueba indica que previamente a ello había sido informado de los mismos.

Es más, en virtud de principio de protección de los actos procesales, que orienta la declaratoria de las nulidades, el procesado carecería de interés para proponer este reproche, pues de acuerdo con este principio, quien haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, no puede invocar su nulidad».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución política de Colombia de 1991, art. 250-2.

Ley 906 de 2004, arts. 14, 154, 225, 228, 230, 231, 237, 240, 256 y 366

Ley 1142 de 2007, art. 16

2.2.3 Diferencias entre la inspección del lugar del hecho –Art. 213 C.P.P. – y el registro y allanamiento

Extracto n. ° 125.

Número de radicado	:	37795
Fecha	:	27/02/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La génesis de la actuación fue una llamada anónima que alertaba a las autoridades de la presencia de un adolescente en un lugar donde se

encontraban vehículos procedentes de delitos, por ello, la Policía de Infancia y Adolescencia, encargada legalmente de adelantar labores de vigilancia y control tendientes a impedir que los menores estén en sitios que pongan en peligro su integridad física o moral, así como realizar trabajos de inteligencia para detectar actividades ilícitas en las que aquellos sean utilizados, hizo presencia en el lugar y con la autorización del encargado del establecimiento abierto al público se dio el ingreso al mismo.

Aunque rápidamente se constató que no había algún niño o adolescente en peligro, lo que siguió fue el deber de verificar, ante la evidencia de ver un carro desguazado, si era procedente de un delito, como paso previo y necesario a fin de establecer la efectiva materialización del delito.

Por ello, como con acierto lo consideró el Tribunal, no se trató de un allanamiento, sino de uno de los actos urgentes que el artículo 205 de la Ley 906 de 2004²⁹, faculta a los miembros de la policía judicial adelantar, como inspeccionar el lugar de los hechos, realizar entrevistas, identificar, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencias físicas, acciones que deben poner en conocimiento del fiscal para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

Específicamente, se trató de una inspección al sitio de los hechos sin autorización judicial previa, como lo permite el artículo 213 del estatuto adjetivo en comento, contando siempre con la aquiescencia del responsable del taller de mecánica automotriz, desarrollo en la cual, además de encontrar el vehículo desbaratado se halló la placa falsa [...]».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 205 y 213

²⁹ “*Actividades 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, éste 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 actividades para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.”

2.2.4 Legitimidad para alegar la violación de la expectativa razonable de intimidad

Extracto n. ° 126.

Número de radicado	:	30711
Fecha	:	27/05/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Para reclamar como vulnerado el debido proceso en la diligencia de registro o allanamiento, la ley exige que quien lo alegue posea una expectativa de privacidad sobre el bien objeto de la intervención estatal. El artículo 231 del Código de Procedimiento Penal limita su postulación así:

“INTERÉS PARA RECLAMAR LA VIOLACIÓN DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD EN RELACIÓN CON LOS REGISTROS Y ALLANAMIENTOS. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.”

El casacionista propone a la Corte la discusión de la legalidad de la diligencia de registro del vehículo automotor de servicio público en la pretensión de que se reconozca como ilegal, y, como consecuencia, se excluya tanto lo hallado en dicha diligencia como lo que de ella se desprendió.

Por ello, debe dilucidar la Corte, en primer término, si la defensa de PS tiene legitimidad para solicitar la exclusión de los hallazgos del registro tachado de ilegal, en tanto él no era titular del derecho a la intimidad en relación con el rodante explorado.

El derecho norteamericano y puertorriqueño son la fuente inmediata de la figura conocida como “*standing*”, que consiste en la legitimidad exigida para alegar como vulnerada la intimidad personal; de suerte que sólo puede solicitar la exclusión de los hallazgos obtenidos en la diligencia, el titular del derecho constitucionalmente protegido. En efecto,

“Una violación a la Enmienda Cuarta o la sección 10 del artículo II de la Constitución del E.L.A. es sufrida, por supuesto, por unas personas en particular. Supongamos que la persona A sufre un registro ilegal, en violación a la protección constitucional. Cuando la evidencia obtenida mediante tal registro ilegal se pretende utilizar contra el acusado, persona B, que no ha sufrido la violación constitucional, ¿debe permitirse al acusado B solicitar la supresión de la evidencia ilegalmente obtenida, a pesar de que quien sufrió el registro ilegal fue A? Este es el problema del “standing” o acción legitimada para invocar la regla de exclusión”. ³⁰

El “standing” equivale en términos generales a tener legitimidad para discutir, de suerte que “el titular del derecho a la intimidad, afectado por el registro ilegal, es quien tiene derecho a invocar la protección contra el registro ilegal y solicitar la supresión de la evidencia obtenida mediante el registro ilegal. La propia Regla 234 de las de

Procedimiento Criminal que regula la moción de supresión de evidencia, empieza por señalar que quien presenta la moción es “la persona agraviada por un allanamiento o registro ilegal”. ³¹

Atendiendo la evolución del precedente federal norteamericano relativa al “standing” ³², el artículo 231 de la Ley 906 de 2004 recogió todas las posibilidades construidas en torno a limitar la legitimación para solicitar la exclusión de evidencias originadas en procedimientos ilegales que se vincularan con el derecho a la intimidad, a saber: el titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia, el visitante en calidad de huésped, o el indiciado o imputado que pudieran alegar alguna expectativa legítima a la intimidad en el lugar invadido, para lo cual se enumeraron cinco factores que deben ser considerados al momento de valorar si un acusado es titular de “standing” respecto del lugar registrado³³:

1. *“Si la persona que reclama la protección tenía derecho de excluir a la demás gente del lugar registrado.*
2. *Si el lugar registrado es uno donde una persona prudente puede esperar que esté exenta de intrusión gubernamental.*
3. *Si la persona, aunque no esté en posesión o control del lugar registrado tiene acceso legítimo a dicho lugar.*

³⁰ Chiesa Aponte, Ernesto. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen I, página 207, Editorial Nomos, Bogotá, 1995, página 202.

³¹ Chiesa Aponte, Obra citada, página 207.

³² SALAS Calero, Luis. Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria.

³³ Chiesa Aponte, obra citada, página 206.

4. *Si la persona ha tomado algunas medidas o precauciones para mantener su privacidad en el lugar registrado.*

5. *Si la persona razonablemente espera estar protegida en su intimidad en el lugar registrado.”*

Esta forma de exigir personería para plantear la ilegalidad del registro y la consecuente exclusión de los hallazgos obtenidos, dejaría por fuera de tal posibilidad al indiciado o imputado que no tuviera ningún tipo de relación con el espacio invadido ilegalmente.

Sin embargo, por fuera del entorno geográfico consultado, observa la Corte que debe darse respuesta a la tensión surgida entre el derecho del procesado a escudriñar y cuestionar la legalidad de los procedimientos con que fueron adelantadas las labores de investigación, así la titularidad del derecho vulnerado no se encuentre en cabeza suya, como ejercicio de su defensa técnica, frente a la expectativa general de la efectividad del derecho material.

Encuentra la Corte que el debido proceso exigido constitucionalmente para la producción de la prueba no está limitado por una expresión que lo condicione a los procedimientos relacionados de manera directa y exclusiva con el justiciable.

De ahí que el quebranto al debido proceso en la producción de la prueba pueda ser alegado y discutido por el procesado, así sólo se haya afectado una fase del proceso de producción de la prueba que no tenga como directo perjudicado al imputado, quien a la postre, de todas maneras, se verá afectado.

Razonar de otra manera conduciría a situaciones francamente contrarias al sentido de la disposición constitucional contenida en el inciso final del artículo 29. Podría pensarse, a modo de ejemplo, que el testigo de cargo fue obligado a declarar por medio de tortura, o que la consulta en la base de datos, legalmente ordenada y controlada judicialmente, se realizó de manera subrepticia, o que la interceptación con fundamento en la cual se obtuvo información relevante contra un tercero es ilegal. En estos eventos no podría negarse el “standing” al imputado para discutir su violación al debido proceso, con el argumento de que él no fue el torturado, o no es el propietario de la institución cuya base de datos fue asaltada, o que no fue uno de los participantes en la conversación interceptada ilegalmente».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 231 y 234

2.3 Interceptación de comunicaciones

2.3.1 Derecho a la intimidad de niños, niñas y adolescentes: los padres en cumplimiento de la responsabilidad parental, las obligaciones de asistencia y protección, el ejercicio de los deberes de cuidado, acompañamiento y orientación de sus hijos menores, para garantizarles la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral, más allá de los límites que fija el derecho a la intimidad, tienen la facultad de acceder a las comunicaciones de las plataformas tecnológicas que los niños, niñas y adolescentes reciben y abordan

Extracto n. ° 127.

Número de radicado	:	42307
Número de providencia	:	SP9792-2015
Fecha	:	29/07/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal, familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

De igual modo, que se tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

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

Precisa la disposición, que 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 establecidas en la ley.

La Corte Constitucional en sentencia T-530/92 destacó que el núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a *«no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto»*.

Igualmente, que del derecho a la intimidad se deriva el de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, pues al pertenecer a la esencia del ser humano interactuar con otros, muchas de las relaciones que establece, por su decisión han de mantenerse en el ámbito privado y alejadas del conocimiento de personas distintas a aquellas entre quienes se entabla el respectivo vínculo, o se da el proceso comunicativo.

Con ello, dice esa alta Corporación (CC C-336/07), la Constitución Política reconoce a toda persona el derecho a la intimidad personal y familiar, cuya finalidad específica es la de resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar excluido de todo tipo de intromisión externa, respecto del cual, su ejercicio no es absoluto, pues puede ser afectado judicialmente en los eventos establecidos en la ley.

Así discurrió el alto Tribunal:

*«El derecho a la **intimidad**³⁴ ha sido definido por la Corte como aquella “esfera o espacio de 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 y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”.*

19. No obstante la Corporación ha reconocido también que el derecho a la intimidad no es absoluto. En este sentido, la Corte ha establecido que el derecho fundamental a la intimidad “puede ser objeto de limitaciones” restrictivas de su ejercicio “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1° de la Constitución”³⁵, sin que por ello se entienda que pueda desconocerse su núcleo esencial.³⁶

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. 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.»

³⁴ C-692 de 2003, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁵ Sentencia T-414 de 1992. M.P., Ciro Angarita Barón.

³⁶ Cfr. Sentencia C-501 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En síntesis, el núcleo esencial del derecho a la intimidad está definido por un espacio inmaterial protegido de intromisiones, que supone la existencia y disfrute de un ámbito reservado para cada persona y su familia, exenta del poder de intervención del Estado o de los demás, que permita un completo desarrollo de la vida personal, sin que su ejercicio sea absoluto, pues puede afectarse en los eventos establecidos en la ley y por la autorización de su titular.

El derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes

El derecho a la intimidad, no exceptúa a los niños, niñas y adolescentes, entendidos éstos, como todas las personas menores de 18 años de edad³⁷, quienes gozan tanto en el derecho internacional, como en el derecho interno, de una especial protección, conforme lo precisa el señor Procurador Delegado en su alegación.

Veamos:

En la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se proclama que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciadas en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Al catálogo de derechos que describe el instrumento le hacen parte, entre otros, la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad y a la intimidad, conforme al cual **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**³⁸.

Por su parte, en 1959, la Organización de las Naciones Unidas proclamó la Declaración de los Derechos del Niño, bajo la consideración de que éste, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, con el fin de que pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y el de la sociedad, de los derechos y libertades, que en ella se enuncian.

El instrumento insta a los padres, hombres y mujeres, a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan tales derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, que establezcan una protección especial fundada en su interés superior y prevalente.

³⁷ Artículo 3 de la ley 1098 de 2006.

³⁸ Artículo 12 de la Convención.

Luego, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 23 de marzo de 1976, exhortó a los Estados partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna, entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado³⁹.

Posteriormente, el 22 de noviembre de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reiteró la obligación de los Estados americanos de proteger los derechos de los niños y adoptar las medidas de protección que su condición requiere⁴⁰, lo mismo hizo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, con énfasis en las medidas especiales que se deben adoptar para la protección de los derechos de la niñez y de los adolescentes⁴¹.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 17 de diciembre de 1988, insiste en que los Estados partes se comprometan a brindar una adecuada protección al grupo familiar y a adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes que les garantice la plena maduración de su capacidad física, intelectual y moral. Se reiteran los derechos de los niños, insistiendo en que se deben implementar las medidas de protección que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, debiendo crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres⁴².

En la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, se reiteró que los menores de edad deben crecer en el seno de la familia, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Igualmente, se reconoce el denominado interés superior del niño, el cual deberá ser atendido primordialmente en todas las medidas que les resulten concernientes, adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos⁴³.

Además se reitera **el derecho de los niños a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques a su honra y a su reputación**⁴⁴.

³⁹ Artículo 2 de la Convención.

⁴⁰ Artículo 19 de la Convención.

⁴¹ Artículo 10 del Pacto.

⁴² Artículos 15 y 16 de la convención.

⁴³ Artículo 31 de la Convención.

⁴⁴ Artículo 16.1 de la convención.

Pues bien, como viene de verse, la reseña de los diferentes instrumentos permite establecer que desde la visión del derecho internacional, entre otras garantías, el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes ha sido una preocupación constante que ha llevado a la comunidad internacional a instar a los diferentes Estados a implementar los mecanismos necesarios y suficientes, que permita su ejercicio y protección ante cualquier injerencia arbitraria.

En el derecho interno, como ya se dejó reseñado, el artículo 15 de la Carta Política garantiza a toda persona sin distinción alguna el derecho a la intimidad personal y familiar, que consecuentemente, incluye a los niños, niñas y adolescentes.

De forma específica y en desarrollo de tales disposiciones fundantes, la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 33, bajo el concepto del derecho a la intimidad, dispone que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia, al igual, que serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad.

Si bien por mandato constitucional del artículo 44, se impone que los derechos de los niños prevalecen sobre las garantías de los demás, al corresponder a personas de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos, la Sala debe advertir que el ejercicio del derecho a la intimidad no es absoluto, pues como se destacó en la doctrina constitucional ya evocada, esta garantía puede ser afectada judicialmente en los eventos autorizados en la ley, como cuando se debe ingresar al ámbito de la intimidad personal o familiar de un niño, niña o adolescente para obtener la evidencia física o los elementos materiales probatorios indispensables para la acreditación de la ocurrencia de un delito o la responsabilidad del autor o partícipe en su comisión, eso sí, con sujeción de las exigencias establecidas en la Ley 906 de 2004, al igual que por sus padres en el cumplimiento de los deberes y obligaciones de protección y cuidado de sus hijos menores de edad.

En efecto, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y en el artículo 13 de la Constitución Política, se exige la obligación de ofrecer una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, entre ellos, el de los niños, niñas y adolescentes, cuya protección especial, conforme al imperativo del inciso final del artículo 44, *ejusdem*, prevalece inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Por tanto, los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno, motivada en su situación de indefensión, vulnerabilidad, debilidad y la necesidad de ofrecerles un desarrollo armónico e integral que les provea las condiciones indispensables para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Para la materialización de este imperativo, el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia define el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como la obligación de todas las personas de garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Esta obligación de asistencia y protección se impone como responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, quienes participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos.

En la familia, la ley civil⁴⁵ les atribuye al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de los hijos no emancipados, el ejercicio de la patria potestad, la cual se define como el conjunto de derechos y facultades otorgados a aquellos, para facilitar el cumplimiento de los deberes que su condición les impone.

La Corte Constitucional, en sentencia CC C-1003/07, precisó que la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia del matrimonio y que se aplica exclusivamente como un régimen de amparo a hijos menores no emancipados.

Y agregó que:

«Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio. Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres. La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.»

También precisó que la Constitución Política y la ley le otorgan a los padres, en ejercicio de la patria potestad, los siguientes derechos y obligaciones sobre sus hijos: (i) al usufructo y administración de sus bienes; (ii) al de representación judicial y extrajudicial; (iii) a su guarda, dirección y corrección; (iv) al **cuidado personal de la crianza, y (v) a su educación e**

⁴⁵ Artículo 288 y s.s. del Código Civil.

instrucción, con la facultad de corregirlo, la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del menor.

Advierte la Sala, que por mandato del artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en ejercicio de tales derechos y en cumplimiento de la obligación de asistencia, la labor de los padres se debe complementar con la responsabilidad parental, entendida como la obligación inherente a la orientación, cuidado, **acompañamiento** y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye el compromiso compartido y solidario del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En el desarrollo de estos compromisos, los padres no pueden desconocer que los menores ante el avance de la tecnología están expuestos a múltiples espacios que pueden llevarlos a la puesta en peligro o vulneración de sus derechos, dada la aparición de prácticas sociales en la comunicación y las interrelaciones personales que van desde la cotidiana utilización del computador personal, el internet como autopista de la información, el correo electrónico, las redes sociales y toda clase de campos virtuales, como el académico.

La Corte Constitucional, en sentencia CC T-260/12 al estudiar un caso afín al que ocupa la atención de la Sala, trajo a colación como doctrina para decidir el asunto que se sometía a su estudio, las recomendaciones del Memorandum de Montevideo⁴⁶, oportunamente evocadas por la Fiscalía en su alegato de oposición, referidas a la protección de los datos personales y la vida privada en la redes sociales, en particular, de niños, niñas y adolescentes, en el que se exhorta a que:

“Los estados y las entidades educativas deben tener en cuenta el rol de los progenitores, o cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado de las niñas, niños y adolescentes en la formación personal de ellos, que incluye el uso responsable y seguro del internet y las redes sociales digitales. Es tarea del Estado y las entidades educativas proveer información y fortalecer las capacidades de los progenitores, sobre los eventuales riesgos a que se enfrentan los menores en internet.”

Y encomienda que en esa tarea que cumplen el Estado, las entidades educativas y los progenitores, deben observar que:

“Toda medida que implique control de las comunicaciones tiene que respetar el principio de proporcionalidad, por tanto se debe determinar que la misma tiene como fin la protección y garantía de derechos que es adecuada al fin

⁴⁶ Realizado en Montevideo, Uruguay, durante los días 27 y 28 de julio de 2009.

perseguido y que no existe otra medida que permita obtener los mismos resultados y sea menos restrictiva de derechos.”

En consecuencia, los padres, en ejercicio de la patria potestad, constitucional y legalmente se encuentran autorizados para asistir, orientar y controlar las comunicaciones de sus hijos menores de edad, limitados solamente por la menor afectación de otras prerrogativas y por la finalidad de protección y garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Resulta un verdadero contrasentido afirmar que las actividades de seguimiento, orientación, protección, que implementa una madre o un padre respecto de sus hijos menores en la intimidad de sus hogares, per se, se ofrecen ilegales, si en la interacción que ello implica requieren de la aprobación de una autoridad judicial, cuando la ley, los instrumentos internacionales, el Gobierno Nacional a través de todas las campañas de información, prevención y orientación difundidas a través de los diferentes medios de comunicación, insta y alerta para que se acompañe a los menores todo el tiempo en el que usan y permanecen en contacto con la variedad de dispositivos electrónicos de comunicación y computadores, especialmente, cuando acceden a redes sociales, con el deber de verificar los contenidos y con quién o quiénes se comunican, para evitar que sean objeto de comportamientos y personas que vulneren o pongan en peligro el pleno ejercicio de sus derechos y les afecten su normal desarrollo físico y mental.

La Corte entiende que cuando el fin no está encaminado a los postulados de asistencia, acompañamiento, orientación, educación y protección considerados en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y el ejercicio de la patria potestad, sí puede comprenderse que la intervención de los padres afecta la intimidad del menor, la que resulta ilegítima y reprochable.

Por lo tanto, desde el marco del derecho internacional, la Constitución Política y la ley, reitera la Sala que los padres en cumplimiento de la responsabilidad parental, las obligaciones de asistencia y protección, el ejercicio de los deberes de cuidado, acompañamiento y orientación de sus hijos menores, para garantizarles la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral, más allá de los límites que fija el derecho a la intimidad, tienen la facultad de acceder a las comunicaciones de las plataformas tecnológicas que los niños, niñas y adolescentes reciben y abordan, pues no de otro modo, al estar bajo su amparo, pueden verificar el contenido de los mensajes y la clase de personas con las que interactúan a través de tales medios, que de ser necesario, permitan su intervención oportuna para prestarles ayuda, auxilio, apoyo y defensa, conforme su encargo les demanda.

Dado el interés superior del niño, los padres tienen la obligación de garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos.

No se puede pasar por alto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya evocada, insiste en que en procura de la defensa de los niños, **la familia debe implementar las medidas de protección que su condición requiere**, siendo la más elemental de ellas, conocer, con quiénes interactúan en los diferentes espacios de su vida cotidiana, que incluye los accesos a las redes de internet y sus diferentes contenidos.

Para esta Corporación, no de otra manera, en cumplimiento de tan caros deberes se puede ofrecer una adecuada asistencia que propenda por el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, dada su situación de indefensión, vulnerabilidad, debilidad y la necesidad de garantizarles un desarrollo armónico e integral que les provea condiciones indispensables para convertirse en miembros autónomos de la sociedad».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 13, 15 y 44

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 12

Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 2

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 10

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 19

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, arts. 15 y 16

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, arts. 16-1 y 31

Ley 57 de 1887, arts. 288 y s.s.

Ley 1098 de 2006, arts. 3, 14 y 33

2.3.2 Intervención a cuenta de correo electrónico: el procedimiento establecido para los hallazgos consecuencia de una interceptación, de la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos o de la actividad de policía judicial no se requiere cuando la intervención se realiza por el titular de la cuenta

Extracto n. ° 128.

Número de radicado	:	42307
Número de providencia	:	SP9792-2015
Fecha	:	29/07/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« El cargo gira en torno a la valoración de los mensajes que se realizaron entre la víctima MRG y el acusado a través de la cuenta de correo electrónico (...)@(...)edu.co, los que al haberse obtenido por la progenitora de ésta, sin que se cumpliera con el procedimiento que se aplica a la búsqueda selectiva en bases de datos, el recurrente considera se trata de prueba “ilegal”, que debe ser excluida.

Desde ya se anuncia que el reproche no tiene vocación de prosperidad.

Lo anterior por cuanto el casacionista y el Procurador Delegado, que como no recurrente coadyuva la pretensión que contiene la censura, parten del supuesto equivocado, de que la cuenta (...)@(...)edu.co, de la cual A.G. obtuvo los mensajes enviados por el acusado con destino a su hija e incorporados al juicio en su testimonio, corresponden al correo electrónico personal de la menor víctima, porque, como quedó reseñado, los mensajes de texto hallados fueron obtenidos por la propia titular en su cuenta de correo electrónico.

Además, a partir de lo decantado en la jurisprudencia, no se trataba de una búsqueda selectiva en base de datos que ameritara la orden previa del fiscal a la policía judicial y la posterior legalización de los hallazgos ante un juez de control de garantías.

El desacierto es palmario, pues como viene de verse, el correo (...)@(...)edu.co, corresponde al nombre de usuario de la cuenta de correo corporativo @(...)edu.co⁴⁷, que la progenitora de la menor MRG, abrió con ocasión a la matrícula académica que realizó de su hija, como estudiante del Bachillerato Virtual de la Universidad [...], bajo el dominio de esa institución educativa.

Durante su testimonio en el juicio oral, A.G, progenitora de MRG, documentó que ante las situaciones de vulneración de los derechos de su hija y la deficiencia educativa en la que se encontraba, la matriculó en el

⁴⁷ Los correos corporativos son una dirección de correo electrónico que contiene el nombre comercial de una empresa o entidad pública con una finalidad específica, a la que pueden acceder simultáneamente múltiples usuarios de correo bajo las reglas de administración, inclusión y cancelación establecidas por quien ejerce el dominio corporativo.

Bachillerato Virtual de la Universidad [...], entidad en la que, en su condición de acudiente y representante legal, le asignaron un usuario y una contraseña de ingreso a través de una cuenta de correo electrónico a la plataforma tecnológica para que ejerciera las actividades de seguimiento y acompañamiento de la menor.

[...]

Para adherirse al programa, el reglamento de la institución académica establece que en los eventos de menores de edad, para ser matriculados, los padres son sus representantes, quienes deben presentar una solicitud escrita del cupo y suscribir un compromiso inicial en el que se afirma ser **“consciente de la autonomía que exige el programa y de la supervisión que debo tener en el proceso educativo y permanencia de mi hijo(a) dentro de la institución.”**

Adicionalmente, son requisitos para el ingreso de los menores de edad que **“sus padres como representantes legales”** presenten la solicitud de matrícula y suscriban los compromisos administrativos y académicos, entre los que se encuentran:

“11. El acudiente del menor de edad, será quien solicite los informes finales según fechas establecidas en los cronogramas que se encuentran publicados en la plataforma.

12. El acudiente será el responsable de conocer los procesos académicos del estudiante al solicitar el usuario y la contraseña de ingreso a la plataforma.

(...)

14. La carta formal dirigida a la rectora de la institución para el ingreso del estudiante menor de edad a la modalidad, será el documento con el cual el padre de familia reconocerá su compromiso de seguimiento académico y financiero de su hijo(a) y con la institución que comprende la situación académica, afectiva, económica, familiar, de salud o de cualquier índole que hace que el acudiente solicite el cupo.” (Destaca la Sala).

Por lo tanto, cuando A.G. ingresó en esa cuenta de correo, lo hacía de manera legítima por tratarse de la titular de la misma, quien estaba acreditada y administraba la clave de acceso exigida por quien ejercía el dominio de la cuenta corporativa –Universidad [...]-, sin que con ello afectara alguna expectativa razonable de intimidad de su menor hija.

No se trataba de una cuenta personal de correo electrónico de la menor víctima del delito.

[...]

No se puede perder de vista que la existencia de la cuenta de correo electrónico corporativo tenía como razón de ser la finalidad de que los «*usuarios*», constituidos por los padres o acudientes de los menores regularmente inscritos, interactuaran con el centro docente en cumplimiento de las obligaciones que como tales, en la ejecución del programa pedagógico, habían adquirido al momento de suscribir la correspondiente matrícula.

Precisamente, fue en ejercicio de tales derechos y obligaciones que A.G., en su condición de acudiente y representante legal de MRG, accedió y halló en el correo corporativo del que era titular, mensajes en los que su menor hija, en palabras del Tribunal, era coaccionada por el acusado para que en el juicio declarara en determinado sentido, declaraciones y contenidos fácticos que el censor tampoco discute, como lo precisa la representante de la víctima en sus alegaciones de no recurrente.

En consecuencia, el descubrimiento de tales mensajes y la puesta a disposición de las autoridades por parte de quien se encontraba autorizado para hacerlo, desde ninguna perspectiva afectó el derecho a la intimidad de la menor MRG, dado que, se reitera, el manejo y acceso correspondía a A.G., su mamá, sin que la circunstancia de que la nominación de la cuenta con el nombre de pila de la menor, ni la posibilidad que ella tenía de acceder a la misma, la convirtieran, per se, en titular.

Por lo tanto, en consonancia con lo alegado por la Fiscalía, los mensajes de correo electrónico incorporados con el testimonio de A.G., no requerían ser sometidos al procedimiento establecido para los hallazgos consecuencia de una interceptación, ni de la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos o de la actividad de policía judicial, ya que fueron descubiertos por la propia testigo en la cuenta corporativa de la que ella era titular».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250-2
Ley 906 de 2004, arts. 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238 y 244

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP5065-2015.

2.3.3 La orden del fiscal a la policía judicial para interceptar comunicaciones integra la actividad preparatoria del caso mas no es elemento material probatorio o evidencia física, por lo que no se requiere su descubrimiento probatorio

Extracto n. ° 129.

Número de radicado	:	46571
Número de providencia	:	AP5721-2015
Fecha	:	30/09/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] es manifiesto el equívoco de la libelista al considerar que el funcionario acusador estaba obligado a descubrirle las órdenes dirigidas por él a la policía judicial con el propósito de interceptar los abonados telefónicos de los implicados, toda vez que, como bien lo destacó el *ad quem*, aquellas no corresponden a ningún elemento material probatorio o evidencia física con la entidad de convertirse en prueba una vez aducida al juicio y sometida al contradictorio, sino que integran la actividad preparatoria del caso, en los términos del canon 345.3 *eiusdem*.

En verdad, no es como lo asegura la letrada que tales órdenes hacen parte de las interceptaciones porque aquellas comportan, en el entendimiento de la Corte Constitucional (sentencia C-657 de 1996), una de las condiciones para intervenir el derecho a la intimidad en eventos de interceptación de comunicaciones, pues además que el precedente citado por la impugnante lo único que enfatiza es que la restricción de la referida garantía sólo es posible bajo la hipótesis de una orden judicial, el mismo se profirió de cara al régimen procesal de la Ley 600 de 2000, no así respecto del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004, en el que la práctica de las interceptaciones es viable, previa emisión de orden del fiscal del caso, la cual, haciendo las veces de una orden judicial, junto con sus resultados son objeto de control posterior de legalidad por el juez de control de garantías.

Si esto es así, y la jurista, de ningún modo, argumenta, de manera consistente y suficiente, algún vicio del procedimiento de interceptación de comunicaciones, o quizás de las decisiones que en sede de control de garantías verificaron la legalidad de las grabaciones de las llamadas telefónicas entre los inculpados, a cargo de los investigadores de policía judicial, por orden impartida por el funcionario acusador, providencias que, en todo caso, fueron oportunamente conocidas por todos los defensores, no

se comprende cuál sería la irregularidad sustancial con la entidad necesaria para invalidar la actuación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

2.3.4 Control de legalidad de las interceptaciones de comunicaciones y otras diligencias

Extracto n. ° 130.

Número de radicado	:	43572
Numero de providencia	:	AP3466-2014
Fecha	:	18/06/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

« [...] las interceptaciones de comunicaciones de los imputados, si bien pueden ser ordenadas por la fiscalía (*artículos 250 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004*), solamente adquieren validez si un juez les confiere su aval, el cual no consiste en verificar simplemente un dato formal atinente al deber de comparecer durante las 24 horas siguientes a la recepción del informe policial ante el Juez de Control de Garantías (*artículo 237 de la Ley 1142 de 2007*), sino en establecer, desde el punto de vista material, la proporcionalidad de la medida y la impostergable necesidad de interferir, sin orden judicial previa, el derecho a la intimidad con fines de investigación.

[...]

De otra parte, respecto del control formal y material de las decisiones que interfieren derechos fundamentales, la Sala ha señalado lo siguiente:

“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 la más profunda dimensión de la personalidad, solo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente.” (CSJ. AP. Rad. 36.562 del 13 de junio de 2012)

Ello demuestra que por la importancia de los derechos fundamentales, es apenas explicable que el sistema penal disponga de varios tipos de control a la actuación de una de las partes del proceso penal: una, vinculada con el control posterior de legalidad por parte del Juez de garantías para actos de investigación, y otra en el juicio al realizarse la audiencia preparatoria, por el juez de conocimiento, que como garante de la validez probatoria y de las condiciones básicas del juicio, está en el poder deber de rechazar o de excluir las pruebas ilegales, y con mayor razón las ilícitas.

[...]

“En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con las que el fiscal pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a los derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y a la intimidad.

“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, cuyo uso debe ser severamente controlado en vigencia del Estado de derecho.

“Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo y si el sacrificio compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de declararse legal dicho procedimiento.” (CSJ. AP. Rad. 36.562 del 13 de junio de 2012).

El examen que le corresponde al Juez de conocimiento no es menor, pues como garante de las condiciones básicas de legalidad del juicio, le corresponde, en estos eventos, determinar si la prueba puede ser llevada al juicio oral y ser confrontada en ese escenario, luego de verificar su legalidad formal y material.

[...] Según se ha explicado, la defensa no ha cuestionado la necesidad de la intervención del derecho fundamental, ni la proporcionalidad de la medida, sino la formalidad del trámite, pues sostiene que de acuerdo con el artículo 237 de la Ley 906 de 2004:

“Dentro de las 24 horas siguientes al recibimiento del informe de policía judicial sobre las diligencias de la órdenes de ... interceptación de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de control de legalidad sobre lo actuado”

Tal obligación, sostiene el defensor, fue ignorada por la Fiscalía, pues en la audiencia del 19 de febrero del presente año, incluyó los informes de policía judicial de los días 13, 14, 18 y 19 del mismo mes y año, por lo cual, al menos respecto de los dos primeros, no se realizó el control judicial dentro de las 24 horas siguientes, como lo refiere la norma procesal indicada.

Hay dos formas de leer la norma indicada. Una, en la cual el término de 24 horas se cuenta a partir de la recepción de cada informe de policía judicial. Desde ese punto de vista, si se tiene en cuenta que la orden puede tener un plazo máximo de seis meses (*artículo 234 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011*), cada día que se reciba informes parciales dentro de ese plazo máximo límite, debería el fiscal acudir ante el juez de control de garantías, colapsando la actividad investigativa y la misma actividad jurisdiccional, como consecuencia de una interpretación que no se corresponde con el sentido del instituto y con la teoría del efecto útil de las normas.

Otra manera de interpretar la disposición es la que ha realizado la Corte a partir de articular la eficacia del sistema de investigación y los derechos fundamentales, buscando en la necesidad de interferir derechos fundamentales y en la proporcionalidad de la medida, el mejor entendimiento al término en que el juez de control de garantías debe realizar el control de los actos de intervención de la fiscalía. En ese sentido, una cabal lectura del artículo 235 de la Ley 906 de 2004, permite sostener que la orden de interceptación es una sola compuesta de varios actos que corresponden a una misma unidad y finalidad, por lo cual el control judicial formal y material es uno solo, que abarca la totalidad de la actuación realizada durante el límite de tiempo de la orden impartida y no cada segmento de ella.

Precisamente, en relación con ese tema, la Corte ha señalado lo siguiente:

*“Recapitulando, entonces, se tiene lo siguiente: (i) la audiencia de **control de legalidad posterior** de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones..., **es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden.**” (CSJ. SP. Rad. 28.535, 9 de abril de 2008. Resultado fuera de texto)*

Y a partir de esos elementos, la Sala precisó:

“... El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la

*comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice **la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes**, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.” (Resaltado en el texto. Sentencia citada).*

En consecuencia, los informes 25-32120 OT 003 del 14 de febrero, el 25-32146 OT 008 del 14 de febrero de 2013, 25-32391 -T 008 del 18 de febrero de 2013, y el 2532401 OT 003 del 19 de febrero de 2013, que contienen los análisis de monitoreo de las interceptaciones telefónicas, corresponden a una única orden impartida por la fiscalía con el número 110016000686201200002, y en esa medida, no era necesario, según se ha mencionado, realizar tantos controles judiciales cuantos informes se rindieron, sino uno solo que comprende el examen de legalidad de todos los actos realizados en esa unidad de propósito, con lo cual ni se afecta excesivamente los derechos fundamentales, y de otra, un control material del todo y no de la parte, es la mejor garantía de la protección del derecho fundamental interferido.

[...]

[...] no afecta la legalidad de la prueba el hecho de que el mismo día de la captura del imputado **OP** se realizara la audiencia de control de legalidad de la interceptación de comunicaciones. En efecto, si bien el parágrafo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, señala que si **“el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor”** (se resalta), dicha situación es ajena a la situación que se estudia. En efecto, de acuerdo con el registro de las audiencias y de los antecedentes que reposan en la Corte, se tiene que la orden de interceptación de comunicaciones se profirió antes del 19 de febrero y una lectura atenta de la norma señala que se debe convocar al procesado si el **“cumplimiento de la orden ocurre luego de formulada la imputación**, situación que no acontece en este asunto.

[...]

Además, precisamente para garantizar plenamente el derecho de defensa, en situaciones como la que se analiza, en las causales el indiciado no es convocado a la audiencia de control de legalidad de la interceptación de comunicaciones, el proceso penal prevé precisamente que en la audiencia preparatoria se discuta la validez de la prueba, como en efecto ocurre, sin que en la discusión le asista razón al recurrente».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250
Ley 906 de 2004, arts. 234, 235 y 237
Ley 1142 de 2007, art. 237

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 30 may. 2012, rad. 38537 y CSJ. AP, 13 jun. 2012, rad. 36562.

Extracto n. ° 131.

Número de radicado	:	42307
Número de providencia	:	SP9792-2015
Fecha	:	29/07/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] la Sala no desconoce desde la vigencia de la misma Ley 600 de 2000⁴⁸, y ahora lo reitera en aplicación del Código de Procedimiento Penal de 2004, que la información privada que fluye en el correo electrónico de una persona, tiene un contenido íntimo que está protegido por el artículo 15 de la Constitución Política y las disposiciones de orden legal que lo desarrollan, y que en los eventos en que se necesite acceder a ella para aportarla como elemento material de prueba, para su validez, se requiere de la orden previa de un delegado de la Fiscalía General de la Nación y el posterior control de legalidad de la diligencia y sus hallazgos ante un juez de garantías, conforme lo disponen los artículos 233 y 236 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 15.
Ley 906 de 2004, art. 233, 236.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP3466-2014 y CSJ AP640-2014.

⁴⁸ CSJ SP 5065, 28 abr. 2015, rad. 36784; SP 14623, 27 oct. 2014, rad. 34282; y SP, 10 may. 2011, rad. 34282.

2.3.4.1 Para que el juez de control de garantías lleve a cabo el control de legalidad no es necesario que se le ponga a disposición aquello que fue materia de hallazgo, siendo sí lo deseable

Extracto n. ° 132.

Número de radicado	:	43092
Número de providencia	:	AP640-2014
Fecha	:	19/02/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] lo que el juez con funciones de control de garantías debe preguntarse en la audiencia de control posterior, es si fue legal la forma en que se intervino la intimidad, para lo cual no es necesario que se le ponga a disposición aquello que fue materia de hallazgo; siendo sí lo deseable, pero la omisión de su presentación no genera, como lo pretende el apelante, la ilegalidad de las labores de investigación mencionadas, dado que el juez que preside las audiencias preliminares, en principio, ningún interés tendría de conocer las conversaciones grabadas, tratándose de interceptación de comunicaciones.

Más aún, cuando la fiscalía determina para efectos de su teoría del caso, si utiliza el material encontrado en las labores de interceptación, o sólo parte de él; el interés sobre su contenido solo se activa a partir de su presentación por parte del fiscal, en el escrito de acusación.

En consecuencia, la omisión de haber dejado a disposición del juez con funciones de control de garantías las conversaciones obtenidas con la interceptación de comunicaciones, no convierte en ilegal dicha labor investigativa y por tanto se hace improcedente su exclusión con fundamento en ello».

2.4 Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones⁴⁹: el aparato celular de donde se obtiene la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de documento digital, por lo que el control posterior de dicho procedimiento de investigación se realiza de conformidad con el artículo 236 del C.P.P

Extracto n. ° 133.

Número de radicado	:	35127
Fecha	:	17/04/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En cuanto a la omisión consistente en no citar el juez de garantías a los defensores de los hoy sentenciados para que comparecieran a la audiencia de control posterior de la extracción de información de los teléfonos celulares incautados y, en consecuencia, negarles la oportunidad para denunciar las anomalías en la obtención de la evidencia física, es preciso señalar, como bien lo hace la representante del Ministerio Público, que el censor se equivoca al asegurar que se ha debido proceder como en los casos de búsqueda selectiva en bases de datos.

Dicha afirmación es del todo errada, porque el aparato celular de donde se extrae la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de documento digital, de allí que no sea de aquella susceptible de afectar la garantía al hábeas data.

Por lo tanto, el control posterior de dicho procedimiento de investigación se realiza conforme el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal de 2004⁵⁰

⁴⁹ Denominaba *Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes* antes de la reforma realizada por el artículo 53 de la Ley 1453 de 2011

⁵⁰ ARTÍCULO 236 (original). “*RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN DEJADA AL NAVEGAR POR INTERNET U OTROS MEDIOS TECNOLÓGICOS QUE PRODUZCAN EFECTOS EQUIVALENTES. 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 ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.*

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” (esta norma fue modificada por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011)”.

y no el 244 de la misma obra, pues esta última se refiere a una diligencia de diferente naturaleza.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha manifestado que *“la información a salvar desde el teléfono celular y la sim card no tienen la categoría de base de datos (inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004), sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis ejecuta la Fiscalía como actividad investigativa propia que está sometida a control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007.”*⁵¹

Pues bien, la citación que hoy echa de menos el impugnante no era exigible en su momento y, por lo tanto, carece de toda relevancia para incidir en la legalidad de la prueba.

En efecto, es necesario decir que el inciso segundo del artículo 237 original de la Ley 906 de 2004 enunciaba quiénes podían asistir a la audiencia de control posterior, en los siguientes términos: *“durante el trámite de la audiencia solo podrá asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia”*.

A lo anterior debe agregarse que, de acuerdo con el parágrafo de la misma norma, si el cumplimiento de la orden de extracción de información se había cumplido con posterioridad a la formulación de imputación se debía citar al imputado y a su defensor para que, *“si lo desean”* pudieran ejercer el contradictorio.

Pero esta parte de la norma no era en su momento aplicable al caso, porque cuando se llevó a cabo la diligencia de control de legalidad el 31 de mayo de 2006, aún no se había formulado la imputación, razón por la cual dicha citación no era procedente, pues los hoy procesados tenían entonces la calidad de indiciados.

Ahora bien, para esa época aún no había sido proferida la sentencia C-025 del 27 de enero de 2009, la cual declaró condicionalmente exequible el inciso 2º del artículo 237, siempre que se entendiera que *“cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita”*.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia del 16 de julio de 2008, radicación No. 30022, que reitera el contenido de la providencia del 2 del mismo mes y año, rad. 29991.

De suerte que al tramitarse la audiencia de control posterior a la extracción de información de los teléfonos celulares, sin la presencia del indiciado y su defensor, se cumplió con lo normado en la ley entonces vigente, pues el pronunciamiento de constitucionalidad solamente podría tener efectos para el futuro y no para casos tramitados con anterioridad.

Por otra parte, es necesario constatar que el 12 y 29 de julio de 2006 se tramitaron otras audiencias de control de legalidad respecto del mismo procedimiento y que a la última de las mencionadas asistieron algunos de los hoy procesados -entonces ya imputados- y sus defensores. En esas diligencias se hizo referencia a las legalizaciones anteriores, frente a las cuales los apoderados manifestaron su conformidad.

En conclusión, el cargo de falso juicio de legalidad no prospera».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 244-2 y 424-2

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 02 jul. 2008, rad. 29991; CSJ AP, 14 jul. 2008, rad. 29992; CSJ AP, 16 jul. 2008, rad. 30022; CSJ AP, 23 nov. 2011, rad. 37431, y CSJ AP967-2016.

2.5 Análisis e infiltración de organización criminal, vigilancia y seguimiento de personas, actuación de agentes encubiertos y entrega vigilada

2.5.1 Seguimiento y vigilancia de personas y entrega vigilada: proporcionalidad y razonabilidad de las actuaciones, participación de la víctima y medios técnicos utilizados

Extracto n. ° 134.

Número de radicado	:	46139
Número de providencia	:	SP17459-2015
Fecha	:	16/12/2015

Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Con relación a las evidencias N° 5 y 7° --grabaciones de audio y video de reuniones llevadas a cabo entre JCA e IGO--alega el apelante que fueron realizadas con las cámaras de seguridad del establecimiento Carulla sin mediar orden de autoridad competente.

Al respecto, el artículo 239 de la Ley 906 de 2004 preceptúa que si el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados para inferir que el indiciado pudiese conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo de la policía judicial, por tiempo determinado. Emitida la orden por parte del fiscal, para su ejecución se podrá emplear cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmaciones y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar la información.

Por tanto, en el asunto bajo examen, habiendo la Fiscalía ordenado la vigilancia y seguimiento de personas en el programa metodológico, la policía judicial se encontraba facultada para cumplirla por el medio que considerara más útil y eficaz, sin necesidad de solicitar orden adicional alguna.

Añadió el defensor que las medidas de seguimiento, vigilancia y entrega fueron desproporcionadas e irrazonables. Frente a tal argumento, vale la pena destacar que la Corte Constitucional, en sentencia C-881 del 2014, al analizar la exequibilidad del artículo 239 de la Ley 906 de 2004, precisó que el derecho constitucional fundamental a la intimidad no es absoluto, como quiera que puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento.

Por consiguiente, precisó la Corte Constitucional, que la medida de vigilancia y seguimiento era razonable por los siguientes motivos: (i) Está fundada en una finalidad legítima como es la persecución y sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados. (ii) Tiene un alcance limitado y muy específico que permite la vigilancia respecto de eventos que no afecten el núcleo esencial de la intimidad como campos abiertos, a plena vista, o cuando se hayan abandonado objetos, por lo cual no se podrá aplicar en aquellos casos en los cuales sea necesaria una afectación más profunda de la intimidad como allanamientos y registros, interceptaciones o retenciones. (iii) Tiene una relación absoluta con la finalidad pretendida, situación que se encuentra de manera muy clara en la norma, pues la misma señala que su objetivo es conseguir información útil para la investigación que se adelanta.

Así mismo, tal medio de investigación es proporcional por los siguientes motivos: (i) Es idónea para alcanzar el fin de recaudar información sobre la comisión de la conducta punible. (ii) Constituye un medio mucho menos restrictivo para la obtención de pruebas que otros como el allanamiento, el registro y la interceptación de comunicaciones. (iii) Es proporcional en sentido estricto, pues no solamente no afecta el núcleo esencial del derecho a la intimidad, sino que también está sujeta a una serie de controles y restricciones: la decisión debe ser motivada de manera razonable; debe estar fundada en medios de conocimiento previstos en el Código de Procedimiento Penal; está limitada en el tiempo, pues si en el lapso de un año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos; requiere autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden y; vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

En el caso bajo examen, la Fiscalía cumplió con cada uno de los presupuestos señalados por la Corte Constitucional. Así, se legalizaron las órdenes de seguimiento de personas y entrega vigilada, al tiempo que tales medidas se limitaron a recaudar elementos probatorios que permitieron a la Fiscalía fundamentar su teoría del caso, sin transgredir el contenido esencial del derecho a la intimidad del procesado.

También cuestionó el defensor la intervención de la víctima en las medidas de vigilancia y seguimiento de personas y entrega vigilada, por cuanto, dice, la Ley 906 de 2004 dispone que dichas labores investigativas deben realizarse por parte de policía judicial. Esta apreciación es equivocada porque el artículo 243 de la Ley 906 de 2004 señala: “se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, **bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial** especialmente entrenados y adiestrados”, de donde se sigue que tal actuación puede ser ejecutada por cualquier tercero, con el control de la policía.

En segundo término, la vigilancia y seguimiento de personas fue realizado por la policía judicial. Obviamente, los investigadores debían registrar los encuentros entre JCA e IGO, efecto para el cual utilizaron los medios tecnológicos del referido establecimiento de comercio y micrófonos en la víctima, instrumentos que fueron idóneos para cumplir el objetivo de la orden, en estricto acatamiento del artículo 239 de la Ley 906 de 2004.

Cierto es que la señora IGO manifestó que no conocía el contenido del artículo 243 de la Ley 906 de 2004. Pero es que es entendible que la víctima,

dada su formación académica, no conozca sobre normas de procedimiento, como ella misma lo admitió. Sin embargo, aquélla, en juicio oral, relató que la fiscal y el investigador GCH le explicaron que se le daría \$1.500.000.oo, suma por la cual firmó un acta de compromiso, para posteriormente entregarle ese dinero a JCA, es decir, la agraviada tenía pleno conocimiento del motivo y desarrollo de la actuación.

Respecto a que la víctima se llevó los instrumentos de grabación a su casa, es verdad que aquélla admitió tal circunstancia, al paso que explicó que ello obedeció a los nervios que tenía, pues nunca había efectuado algo así, actitud absolutamente normal si se tiene en cuenta que estaba participando en un operativo policial, lo cual además es intrascendente porque la declarante hizo referencia a los micrófonos que le fueron instalados, no a los medios en que quedaron registradas las grabaciones, pues éstos siempre estuvieron custodiados por servidores de policía judicial».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 239 y 243

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36562.

2.5.2 Consideraciones respecto a las horas en que se pueden llevar a cabo los actos de vigilancia y seguimiento de personas, de agente encubierto y entrega vigilada

Extracto n. ° 135.

Número de radicado	:	35186
Fecha	:	19/10/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La exclusión probatoria fundada en que los actos de vigilancia y seguimiento de personas, de agente encubierto y los elementos obtenidos en virtud de entrega vigilada, se realizaron por fuera del horario previsto en el artículo 225 de la Ley 906 de 2004, sin que obre razón atendible para el efecto, impone realizar algunas aclaraciones.

De ante mano, es preciso advertir que el defensor predica equivocadamente que los requisitos contenidos en el numeral 1° el artículo 225⁵² de la Ley 906 de 2004 se deben aplicar a las actividades señaladas en los artículos 239 (vigilancia y seguimiento de personas) y 242 (actuación de agentes encubiertos), esto es, que una y otra se han debido realizar dentro del horario comprendido entre las 6:00 A.M. y las 6:00 P.M., así como con fundamento en los presupuestos allí indicados, cuando lo cierto es que el 239 no remite a tal disposición y el 242 lo hace de forma restringida, en tanto, expresa que su aplicación procede “*en lo que sea pertinente*”.

De otra parte, olvida que el artículo 225 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de actuar durante la noche dadas unas precisas condiciones, de donde se sigue que aún en el evento de dar respaldo al argumento de la defensa en el sentido comentado, quedaría sin piso ante la autorización legal indicada.

El cuestionamiento se reputa más desviado cuando afirma que no existía razón válida alguna para suponer que las actividades señaladas en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004 debían adelantarse por fuera del horario antes mencionado, porque además de lo expresado por el *a quo* para justificar las mismas, pretende hacer prevalecer la regulación general contenida en el numeral 1° del artículo 225 de la Ley 906 de 2004 sobre la especial prevista en el artículo inicialmente citado, donde basta, como condición objetiva, que de los medios cognoscitivos se pueda inferir que el indiciado continúa desarrollando una actividad criminal.

Adicionalmente, tampoco debe perderse de vista que de manera detallada el Tribunal hizo una reseña acerca del procedimiento adelantado en torno de los actos de vigilancia y seguimiento de personas en orden a evidenciar su legalidad, sobre lo cual el impugnante no realiza glosas puntuales, pues se limita a señalar que en la audiencia correspondiente no se debatieron los supuestos que determinaron la medida, ignorando que la revisión que efectúa el Juez de Control de Garantías no sólo es formal sino material, conforme lo preceptúa el inciso final del artículo 239 de la Ley 906 de 2004.

[...]

Así las cosas, no hay lugar a revocar el numeral octavo de la parte resolutive de la providencia impugnada, en donde se dispuso no acceder a “*la exclusión*”

⁵² En este asunto se tiene en cuenta el texto original del numeral 1° de la norma en cita, que señalaba: “1. Realizar el procedimiento entre las 6:00 A.M. a las 6:00 P.M., salvo que por circunstancias particulares al caso, resulte razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, sea actuar durante la noche”, por cuanto era la vigente para la época de los hechos aquí objeto de investigación, luego modificado por el artículo 50 de la Ley 1453 de 2011.

de los actos de investigación realizados con vigilancia y seguimiento de personas, agente encubierto y de elementos materiales obtenidos en virtud de la técnica de entrega vigilada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 225-1, 239 y 242.

2.5.3 Caso en que las actuaciones no constituyen análisis e infiltración de organizaciones criminales, actuación de agentes encubiertos o entrega vigilada

Extracto n. ° 136.

Número de radicado	:	28888
Fecha	:	13/02/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En el caso bajo examen el defensor acierta en el motivo de casación que escogió para fundamentar el cargo. Sin embargo, la fundamentación lógica y los argumentos que expone en su sustento parten de una premisa aparente con la cual persigue que en sede casación se excluya una prueba que oportunamente fue ordenada en la audiencia preparatoria y legalmente recaudada en el juicio oral.

La afirmación que el *a quo* hizo en la sentencia de que AMF fungió como informante y que “camuflado” entre la banda delincuenciales contribuyó en su desarticulación; es el acicate de la defensa para proponer la ilegalidad de tal testimonio porque la actuación del testigo, en su sentir, no se allanó a los presupuestos de validez que establecen los artículos 241, 242 y 243 de la ley 906 de 2004, que regulan lo concerniente al análisis e infiltración de organizaciones criminales, la actuación de agentes encubiertos y la entrega vigilada, respectivamente; actividades para las cuales se debe obtener previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías a solicitud del fiscal que dirige la investigación.

Lo que proyecta la defensa en relación con la actuación del señor MF no se acomoda a los presupuestos contemplados en las aludidas disposiciones. En efecto, el artículo 241, con el cual comienza la regulación del procedimiento para infiltrar organizaciones dedicadas al delito, preceptúa:

“... 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 ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia”.

Su punto de partida es el supuesto de que en contra del indiciado o imputado se adelanta investigación y a pesar de ello continúa ejecutando actividades delictivas que demuestran que dirige o pertenece a una organización criminal y bajo tal probabilidad se establecen mecanismos de investigación orientados a la obtención de evidencia y elementos materiales probatorios y, como fin preponderante, lograr su desarticulación, con esa dirección el legislador previó en el artículo 242 de la misma codificación:

“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 investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.”

Actividad en la que pueden actuar particulares, pero, en todo caso, se debe adelantar la revisión de la legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se deben aplicar,

en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En el caso bajo examen, analizadas las circunstancias en las que fueron desarrollados los hechos, la afirmación de que MF estaba “camuflado” dentro de la organización criminal de la cual formaban parte los acusados y que por lo mismo contribuyó a su desarticulación, es una apreciación incorrecta de lo sucedido. Veamos.

Es un hecho cierto que el señor MF, quince días antes, en hechos diferentes a los juzgados en este proceso, participó en actividades investigativas relacionadas, según dijo, con asuntos de narcotráfico y el hurto de un vehículo Toyota, en las cuales procedía como informante, pero que lo dieron a conocer en los círculos delincuenciales como empleado de un personaje – inexistente– dedicado a la adquisición de bienes ilícitos, motivo por el que ENG le ofreció el camión despojado a EC, quien días después del suceso fue hallado muerto y en proceso de descomposición.

Consecuente con el conocimiento que MF tenía acerca de la procedencia de la máquina, pues, NG le manifestó que era hurtada, y la revelación que le hicieron de que segarían la vida del conductor, si no conseguían venderlo rápidamente, dio aviso a los funcionarios de la SIJIN, suministrándoles los datos que tenía bajo su poder.

Actuación respecto de la cual no se puede afirmar que operó como infiltrado en una organización delictiva dedicada a la comisión de diversos ilícitos, cuando lo que se desprende es que voluntariamente mantuvo en error a los acusados en lo tocante a su trabajo y continuó alimentándoles la idea, de que él tenía un “patrón” con capacidad económica, interesado en adquirir bienes ilegales.

Obsérvese que la captura de los acusados y la incautación del camión no tienen correlación alguna con la actividad que la defensa le asigna de agente encubierto, porque si así hubiese actuado, teniendo en cuenta los fines que con ese método de investigación se persiguen, se conocería la identidad de los demás integrantes de la empresa criminal cuya captura, bajo tal supuesto, habría sido inminente, pues téngase en cuenta que al momento de la aprehensión dos de los delincuentes alcanzaron a huir internándose en la zona boscosa.

En nuestro medio, los agentes encubiertos son funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo con la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la

persecución penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido.

Estas circunstancias no comparecen en el caso de MF, quien, por fuerza de los hechos, comunicó a los policiales judiciales de la SIJIN que conocía, lo que EN y sus secuaces iban a realizar con el conductor del camión que horas antes habían hurtado, por lo que no se puede afirmar que estaba realizando trabajo bajo cubierta, como de manera vehemente lo manifiesta el libelista.

Tampoco se trató de una entrega vigilada regulada en el artículo 243 de la ley 906 de 2004, la cual se restringe de manera exclusiva a los bienes utilizados para cometer la conducta punible o que provienen de su ejecución cuya finalidad es permitir que continúen su “tránsito normal” dentro del plan delictivo trazado por los delincuentes pero conociendo, por vigilancia especializada de la policía judicial, el lugar donde se encuentran, con el propósito de conocer el andamiaje de la empresa criminal y, además, determinar quiénes pertenecen a la misma.

La disposición en cita expresamente señala que cuando el fiscal tuviere razonablemente motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la ley procesal, para creer que el indiciado o imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el *transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informando por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continúa*, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de **objetos** cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida.

Dicha técnica tiene su antecedente más próximo en la “*Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 y aprobada en la legislación interna mediante la ley 67 de 1993, cuyo artículo 11 dispone:

“...ENTREGA VIGILADA.

1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.

3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.”

Y aunque la legislación interna no concreta dicho procedimiento de manera exclusiva a los casos de narcotráfico en cuanto contempla otras hipótesis delictivas, no queda duda que el mismo está orientado a determinar en forma encubierta quiénes participan en el delito, las modalidades del mismo, rutas utilizadas, contactos y los datos de todas las personas que participan en una agrupación ilícita, con la misión de individualizar a los integrantes que están en su cima y conseguir elementos probatorios que los incriminen, aspectos que no tienen relación con el supuesto de hecho que, en este caso, originó la intervención de la policía judicial.

La actuación de los funcionarios de la SIJIN que intervinieron en la captura de los acusados y la incautación del camión y demás elementos provenientes de la ejecución del hecho punible corresponde a una acción ejecutada con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 67 de la ley 906 de 2004 que a la sazón dispone: *“El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”* y a las facultades conferidas a la Policía Judicial en el artículo 205 *ejusdem*, en cuyo ejercicio el Juez de Control de Garantías no encontró reparo alguno.

Por eso es por lo que el testimonio del señor MF en el juicio oral se concretó exclusivamente a los aspectos que fueron percibidos por él⁵³ en los cuales actuó de forma pasiva, de modo que su finalidad no era utilizarlo procesalmente para introducir evidencia o elementos materiales probatorios obtenidos en la captura de los imputados o para controvertir, con él, la legalidad de la actuación de la policía judicial.

Declaración que fue aducida en la forma prevista en el ordenamiento procesal que gobierna el sistema acusatorio, pues, oportunamente fue solicitado por la Fiscalía y su práctica decretada en la audiencia preparatoria y al recibirlo en el juicio oral se observaron las formalidades legales y se garantizó el ejercicio del derecho de contradicción permitiendo que la defensa de los acusados lo contrainterrogaran.

Finalmente, a pesar de que el libelista postula la ilegalidad de la declaración de MF, no manifiesta cómo al excluirla del arsenal probatorio recaudado

⁵³Brichetti, Ob. Cit, Pág. 7: *“Efectivamente, las personas que refieren un hecho ocurrido bajo su vista constituyen la guía más segura del juez, porque es muy difícil que los sentidos, si son íntegro, sufran ilusión al examinar los objetos sobre los cuales se contraen...”*

durante el juicio oral, modifica o demuele las consideraciones expuestas por los sentenciadores en el fallo y, por ende, la decisión de condena, ésto atendiendo a que en la fase procesal referida se practicaron ante el *a quo* múltiples pruebas que también constituyeron fundamento de la decisión impugnada.

En consecuencia, para la Sala no acude motivo que justifique su intervención para superar el error que por falso juicio de legalidad denuncia la defensa, en cuanto el cargo está fundamentado en un discurso sofisticado amparado en premisas de procedimiento que son ajenas a las hipótesis fáctica y jurídica del suceso, en cuyo desarrollo el libelista no hace más que oponer a lo razonado en las instancias, su propio punto de vista».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988

Ley 67 de 1993, art. 11

Ley 906 de 2004, arts. 67, 205, 242 y 243

2.5.4 Finalidad y alcance probatorio de la actuación de agentes encubiertos

Extracto n. ° 137.

Número de radicado	:	27941
Fecha	:	14/12/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA ⁵⁴
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«[...] la declaración de la agente encubierta ALAT, quien en cumplimiento de sus funciones como investigadora realizó una visita al centro de reclusión de Picalaña el día 6 de octubre de 2008.

Según sus propias palabras: “Ellos no se presentaron como miembros del Bloque Tolima **y no pude saber si ellos eran miembros del Bloque Tolima de las AUC**”⁵⁵. Extraña respuesta, porque de antemano, como “agente

⁵⁴ A pesar de que esta sentencia se profirió en un proceso adelantado bajo la Ley 600 de 2000, se incluye en la presente publicación dado que se hacen algunas consideraciones respecto a las actuaciones de agentes encubiertos, regulada en la Ley 906 de 2004.

⁵⁵ Minuto 41:39

encubierta” debía saber a qué iba al centro de reclusión y a quiénes estaba dirigida su investigación; si los entrevistados no le comunicaron que eran o habían sido miembros del Bloque Tolima, esta situación es todavía más sorprendente, porque la ciencia y la experiencia enseñan que la extorsión es una conducta delictiva cuyo verbo rector “constreñir” consiste en el empleo de violencia moral a fin de doblegar la voluntad de la víctima para que haga, tolere u omita algo.

En este caso, el medio para lograr ese constreñimiento no era otro que la militancia en el grupo al margen de la ley; es de esos vínculos de donde surge el poder de sometimiento y el temor que se puede llegar a infundir con su sola invocación, por lo que omitir este trascendental aspecto, se supone en una conversación “espontánea”, cuando este hecho es la base de la conducta delictiva, genera en el análisis del mencionado testimonio reparos en cuanto a su contenido.

Además, el agente encubierto, como su nombre lo indica, lejos está de develar su identidad o su actividad; resintiéndose por ello la versión según la cual recibió un comentario que le hicieran todos los miembros del Bloque que presuntamente estaban implicados en la extorsión, para que por su conducto le enviara un mensaje al señor FHP, y prácticamente ante ella, en la **entrevista, confesaron abiertamente** que se encontraban llevando a cabo una extorsión, cuando le expusieron: “Recuérdeme al doctor que nosotros estamos siendo llamados por la Corte y la Fiscalía Especializada, que se acuerde lo que pasó con GA, que por versiones de nosotros, él se encuentra en la cárcel”.

El objetivo de la infiltración es conocer la mayor información posible que se obtiene a través de medios engañosos, cuando de una conversación “espontánea” se logran obtener datos que van a ser posteriormente utilizados en una investigación. Entonces, la razón de la utilización de agentes encubiertos es la búsqueda de elementos probatorios en una actuación en la que **el presunto implicado no se percata que los está suministrando o si llega a saberlo, no dimensiona las consecuencias de ese acto** porque no de otra forma lo haría, y es un medio cuestionado, pero consagrado en la ley, para lograr infiltrar e investigar organizaciones criminales siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas, tal como lo dispone el artículo 242 de la ley 906 de 2004.

Recientemente la doctrina ha desarrollado esta figura procesal y expuesto que: “Las investigaciones encubiertas son una forma especial de obtención de información y datos relevantes para el proceso penal; ellas se sirven del “engaño” como uno de sus elementos esenciales; en este caso el indiciado o imputado sabe perfectamente que está dando una información, lo que no

sabe es con qué fin, ni las consecuencias de su manifestación, en esto se basa el actuar secreto”⁵⁶.

Para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ajeno al resultado que pueda llegar a tener la entrevista realizada por la agente encubierta en el proceso que en la actualidad cursa en el Juzgado Quinto Penal del Circuito por el delito de extorsión, el cual es extraño a esta actuación, la declaración por ella rendida y por la funcionaria de la Defensoría del Pueblo, analizadas como se ha hecho con todas las demás deposiciones, con objetividad, seriedad y en la compleja situación en que ambas se llevaron a cabo, no logran el cometido anunciado por la defensa en la audiencia pública, esto es, refutar y atacar la credibilidad de algunos testigos, por cuanto sus iniciales versiones, allegadas a la investigación en forma regular, con la presencia de los sujetos procesales, quienes tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho a la contradicción, tienen la fortaleza suficiente frente al testimonio de las dos servidoras públicas o la existencia de una investigación penal».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 242

Ley 600 de 2000

2.6 Búsqueda selectiva en las bases de datos

2.6.1 Elementos que no se consideran base de datos

2.6.1.1 El aparato celular de donde se obtiene la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de documento digital, por lo que el control posterior de dicho procedimiento de investigación se realiza de conformidad con el artículo 236 del C.P.P

Extracto n. ° 138.

Número de radicado	:	35127
Fecha	:	17/04/2013

⁵⁶ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Estudios Penales a partir de la libertad y solidaridad. Monografías de derecho Penal. Nro. 18. Universidad Externado de Colombia. 2009, pág. 203.

Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En cuanto a la omisión consistente en no citar el juez de garantías a los defensores de los hoy sentenciados para que comparecieran a la audiencia de control posterior de la extracción de información de los teléfonos celulares incautados y, en consecuencia, negarles la oportunidad para denunciar las anomalías en la obtención de la evidencia física, es preciso señalar, como bien lo hace la representante del Ministerio Público, que el censor se equivoca al asegurar que se ha debido proceder como en los casos de búsqueda selectiva en bases de datos.

Dicha afirmación es del todo errada, porque el aparato celular de donde se extrae la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de documento digital, de allí que no sea de aquella susceptible de afectar la garantía al hábeas data.

Por lo tanto, el control posterior de dicho procedimiento de investigación se realiza conforme el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal de 2004⁵⁷ y no el 244 de la misma obra, pues esta última se refiere a una diligencia de diferente naturaleza.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha manifestado que *“la información a salvar desde el teléfono celular y la sim card no tienen la categoría de base de datos (inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004), sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis ejecuta la Fiscalía como actividad investigativa propia que está sometida a control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007.”*⁵⁸

Pues bien, la citación que hoy echa de menos el impugnante no era exigible en su momento y, por lo tanto, carece de toda relevancia para incidir en la legalidad de la prueba.

⁵⁷ ARTÍCULO 236 (original). *“RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN DEJADA AL NAVEGAR POR INTERNET U OTROS MEDIOS TECNOLÓGICOS QUE PRODUZCAN EFECTOS EQUIVALENTES. 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 ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.*

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” (esta norma fue modificada por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011)”.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia del 16 de julio de 2008, radicación No. 30022, que reitera el contenido de la providencia del 2 del mismo mes y año, rad. 29991.

En efecto, es necesario decir que el inciso segundo del artículo 237 original de la Ley 906 de 2004 enunciaba quiénes podían asistir a la audiencia de control posterior, en los siguientes términos: *“durante el trámite de la audiencia solo podrá asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia”*.

A lo anterior debe agregarse que, de acuerdo con el párrafo de la misma norma, si el cumplimiento de la orden de extracción de información se había cumplido con posterioridad a la formulación de imputación se debía citar al imputado y a su defensor para que, *“si lo desean”* pudieran ejercer el contradictorio.

Pero esta parte de la norma no era en su momento aplicable al caso, porque cuando se llevó a cabo la diligencia de control de legalidad el 31 de mayo de 2006, aún no se había formulado la imputación, razón por la cual dicha citación no era procedente, pues los hoy procesados tenían entonces la calidad de indiciados.

Ahora bien, para esa época aún no había sido proferida la sentencia C-025 del 27 de enero de 2009, la cual declaró condicionalmente exequible el inciso 2° del artículo 237, siempre que se entendiera que *“cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita”*.

De suerte que al tramitarse la audiencia de control posterior a la extracción de información de los teléfonos celulares, sin la presencia del indiciado y su defensor, se cumplió con lo normado en la ley entonces vigente, pues el pronunciamiento de constitucionalidad solamente podría tener efectos para el futuro y no para casos tramitados con anterioridad.

Por otra parte, es necesario constatar que el 12 y 29 de julio de 2006 se tramitaron otras audiencias de control de legalidad respecto del mismo procedimiento y que a la última de las mencionadas asistieron algunos de los hoy procesados -entonces ya imputados- y sus defensores. En esas diligencias se hizo referencia a las legalizaciones anteriores, frente a las cuales los apoderados manifestaron su conformidad.

En conclusión, el cargo de falso juicio de legalidad no prospera».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 244-2 y 424-2

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 02 jul. 2008, rad. 29991; CSJ AP, 14 jul. 2008, rad. 29992; CSJ AP, 16 jul. 2008, rad. 30022; CSJ AP, 23 nov. 2011, rad. 37431, y CSJ AP967-2016.

2.6.1.2 No son base de datos la cuenta personal de correo electrónico y los sistemas informáticos creados por el usuario que como particular no ejerce la actividad de recolección y organización de información de manera técnica, habitual o institucional

Extracto n. ° 139.

Número de radicado	:	42307
Número de providencia	:	SP9792-2015
Fecha	:	29/07/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Las bases de datos y los sistemas informáticos

Sobre las primeras, la Corte Constitucional en sentencia CC C-336/07 se ocupó del tema, oportunidad en la que destacó que las bases de datos a que alude el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, corresponden a *«sistemas de acopio de información efectuada en desarrollo de una actividad profesional o institucional de tratamiento de datos que se articulan en los llamados bancos de datos o centrales de información, que son administrados por instituciones o entidades públicas o privadas sometidas a ciertos principios jurídicos, con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de diversos actores (titulares, usuarios y administradores) que intervienen en el proceso de recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación de datos personales»*, categoría a la que no hace parte una cuenta personal de correo electrónico.

Para los segundos, la alta Corporación hace la significación de que las bases de datos tampoco pueden confundirse con los sistemas informáticos creados por el usuario que como particular no ejerce la actividad de recolección y organización de información de manera técnica, habitual o institucional.

Igualmente, precisa que la búsqueda selectiva en base de datos tampoco se puede confundir con los hallazgos que se obtienen con ocasión a «...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...», ya que no corresponden a datos o información recolectada, almacenada y administrada institucionalmente bajo criterios de recopilación, procesamiento, acceso, control y forma de divulgación previamente establecidos.

Por lo tanto, un *e-mail* o correo electrónico personal no constituye una base de datos y la obtención de información de esta clase de correspondencia, tampoco comporta un hallazgo susceptible de ser calificado como resultado de la búsqueda selectiva en base de datos regulada por el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, como equivocadamente cree entenderlo el censor y algunos de los intervinientes.

De todas maneras, la Sala no desconoce desde la vigencia de la misma Ley 600 de 2000⁵⁹, y ahora lo reitera en aplicación del Código de Procedimiento Penal de 2004, que la información privada que fluye en el correo electrónico de una persona, tiene un contenido íntimo que está protegido por el artículo 15 de la Constitución Política y las disposiciones de orden legal que lo desarrollan, y que en los eventos en que se necesite acceder a ella para aportarla como elemento material de prueba, para su validez, se requiere de la orden previa de un delegado de la Fiscalía General de la Nación y el posterior control de legalidad de la diligencia y sus hallazgos ante un juez de garantías, conforme lo disponen los artículos 233 y 236 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 15
Ley 906 de 2004, art. 244

2.6.2 La inspección en el lugar del hecho en la que se recaudaron documentos no se equipara a la búsqueda selectiva en bases de datos

Extracto n. ° 140.

⁵⁹ CSJ SP 5065, 28 abr. 2015, rad. 36784; SP 14623, 27 oct. 2014, rad. 34282; y SP, 10 may. 2011, rad. 34282.

Número de radicado	:	46569
Número de providencia	:	AP967-2016
Fecha	:	24/02/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] resulta desacertado el reproche relativo a que las providencias seleccionadas fueron solamente aquellas que sirven a la teoría del caso de la Fiscalía, ya que el principio de *investigación integral* «se encontraba en la legislación procesal del 2000, pero desapareció con el Acto Legislativo 003 del 19 de diciembre de 2002, modificatorio del artículo 250 de la Carta Política, y en consecuencia, no aparece en el estatuto procesal de 2004» (CSJ AP, 30 Sep 2015, Rad. 45778).

[...]

De otra parte, el control de legalidad que el defensor echa de menos respecto de este acto de investigación, no era necesario, pues la inspección referida no constituye *una búsqueda selectiva en bases de datos*, reglada por el artículo 244 del estatuto adjetivo, conforme al cual se trata de “*comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares*”.

Una base de datos, según ha indicado la Corte, es “*entendida esta de manera general como una serie de datos relacionados y organizados entre sí, para un uso específico*” (CSJ AP, 23 Nov 2011, Rad. 37431). Por tal razón, la jurisprudencia tiene sentado que la *búsqueda selectiva* mencionada no es equiparable, por ejemplo, a la recuperación de información desde un teléfono móvil:

“... la Sala destaca que la información a salvar desde el teléfono celular y la sim card no tienen la categoría de base de datos (inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004), sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis ejecuta la Fiscalía como actividad investigativa propia que está sometida a control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007.” (CSJ AP, 16 Jul 2008, Rad. 30022).

Algo similar ocurre en el presente caso, pues los interlocutorios cuya exclusión se demanda tienen la categoría de documentos, por lo que su recaudo por parte de la policía judicial, aun cuando haya mediado determinado criterio de elección no es equiparable a una *búsqueda selectiva en bases de datos*».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 237 y 244

Ley 1142 de 2007, art. 16

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 16 jul. 2008, rad. 30022; CSJ AP, 23 nov. 2011, rad. 37431, y CSJ SP9792-2015.

2.6.3 La irregularidad en una búsqueda selectiva de datos no es de aquellas susceptibles de ser cuestionada a través de una nulidad en la audiencia de formulación de acusación

Extracto n. ° 141.

Número de radicado	:	33901
Fecha	:	21/09/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] se tiene claro que las nulidades que pueden proponerse en la audiencia de formulación de acusación están limitadas a las irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia.

Por otra parte, dígase que, en cambio, la vulneración de garantías en desarrollo de un procedimiento investigativo, de acuerdo con la intensidad de la misma, produce como consecuencia la exclusión del producto de dicho acto y de todo aquello que de él se derive, quedando a salvo solamente aquello cubierto por las excepciones legales y las previstas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y vínculo atenuado.

Solamente de manera excepcional la ilegalidad de las pruebas genera nulidad del proceso, según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005. La consecuencia invalidatoria opera cuando el vicio tiene su génesis en crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, supuestos que se salen del acontecer fáctico que hoy ocupa la atención de la Corporación. [...]

[...]

[...] surge nítido que la audiencia de control previo de la orden emitida por la fiscal, encaminada a practicar, a través de una investigadora del CTI, el acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos no es un acto propio de la estructura del proceso acusatorio susceptible de ser reclamado en la audiencia de formulación de acusación, toda vez que por su naturaleza no es de aquellos que sea imprescindible para dar curso a la etapa de la causa.

La tesis que propone el apelante omite considerar una distinción trascendente: una cosa es el debido proceso, entendido como el conjunto de actos que hacen parte de la estructura del proceso y, por lo tanto, son imprescindibles para que el trámite avance hacia etapas posteriores, y otra el concepto de '*debido proceso probatorio*', el cual tiene que ver con los requisitos formales y materiales que permiten predicar la correcta aducción de los medios de convicción.

Si los primeros no concurren o se hallan gravemente viciados entonces el proceso se desnaturaliza, mientras que los vicios que afectan los segundos tienen incidencia en la eficacia de la prueba, pero por sí mismos no son de aquellos que tocan con la estructura del proceso.

De allí que la inexistencia o las irregularidades trascendentes que recaigan sobre los actos inherentes a la estructura del proceso den lugar a la declaratoria de nulidad y, en contraste, las falencias en la aducción de los medios de conocimiento permiten –en principio– la exclusión probatoria.

Significa lo anterior que si la denuncia de invalidez del acto procesal que cita el recurrente no está llamada a ser resuelta de fondo en este momento del proceso, entonces, por sustracción de materia, no puede la Sala avanzar hacia el estudio de las razones que propone el recurrente para justificar su solicitud de nulidad, pues si así lo hiciera incurriría en un prejuzgamiento respecto de un asunto sobre el que más adelante podría estar llamado a pronunciarse.

Dígase, entonces, que la Corporación comparte en su integridad la postura de la Fiscal Delegada, no así la del defensor impugnante y la del representante de la Procuraduría General de la Nación, en razón a que la diligencia sobre la cual se pregona la irregularidad –como ya se explicó– no es de aquellas susceptibles de ser cuestionada en la audiencia de formulación de acusación.

En conclusión, la Corporación se inhibirá de pronunciarse de fondo sobre el motivo de nulidad invocado, pues éste no es de aquellos que deben

proponerse en audiencia de formulación de acusación, sino en la audiencia preparatoria».

2.6.4 Efectos de la sentencia C – 336 DE 2007

Extracto n. ° 142.

Número de radicado	:	30711
Fecha	:	27/05/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La ilegalidad de la consulta selectiva en la base de datos de COMCEL.

El demandante señaló que por virtud de lo ordenado en el artículo 250.2 de la Constitución, y lo decidido en la sentencia de constitucionalidad C-336 de 2007 (de 9 de mayo de 2007) era claro que el control judicial realizado de la búsqueda selectiva en la base de datos de COMCEL (adelantada el 20 de marzo de 2007) debió ser previo y no posterior como en realidad sucedió, lo cual hizo que tal actividad fuera ilegal y en consecuencia la evidencia hallada debía ser excluida del conjunto probatorio.

El problema jurídico que se plantea con el ataque se sitúa en el campo de los límites temporales de la ley y los efectos del condicionamiento de la exequibilidad del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, hecha por la Corte Constitucional.

Es claro que la referida ley comenzó a regir desde el 1° de enero de 2005 en el Distrito Judicial de Bogotá, y cada precepto suyo ha producido efectos durante todo el período de su vigencia, esto es, hasta cuando han sido derogados, modificados por leyes posteriores o hasta cuando se ha condicionado su constitucionalidad a una determinada interpretación, como le sucedió al artículo 244, el cual produjo plenos efectos hasta el 9 de mayo de 2007, fecha en que se profirió la sentencia C-336.

La Corte Constitucional determinó que la consulta selectiva en bases de datos requiere control judicial previo, pero sólo a partir del 9 de mayo de 2007.

Lo anterior porque es la propia Corte Constitucional la llamada a fijar los efectos de sus fallos, y en la sentencia C-336 de 2007 no señaló que

produjera efectos hacia el pasado. El inciso segundo del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 indicaba:

“Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.”

Dicha norma fue declarada inexecutable por cuanto la Corte Constitucional consideró que era contraria a la Carta Política la limitación incluida en la norma; por lo que el efecto de sus fallos debía ser declarado por esa Corporación⁶⁰:

“f). ¿CUAL ES LA AUTORIDAD LLAMADA A SEÑALAR LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE?”

Para responder esta pregunta, hay que partir de algunos supuestos, entre ellos estos.

El primero, que los efectos de un fallo, en general, y en particular de los de la Corte Constitucional en asuntos de constitucionalidad, se producen sólo cuando se ha terminado el proceso, es decir cuando se han cumplido todos los actos procesales. En otras palabras, cuando la providencia está ejecutoriada.

El segundo, que la propia Constitución no se refirió a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, limitándose a declarar en el inciso primero del citado artículo 243, como se indicó, que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada. Pero, bien habría podido la Asamblea Constituyente dictar otras normas sobre la materia. No lo hizo porque, en rigor, no eran necesarias.

Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste?. Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los

finés del derecho objetivo, y de la Constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.”

Así las cosas, la sentencia sólo puede producir efectos a partir de la terminación del proceso de constitucionalidad, a menos que la Corte, en

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993.

ejercicio del poder deferido por la Carta Política como su suprema guardiana, le asigne efectos hacia el pasado; lo cual no sucedió con la sentencia C-336 de 2007.

No podría ser de otra manera para garantizar la seguridad jurídica de todos los destinatarios de la ley, para ofrecer *ex ante* la certeza de que la única forma de la limitación excepcional de los derechos habría de ser la que se indica en su texto, como mecanismo para excluir la arbitrariedad y garantía del *in dubio pro libertatis*, dirigida, tanto a los servidores públicos llamados a aplicarla, como a los particulares titulares de la legalidad y el debido proceso.

La interpretación a la que invita el casacionista va por la senda de la contrariedad de los principios de legalidad y debido proceso, lo cual se enfrenta con los postulados del Estado de derecho.

Por estas consideraciones el cargo no prospera».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 244

3. ACTUACIONES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN

3.1 Registro personal

3.1.1 El registro personal efectuado en desarrollo de la actividad de policía difiere del que se lleva a cabo dentro de una actuación penal

Extracto n. ° 143.

Número de radicado	:	25583
Fecha	:	21/03/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] conforme con lo establecido en el inciso 2° del Art. 218 de la Constitución Política, “*La policía nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz (...)*”.

Del mismo modo, el Código Nacional de Policía –Decreto-Ley 1355 de 1970– establece en su Art. 1° que “*La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se deriven, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho.*”; en tanto que el Art. 2° dispone que “*A la policía compete la conservación del orden público interno*”, cuya protección “*resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas.*”; el dispositivo 3° preceptúa acerca de que “*La libertad se define y garantiza en la Constitución y en las convenciones y tratados internacionales y la regulación de su ejercicio corresponde a la ley y a los reglamentos.*”; y el canon 5° de dicho estatuto prevé en su inciso 1° que “*Las normas y los servicios de policía son medios para prevenir la infracción penal.*”

A propósito del estudio de constitucionalidad realizado sobre algunos preceptos del citado decreto extraordinario 1355 de 1970, en

pronunciamiento de vieja data,⁶¹ cuando esta Corporación ejercía la función del control constitucional, en determinación de Sala Plena advirtió cómo el Derecho de Policía resulta ser un mecanismo “*condicionante de la libertad*”, para seguidamente enfatizar que: “*El estatuto policivo es un instrumento sistemático de normas que regulan imperativamente comportamientos humanos, con carácter coactivo o preventivo, y excepcionalmente correctivo, coercitivo o represivo.*”

Para garantizar la libertad, el derecho debe regularla, “*en cuanto impida el abuso en su ejercicio y en la medida en que la encauce dentro de los derroteros del querer social, no la suprime ni la desconoce, sino que la protege, y en vez de debilitarla, la vigoriza, la hace posible (...)*” El Derecho de Policía -dijo la Corte Suprema de Justicia en aquella ocasión, “*es el orden jurídico en que se apoya el orden social, y que determina el ámbito del orden público, que, entre nosotros, apunta a la preservación de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad, de la moralidad, de la economía, del ornato y del sosiego públicos.*”

Hizo la distinción, entonces, entre lo que constituye *poder de policía*, *función de policía* y *mera ejecución policiva*, en los siguientes términos:

“1. (...)”

“a) *El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1º y 3º del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad. En nuestro Estado de Derecho, conforme a las competencias que se señalarán adelante, lo ejercen únicamente quienes tienen origen representativo: el Congreso, el Presidente de la República, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales;*

“b) *La función de policía, es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida bajo los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde, de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de la policía;*

“c) *En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía no son jefes de la policía, ya que estos son civiles (Art. 39 del Código); por lo tanto, aquéllos no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo debido a que no son actos jurídicos, por no tener competencia para expedirlos, pero*

⁶¹ C. S. de J., Sala Plena, Sentencia de 21 de abril de 1982, Expediente N° 893.

están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son el ejercicio concreto de la función de policía, derivado de la competencia atribuida por el poder de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

“2. Colígese de lo precedentemente expresado que:

“a) El poder de policía es normativo: legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del Estado de Derecho, es, además preexistente;

“b) La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Mas repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación, ni de regulación de la libertad;

“c) La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza y está necesariamente subordinada al poder y a la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.

“3. Pero, aunque ni la función de policía ni la actividad de los miembros de los cuerpos uniformados de policía, son de carácter reglamentario de la libertad, sin embargo, sí son esencialmente reglamentables. De no serlo, dichas actuaciones quedarían sueltas, no serían siempre regladas y constituirían, ahí sí, seria amenaza contra el ejercicio de las libertades ciudadanas. O sea que, frente a la función y a la actividad policial, el reglamento en vez de ser obstáculo o negación de la libertad, es una de sus fuentes válidas y legítimas de garantía; es, para mejor decir, su fundamental asidero.

“4. Ahora bien, en el avatar cotidiano de la acción estatal por preservar el orden público, la actividad material de los funcionarios y de los miembros uniformados de policía es permanente, inmediata, indeclinable, no se puede evitar ni aplazar, y constituye un constante asecho contra la libertad. Sólo la ley, o en su defecto el reglamento, nacional o local, autónomo o de la ley, que es el medio supletivo o apenas complementario de la tarea reguladora de aquélla, aunque necesariamente derivado de competencia explícitamente asignada, constituyen de consuno la base normativa que supedita dicha acción administrativa o material.

“Así las cosas, no se entiende cómo, por pregonar que frente a la Constitución sea únicamente la ley la reguladora legítima de la libertad, así no se expida, se descarte por inconstitucional la valiosa competencia autónoma, supletiva, complementaria o subsidiaria del reglamento de policía, por considerarlo atentatorio contra la libertad; siendo que, en la realidad, es mayor garantía

para la libertad la acción policial reglada, que la que se despliegue sin supeditación a reglamentación alguna (...)

Por manera que, la actividad de la policía entendida de la manera ya vista, es decir, como ejecución material del poder y de la función de policía que compete a la Policía Nacional, por su propia naturaleza, es de carácter preventiva, tal como se regula expresamente en el citado Art. 5° del Código Nacional de Policía, labor que tiene plena manifestación cuando de la conservación del orden público interno se trata, en la medida en que su protección resulta de *“la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas”* - Art. 2°-, a través de la implementación de mecanismos lícitos, razonables y proporcionados que garanticen el respeto de los derechos y libertades ciudadanos, fundamento y límite del poder de policía.⁶²

En ejercicio de esa actividad policiva de prevención, los miembros de ese cuerpo de uniformados bien pueden realizar labores de registro de personas y de vehículos, sentenció la Corte Constitucional al ocuparse del examen de constitucionalidad del Art. 208 de la Ley 904 de 2006, pues, se trata *“de procedimientos de rutina autorizados por la ley y los reglamentos, que son ejecutados por la Policía Nacional con el fin de preservar el orden público, como quiera que en ellos están comprometidas la tranquilidad y la seguridad ciudadanas.”*⁶³

En ello, ya había reparado la mencionada Corporación a propósito del estudio de constitucionalidad de los Arts. 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2005, cuando en la Sentencia C-822 de 10 de agosto de 2005, expresó:

“1. En cuanto a la definición de lo que es el registro personal, la norma bajo estudio no precisa expresamente en qué consiste esta figura. No obstante, tal como se señaló en la sección 5.2.1. el texto del artículo 248 permite inferir que se trata de una medida que implica un menor grado de incidencia que la inspección corporal, por el empleo de las expresiones ‘registro’, y ‘persona.’

“El término ‘registrar’, se emplea generalmente como sinónimo de ‘tantear’, ‘cachear’, ‘auscultar’, ‘palpar’ lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión ‘persona’, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 27 de enero de 1994.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-789 de 20 de septiembre de 2006.

“2. El artículo 248 menciona tres figuras distintas (i) el registro realizado como parte de procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional; (ii) el registro incidental a la captura y (iii), el registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de investigación penal. Las dos primeras figuras, según lo que prevé el artículo 248 bajo estudio, no requieren autorización judicial previa. La tercera figura, que es la regulada expresamente en el artículo 248, y que comprende el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales y senos del imputado o imputada, o de un tercero relacionado con la investigación.

“El registro personal regulado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal, no prevenir la comisión de delitos. Como puede implicar una incidencia media o alta en los derechos de la persona, debe mediar orden judicial previa que autorice su práctica, tal como se señaló en la sección 5.1. de esta sentencia.

“(..)

“5. Dada la referencia que hace el artículo 248 a los registros realizados como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional y a los registros incidentales a la captura, es necesario hacer algunas precisiones.

“En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía.

“Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión ‘Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional’, contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, será declarada inexecutable.

“Tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno esta sentencia. Por lo tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose sin que la inexecutableidad de la expresión señalada

impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes.

“En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma.” -Se ha hecho énfasis-.

Vistas así las cosas, deviene evidente que el registro personal efectuado en desarrollo de la actividad de policía, difiere esencialmente del que se lleva a efecto dentro de una actuación penal, pues, mientras aquél corresponde al cumplimiento del deber que constitucionalmente le está asignado a la Policía Nacional -procurar la convivencia pacífica a través de las medidas pertinentes que propendan por el cabal ejercicio de los derechos y libertades públicas, e impedir la eventual ocurrencia de conductas al margen del ordenamiento-, el segundo dice relación con la obligación de investigar y juzgar comportamientos punibles.

*“(…) la facultad de **registro personal** que regula el artículo 208 bajo examen no es contraria a la Constitución pues, como se expuso anteriormente, tal norma no gravita en torno a lo que ha de realizarse en el curso de una investigación penal, sino que se circunscribe a la actividad preventiva que por mandato constitucional le compete ejercer a la Policía Nacional a fin de mantener el orden público, en facultad previsoras que, para el caso, con métodos no invasivos, permite la revisión externa y superficial de la persona y lo que lleva consigo, con el fin de dar seguridad al entorno, por lo cual su práctica no necesita autorización judicial previa.*

“Ciertamente, el registro de personas es una de las medidas que persigue la realización del fin constitucional de garantizar la convivencia pacífica, la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, tarea asignada por mandato superior a la Policía Nacional, según ya se analizó (art. 218 Const.).

“Además, dicho registro es una actividad de policía, necesaria y eficaz para lograr la conservación y restablecimiento del orden público, en cuanto no exista otro procedimiento menos onerosos, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para buscar el fin buscado. En verdad, la palpación superficial, que no podrá extenderse a zonas erógenas, y la inspección sobre las prendas y otros objetos que las personas porten, que la policía hace directamente con las manos o con la ayuda de mecanismos magnéticos, radiológicos o electrónicos, permite determinar si el individuo lleva elementos que puedan perturbar los derechos y libertades públicas.

“Es, pues, un procedimiento usual, para prevenir la comisión de una conducta punible o que sea contraria a la convivencia y no para efectos de acopio o allegamiento de elementos materiales y evidencias con eventual aptitud probatoria para una instrucción penal en curso. Si casualmente son hallados, tal contingencia es la que dará lugar al consecuencial procedimiento

debidamente estatuido en el artículo 208 de la Ley 906 de 2004, que es objeto del presente examen de constitucionalidad.

Igualmente, el registro personal no representa una medida excesiva, ya que por tratarse simplemente de una exploración externa que no conlleva auscultar intimidades naturales del individuo, no afecta desproporcionadamente sus derechos fundamentales. No escapa a la Corte que tal procedimiento puede significar molestia para las personas sobre quienes se practica; sin embargo, estos inconvenientes, por su menor entidad, pueden y deben ser sobrellevados por todos los coasociados para poder disfrutar de condiciones de seguridad y tranquilidad, razón por la cual la policía necesita contar con una actitud de colaboración ciudadana frente a su práctica, como expresión del deber constitucional de respeto y apoyo a las autoridades democráticas (art. 95 Const.).”⁶⁴ -Se ha destacado-

En el asunto a examen, cabría pensarse que el reproche del censor puede tener vocación de prosperidad, si se tiene de presente que lo que en últimas reclama es el restablecimiento del orden jurídico en cuanto estima que el fallo impugnado deviene ilegal, habida consideración de que el Tribunal decidió absolver al procesado no empece encontrarse satisfechos los presupuestos que el Art. 381 de la Ley 906 de 2004 demanda para condenar.

En efecto, el fundamento en que se finca el fallo cuestionado dice relación con la ilegalidad del procedimiento de registro personal practicado al procesado por parte del uniformado, y del cual se derivó el hallazgo de 57 películas de video y 52 discos compactos en su poder, elementos que una vez sometidos a la experticia pertinente, se determinó que carecían de las características de impresión y calidad que identifican los originales producidas por las casas disqueras y cinematográficas.

[...]

Estimó pues esa Colegiatura, que con el procedimiento policial de marras se habían conculcado al implicado sus derechos fundamentales a la libertad e intimidad.

Nada más ajeno a la realidad, porque conforme con las nociones jurisprudenciales que con antelación se dejaron vistas, esa tarea policial es la actividad consustancial a la función de prevención que por mandato constitucional le compete desplegar a los miembros de la Policía Nacional, a efecto de garantizar la convivencia pacífica, la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, valga decir, impedir la eventual ocurrencia de conductas punibles.

Se insiste, el *registro personal* establecido en el Art. 208 de la Ley 906 de 2004 hace relación a la labor preventiva que, por fuera del proceso penal,

⁶⁴ *Ibidem.*

cumple la Policía Nacional como imperativo Superior a efecto de la preservación del orden público interno. En tanto que el regulado en el Art. 248 *ibidem* tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal en curso, mas no prevenir la comisión de delitos.

Por consiguiente, por no ser contrario a la Constitución el procedimiento establecido en el Art. 208 de la Ley 906 de 2004, tal como se determinó en el pronunciamiento de constitucionalidad al que con antelación se hizo referencia, el cual permite el registro de personas y lo que éstas lleven consigo como actividad policiva de prevención, dicho registro no conlleva una afectación o restricción de derecho fundamental alguno que amerite la intervención judicial; y si en desarrollo de esa actividad los servidores de la Policía Nacional llegaren a descubrir elementos materiales probatorios o evidencia física “*como los mencionados en este código (...), los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente (...)*”, y los pondrán de inmediato a disposición de la Policía Judicial.

Erró pues el Tribunal, ciertamente, en su tarea de estimación probatoria, en cuanto le negó validez jurídica a los medios de conocimiento que tuvo a su alcance, porque consideró que no reunían las exigencias formales de producción, cumpliéndolas de la manera como se dejó visto, con lo cual podría argumentarse que violó indirectamente la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de legalidad, vicio que conllevó, según lo denuncia el censor, a la falta de aplicación del Art. 271-1 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de “*defraudación a los derechos patrimoniales de autor*”, como también los Arts. 208 y 381 de la Ley 906 de 2004; y a la aplicación indebida del Art. 248 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 218

Ley 906 de 2004, arts. 208 y 248

Decreto Ley 1355 de 1970, arts. 1, 2, 3, 5 y 39

3.1.2 Registro incidental a la captura: concepto, finalidad y legalidad

Extracto n. ° 144.

Número de radicado	:	45619
---------------------------	---	-------

Número de providencia	:	SP12158-2016
Fecha	:	31/08/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En la audiencia preliminar reservada de solicitud de orden de captura realizada el 14 de abril de 2009 en el Juzgado 64 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, el Fiscal 14 Especializado de la Unidad Nacional contra el Terrorismo aportó los informes de policía judicial elaborados por JL y BT, a partir de los hallazgos extraídos de los referidos computadores, con los cuales consideró acreditado que MÁBV, alias [...], podía ser responsable de la comisión de los delitos de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados, y concierto para delinquir con fines terroristas, sancionados con pena mínima superior a 4 años de prisión, además de que para garantizar su comparecencia al proceso, evitar la obstrucción de la justicia y por constituir un peligro para la sociedad, solicitó se expidiera la correspondiente orden de captura, a lo cual accedió la juez.

Si bien, de tiempo atrás ha señalado la Sala en forma reiterada que para conjurar las falencias reales o supuestas en la captura se han dispuesto mecanismos especiales como la acción de *habeas corpus*, motivo por el cual aquellas no tienen la virtud de afectar la legitimidad del proceso, esto es, socavar las bases y estructura del trámite⁶⁵, lo cierto es que en este asunto respecto del registro incidental a la captura, procedimiento en el cual se encontró una USB en la mochila que portaba MÁB, resulta imprescindible constatar si la captura fue o no legal, pues de ello se derivan consecuencias en el ámbito de la legalidad de las pruebas extraídas de tal dispositivo que sirvieron de fundamento para proferir el fallo de condena.

[...]

En efecto, como ya se advirtió, la USB fue hallada en el bolso o mochila que MÁB portaba al momento de su captura en el Aeropuerto El dorado, situación idéntica a la ejemplificada por la Corte Constitucional en sentencia C-822 de 2005, en la cual, además, se anota que la legislación no precisa expresamente en qué consiste el registro, pero el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 permite inferir que se trata de una medida con un menor grado de incidencia que la inspección corporal, es decir, corresponde a una exploración superficial del individuo y de la indumentaria que porta, incluida el área física inmediata y bajo control de la persona, donde puede ocultar armas o esconder evidencia.

⁶⁵ Cfr. SP, 21 jul. 2004. Rad. 14538, AP 13 abr. 2005. Rad. 22947, AP 23 ene. 2008. Rad. 28886, AP 16 mar. 2011. Rad. 36007 y AP 27 feb. 2013. Rad. 39076, entre otros.

[...]

Al respecto, se tiene que el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 se ocupa de tres figuras: (a) El registro realizado en el marco de los procedimientos preventivos que corresponden a la fuerza pública conforme a su deber constitucional, el cual fue declarado inexecutable en sentencia C-822 de 2005, en cuanto no forma parte de *“las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública”* y *“se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno esta sentencia”*; (b) El registro incidental a la captura y (c) El registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de investigación penal.

Según se declaró en la parte resolutive de la misma sentencia, *“salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías”*.

Entre los propósitos del registro incidental a la captura se tienen: El aseguramiento de la misma aprehensión, detectar armas que puedan ser utilizadas contra las autoridades que adelantan el procedimiento para causarles daño en su vida o salud, o facilitar la huida del capturado, así como *“proteger de la destrucción o el ocultamiento elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentren en posesión de la persona capturada. Comprende, por lo tanto, la revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física éstos pueden ser usados para ocultar armas o evidencia física”*⁶⁶.

Precisó la Corte Constitucional en tal decisión que el registro incidental a la captura es admisible, siempre que *“(i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de órganos sexuales y senos”*

Considera la Sala que si la primera exigencia del registro incidental es una captura legítima, tal requisito no se cumple en este caso, toda vez que para conseguir la expedición de la orden de captura por parte de la Juez 64 de Control de Garantías, la Fiscalía aportó los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente JLP y el Intendente BTL, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de

⁶⁶ Ídem.

alias [...], la cual fue ilegal, de modo que compromete la legalidad de la captura, del registro incidental, de la incautación de la USB y de los archivos allí encontrados, así como de los informes rendidos sobre los mismos, por lo siguiente:

El inciso final del artículo 29 de la Constitución establece que “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que “*Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia*”.

Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación⁶⁷, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas (CSJ SP, 2 mar. 2005, Rad. 18103; CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 31073; CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 26836 y CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691). Invariablemente la prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.

Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Ahora, así como una prueba ilícita o ilegal sustancial debe ser excluida, de igual manera, el medio probatorio que de ella se derive debe correr la misma suerte, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, asunto que en la doctrina anglosajona es abordado en la conocida *teoría del fruto del árbol envenenado*, en virtud del efecto espejo, dominó o también llamado reflejo.

⁶⁷ Cfr. CC SU 159/02.

La prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven.

La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía⁶⁸.

Aunque se alude a pruebas ilegales o ilícitas y en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 únicamente tienen la condición de *pruebas* las que han sido producidas y sometidas a debate ante el juez de conocimiento en el juicio oral, así como las incorporadas anticipadamente en audiencia preliminar ante un juez de garantías en los casos y en las condiciones excepcionales previstas en el estatuto procesal penal, no hay duda que la ilegalidad o ilicitud también es predicable de los elementos materiales probatorios que, como en este caso, sirvieron de fundamento para que la juez de control de garantías expidiera la orden de captura en contra de MÁBV.

Si de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”* y la norma citada dispone que los *motivos fundados “deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física”*, se concluye que también los soportes demostrativos de los *motivos fundados* deben ser esencialmente legales y lícitos, pues de lo contrario deben ser objeto de la cláusula de exclusión.

Es cierto que la decisión por medio de la cual la Corte declaró ilegales los hallazgos derivados de los archivos electrónicos de alias [...] data del 18 de mayo de 2011 y que la audiencia reservada de solicitud de captura de BV, fundada en elementos probatorios producto de los mismos, ocurrió el 14 de abril de 2009. No obstante, es claro que el carácter ilegal de estos no deviene de que así fuera declarado por esta Sala, sino de su evidente recaudo irregular al producirse fuera del territorio colombiano por parte de autoridades que no contaban con facultades de policía judicial, las cuales se apartaron de la Constitución Política y, en especial, de los Convenios de

⁶⁸ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

Cooperación Judicial y Asistencia suscritos por Colombia, así como de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, quebrantando el debido proceso y el principio de legalidad.

Entonces, como el recaudo de los elementos informáticos de alias [...] en Sucumbíos, Ecuador, fue ilegal por contrariar las reglas dispuestas por el legislador para ello, los medios probatorios que de aquellos se deriven deben correr la misma suerte conforme a la *teoría del fruto del árbol envenenado*, de manera que los informes de policía judicial con base en los cuales la Fiscalía solicitó la captura de MÁB también son ilegales.

[...]

En resumen, si los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente JLP y el Intendente BTL, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias [...], fueron elementos materiales probatorios derivados de otros ilegales, también tenían tal carácter y, por ello, no podían sustentar la petición de orden de captura presentada por la Fiscalía ante la Juez de Control de Garantías y tanto menos, tenían aptitud legal para que efectivamente se dispusiera y materializara como en efecto ocurrió.

Ahora, si los soportes de la solicitud de captura de la Fiscalía y de su expedición por la Juez de Control de Garantías son ilegales, la orden de captura no es legal, es decir, no se cumple en este caso con el primer requisito para dotar de validez y legitimidad el registro incidental a la captura de MÁB.

Tampoco será legal la incautación de la USB hallada en su mochila, sus archivos, así como los informes y testimonios rendidos sobre los mismos, específicamente la evidencia 9 que corresponde al almacenamiento hallado en dicho dispositivo, incorporada al juicio a través de HLP; la evidencia 10 que trata de cinco documentos extraídos de la USB, impresos e introducidos por el mismo Subintendente; la 11 relativa a un disco con la información obtenida de tal unidad de almacenamiento, incorporado por el perito Jair Vanegas; y la 12 alusiva a un informe del mismo experto de laboratorio.

Como en materia de protección de derechos fundamentales las formas procesales no se justifican por sí mismas, sino que es necesario establecer en concreto de qué manera la incorrección sobre el mandato procedimental derivó en el quebranto efectivo de un derecho o garantía, en el entendido que no toda falencia formal tiene aptitud para conculcarlos, de modo que es necesario constatar en cada caso si efectivamente se produjo su lesión y cuál fue la afectación de su núcleo esencial, considera la Sala que en este asunto los soportes de la petición de orden de captura resultaron ilegales y ello condujo a la ilegalidad de la captura y, en consecuencia, del registro

incidental a la misma, así como de la incautación de la USB hallada en la mochila de MÁB y los archivos hallados en ella y los informes y testimonios rendidos sobre el particular.

[...]

[...] prospera la censura por violación indirecta de la ley sustancial, producto del error de derecho por falso juicio de legalidad propuesto por la defensa, pues se demostró que el Tribunal fundamentó el fallo de condena en los medios probatorios extraídos de la USB incautada a MÁB en el marco de un registro incidental a la captura que, como ya se advirtió, se sustentó en elementos materiales probatorios ilegales, viciando el procedimiento de aprehensión, así como la incautación de la USB y los elementos hallados en ella».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 248 y 297

3.2 Obtención de muestras que involucran al imputado

3.2.1 Caso en que la Corte inadmite la demanda de casación cuyo fundamento es el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba de muestras que involucran al imputado, sobre la cual se funda la sentencia

Extracto n. ° 145.

Número de radicado	:	37130
Fecha	:	03/07/2013
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Toda vez que el actor afirma la ilegalidad de la obtención de la muestra de sangre del acusado, utilizada posteriormente para realizar la prueba genética por parte de un experto de Medicina Legal, acierta en la selección del motivo que postula, pues si en realidad aquella se logró sin apego a las disposiciones constitucionales y legales que rigen su práctica, con afectación de los derechos fundamentales del acusado, se impondría en esta

sede excluirla y adelantar una nueva valoración que no incluya la prueba ilegal y las que de ella dependan.

La toma de muestras íntimas, prueba en la que se focaliza inicialmente el cargo, junto con la inspección corporal, el registro personal, el reconocimiento y examen físico de las víctimas de delitos sexuales o que afecten la integridad corporal, son actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, de acuerdo con la regla que al respecto se establece en los artículos 246 a 250 del Código de Procedimiento Penal⁶⁹.

El artículo 249 en cuanto a la obtención de muestras que involucren al imputado, establece que “Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de la legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales⁷⁰, identificación de voz, impresión dental y de pisadas...”

Esta norma fue declarada exequible por Corte Constitucional⁷¹, “en el entendido de que: a) la obtención de muestras requiere autorización previa 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, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado.”

El fundamento de la regla que establece el principio de reserva judicial en la autorización de esa clase de diligencias, en términos generales, estriba en que representan una afectación media o alta en el ejercicio y goce de derechos fundamentales⁷², dependiendo de las circunstancias en que deban ser practicadas, de manera que se justifica la intervención previa del juez con el fin de examinar la *pertinencia, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad* de la medida limitativa y decida si autoriza su práctica.

Esta reserva judicial - *precisa la sentencia de constitucionalidad mencionada* - exige (i) la solicitud expresa del fiscal, o excepcionalmente de la policía judicial en circunstancias de “*extrema urgencia*” y, por supuesto, (ii) la decisión judicial previa, proferida por el juez de control de garantías, para

⁶⁹ Disposiciones comprendidas en el Libro II, Título I, Capítulo III del estatuto procesal de la Ley 906 de 2004.

⁷⁰ Sangre, saliva, sudor, semen, etc.

⁷¹ C-822-05

⁷² C-822-05

que las medidas⁷³ puedan ser practicadas. En ese contexto, le corresponde al funcionario que ejerza el control “determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar la medida de intervención corporal es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es o no pertinente, y de serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin; si además de idónea, es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación.”⁷⁴

En la especie analizada, el recurrente informa que la Fiscalía solicitó a un juez de control de garantías, autorización para obtener una muestra de sangre del imputado, por lo cual se realizó la audiencia respectiva el 18 de marzo de 2009.

Como en desarrollo de la misma, agrega, **JCRR** expresó su voluntad de acceder a la solicitud, el juez de garantías verificó lo manifestado por el imputado, corrió traslado a los demás intervinientes (*Ministerio Público y defensor*), y dio por terminada la diligencia en tanto se cumplió el fin propuesto por el peticionario.

En razón de lo anterior afirma que la diligencia se destinó a verificar que el imputado accedió a entregar la muestra de sangre, no a desarrollar un verdadero control judicial respecto de la procedencia de la medida, de donde deduce la ilegalidad de la evidencia y, de contera, el error de los sentenciadores por haberla contemplado en la estructuración del fallo condenatorio.

De acuerdo con los términos del reproche es un hecho que la Fiscalía solicitó de manera expresa la intervención del juez de garantías, para alcanzar una muestra de fluidos que involucraba al procesado. De igual modo, que la decisión judicial reclamada se presentó como consecuencia de aquella solicitud.

⁷³ Inspección corporal, registro personal, obtención de muestras íntimas, y reconocimiento y exámenes físicos de víctimas.

⁷⁴ C-822-05

En consecuencia, no puede sostenerse que la muestra de sangre se obtuvo al margen de la regla general que impone la autorización judicial previa para esa clase de diligencias.

Lo que cuestiona el censor es que los registros de la diligencia no revelen en forma expresa el análisis de pertinencia, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, sobre el cual descansa la autorización para la obtención de los fluidos íntimos, sin que ello signifique, dadas las circunstancias del caso (*gravedad del delito, bien jurídico afectado, necesidad de la prueba para los fines de la investigación y menor afectación de los derechos del imputado en cuanto dio su consentimiento*), que el juez no hubiere contemplado esos parámetros a la hora de decretar la autorización.

La censura, generosa en transcripciones jurisprudenciales, no acredita un motivo que revele ilegal la autorización judicial para la toma de fluidos, ni demuestra por qué se desconocieron las garantías fundamentales del acusado al momento de practicarla (*no contó con defensor, las condiciones en que se verificó resultaban indignas, etc.*), tampoco la trascendencia del supuesto error, de magnitud tal que conduzca a la exclusión de la obtención de la muestra de sangre junto con las pruebas ineludiblemente vinculadas a ella.

En la fundamentación del reproche manifiesta que la Fiscalía solicitó expresamente la audiencia de autorización para la toma de fluidos, la cual en efecto se cumplió ante un juez de control de garantías, quien la aprobó en vista de la anuencia del imputado a acceder a su práctica.

Frente a esta situación, rehúsa demostrar que la solicitud de la Fiscalía era ilegítima y carecía de fundamento legal; resultaba impertinente por no referirse, directa o indirectamente, al delito investigado, a la identidad y responsabilidad del procesado; que carecía de idoneidad porque la muestra de sangre no conducía a establecer la identidad genética con otros fluidos hallados en la escena de los hechos; se ofrecía innecesaria por estar al alcance del peticionario (*Fiscalía*) otros medios apropiados para establecer esa relación; que sin su práctica los derechos de la víctima, los intereses y propósitos del programa metodológico investigativo, no se verían afectados; por último, tampoco acreditó que la petición resultaba desproporcionada por la mayor afectación de las garantías básicas del imputado.

Al recurrente le correspondía la carga procesal de demostrar que la solicitud de la Fiscalía presentaba deficiencias en alguno de esos aspectos, por lo que no procedía la autorización judicial que permitió obtener la muestra de sangre del imputado, deber que consideró satisfecho con argumentos de confrontación y posturas personales, de la forma como debe desarrollarse la audiencia correspondiente en esos casos.

La omisión de este deber desdice de la idoneidad de la demanda en la postulación del reproche, sin que la Corte pueda entrar a corregir las deficiencias del libelo, por virtud del principio de limitación que rige el recurso extraordinario».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 246, 247, 248, 249 y 250

4. MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN

4.1 De los métodos de identificación y su diferencia con el reconocimiento que se hace durante el juicio

Extracto n. ° 146.

Número de radicado	:	28935
Fecha	:	01/07/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] se advierte necesario adelantar algunas breves consideraciones que permitan dilucidar la naturaleza y el valor probatorio del señalamiento que, en el juicio oral, hace la víctima o un testigo del acusado como autor o partícipe de un delito, y si tal reconocimiento se encuentra ligado a los métodos de identificación legalmente establecido, según sostiene el recurrente.

La primera precisión se dirige a señalar que los métodos de identificación se relacionan con la indagación y la investigación penal. ⁷⁵

El artículo 251 del Código de Procedimiento Penal (*L. 906/04*), hace alusión a los métodos de identificación de personas, bien que se trata de la víctima de algún delito o, por el contrario, que corresponda al autor o partícipe de la ilicitud.

Tales métodos, además, tienen que ver con personas vivas y también con aquellas que fallecieron con ocasión de una conducta punible (*homicidio doloso, o culposo*), en algún tipo de siniestro, un accidente aéreo por ejemplo, o en eventos de suicidio. ⁷⁶

⁷⁵ El Libro II, Título I del Código de Procedimiento Penal, trata de la indagación y la investigación. El Capítulo IV (arts. 251 a 253) de ese título, establece los métodos de identificación.

⁷⁶ “La aplicación de técnicas periciales en la identificación, presenta dos vertientes: Identificación de personas vivas y muertas.

I. IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS VIVAS. En el ámbito Civil: La confirmación de identidad en personas reportadas como extraviadas o desaparecidas, sobre todo en menores que han evolucionado físicamente al paso del tiempo; en personas afectadas de sus facultades mentales; determinación de edad, como fuente generadora de derechos y obligaciones legales. En el ámbito penal: La identificación del presunto responsable de la comisión de un delito, o en su caso la reincidencia del mismo. El confirmar la identidad de un individuo y comprobar su posible transgresión criminal mediante la evidencia de su participación en el lugar de los hechos o del señalamiento directo hecho por testigos, es tarea fundamental del área pericial, con apoyo de técnicas como el Retrato Hablado, Ficha Signaléctica, Criminalística, Estomatología, etc.

Así se infiere de la norma cuando señala que para la identificación de personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte y que la criminalística establezca en sus manuales, dentro de los cuales cita las características morfológicas de las huellas digitales, la cartilla dental, el perfil genético presente en el ADN, junto con "... otros exámenes de sangre o de semen; análisis de composición de cabellos, vellos, pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincriminal registrado en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada."

Los artículos 252 y 253 de la codificación en cita hacen relación exclusiva a los métodos de identificación de la persona indiciada o imputada de la ejecución de una conducta punible y tienen como finalidad individualizarla, de manera que frente a ella se dirija la indagación o la investigación penal.

La identificación, entendida como el acto de "Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca",⁷⁷ constituye una labor básica que la Fiscalía General de la Nación y la policía judicial deben cumplir como requisito previo para adelantar la indagación o la investigación penal en contra de una persona.

En ese orden de ideas el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, frente al reconocimiento por medio de fotografías o videos, establece que: "Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negare a participar en él, la policía judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del fiscal que dirige la investigación".

Y, en torno al reconocimiento en fila de personas, el artículo siguiente señala que: "En los casos en que se impute la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignore, fuere común a varias o resulte necesaria la verificación de su

II. IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS MUERTAS. Ámbito Civil: Establecer la plena identidad de personas fallecidas es requisito fundamental para los trámites de inhumación o cremación del cadáver, así como la expedición del Certificado de Defunción; documento indispensable para el cobro de pólizas de seguro, indemnizaciones en muertes accidentales, pensiones Institucionales, pago de gastos funerarios y diversos actos oficiales de la familia. Situaciones especiales se presentan con relación víctimas de accidentes masivos en medios de transporte, donde la intervención del Derecho Internacional se hace patente, ante la diversidad de nacionalidades; o en desastres naturales ante la multiplicidad de víctimas con características étnicas similares, en las cuales es imperante establecer su identidad. Ámbito Penal: En la identificación de personas víctimas de muertes violentas como: Homicidio, suicidio, accidente o de carácter sospechoso y la consecuente investigación de los hechos a través del Ministerio Público; tendiente a acreditar la presunta responsabilidad, pugnando por la sanción legal." Tomado de criminalistica.com.mx. La página de Criminalística de México.

⁷⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

identidad, la policía judicial, previa autorización del Fiscal que dirija la investigación, efectuará el reconocimiento en fila de personas...”

En consecuencia, si la Constitución Política garantiza a toda persona los derechos fundamentales a la intimidad familiar y personal y a su buen nombre (*art. 15*), a la honra (*art. 21*), a la libertad (*art. 28*) y al debido proceso (*art. 29*); resulta apenas elemental considerar que cuando se involucra judicialmente a alguien con la ejecución de una conducta punible, es porque el Estado, garante de esos derechos, cuenta no solo con elementos de juicio que lo relacionan con el delito, sino con aquellos que le permiten individualizarlo como el probable autor o partícipe del comportamiento ilícito.

La identificación se presenta de esa forma como requisito para la formulación de la imputación, definida legalmente como “... el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica **a una persona** su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.”⁷⁸ (se destaca).

Este acto se dirige contra una persona en particular, previamente identificada, si se tiene en cuenta que la “Situaciones que determinan la formulación de imputación” surgen cuando “... de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.”

La identificación previa de la persona contra quien se dirige la actuación también constituye presupuesto para ordenar su captura, pues el mandamiento escrito proferido por el juez de control de garantías, debe indicar, de forma clara y sucinta, los motivos que la determinan, así como **el nombre y los datos** que permitan individualizar al indiciado o imputado cuya aprehensión se ordena.⁷⁹

Igual exigencia se requiere con el fin de decretar la imposición de una medida de aseguramiento, pues en la solicitud que al respecto eleve el fiscal ante el juez de control de garantías, debe indicar “... **la persona**, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia...”⁸⁰

⁷⁸ Art. 286 C.P.P. Además, el artículo 126 Ib. señala que “El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriere primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.”

⁷⁹ Artículos 297 y 298 C.P.P.

⁸⁰ Artículo 306 Ib.

Por supuesto que para efectos de la acusación dicho presupuesto igualmente debe estar satisfecho, ya que la fiscalía procede a presentar el escrito correspondiente ante el juez de conocimiento, cuando de los elementos materiales, evidencia física o información legalmente obtenida, resulte posible afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que **el imputado es su autor o partícipe**.⁸¹

Además, el escrito de acusación deberá contener **la individualización concreta del acusado**, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.⁸²

De todo lo expuesto se concluye que los métodos de identificación, y de manera particular los relacionados en los artículos 252 y 253 del Código de Procedimiento Penal, tienen como finalidad identificar los autores o partícipes de la conducta materia de investigación por la Fiscalía, en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente esos imputados.

A dichos métodos se acude, entonces, cuando no se tenga conocimiento o exista duda de la persona o personas en contra de las cuáles debe dirigirse la investigación. “En este sentido cabe resaltar que si el autor del comportamiento criminal ha sido sorprendido o aprehendido en situación de flagrancia, o la identificación ha sido suficientemente realizada a través de alguno o varios de los otros métodos autorizados por la ley (art. 251), o se trata de una persona conocida por la víctima o por un testigo presencial, o el indicado o imputado ha admitido su responsabilidad en el hecho delictivo investigado, resulta evidente que en dichos eventos, esto es, en los que no hay dudas sobre la identidad del indiciado, obviamente la identificación se entiende lograda, de modo que en tales hipótesis la diligencia de reconocimiento fotográfico o en fila de personas, según sea el caso, resultan superfluas.”⁸³

Resulta igualmente de interés precisar que como los métodos de identificación son herramientas a las que debe acudir la Fiscalía en las situaciones referidas (*falta de conocimiento o duda acerca de la persona indiciada o imputada*), por sí solos no constituyen prueba en tanto que en el proceso penal acusatorio el principio de inmediación impone que “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”,⁸⁴ condiciones que no se cumplen en el trámite de identificación.

Lo anterior no obsta para que el fiscal cuando lo considere conveniente, en orden a solventar la credibilidad del testigo y de acreditar las proposiciones

⁸¹ Artículo 336 Ib.

⁸² Artículo 337-1 Ib.

⁸³ Sentencia del 29-08-07 Rad. 26276

⁸⁴ Art. 16 Ib.

fácticas de su teoría del caso,⁸⁵ en aspectos como la intervención del acusado en el punible que se le imputa, traiga a juicio los documentos elaborados durante el reconocimiento, para que puedan ser autenticados y acreditados por la persona que los ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.⁸⁶

Por su parte, la defensa en el contrainterrogatorio podrá impugnar la credibilidad del testigo en torno a esos mismos tópicos. Además, si solicitó el descubrimiento de los elementos alusivos a la identificación, según los parámetros de su interés podrá interrogar directamente a ese testigo o los testigos de acreditación.

De ese modo se tiene que el valor de los elementos de identificación y su capacidad persuasiva, se descubren en el testimonio de la persona por medio de la cual se traen al juicio, el cual se rige por las reglas del interrogatorio cruzado⁸⁷ y se valora según los criterios de apreciación previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular cabe recordar cómo la Corte ha precisado que,

“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.”⁸⁸

De lo expuesto se concluye que un señalamiento incriminatorio no depende del reconocimiento que por medio de fotografías, videos o en fila de personas

⁸⁵ Baytelman y Duce consideran que el litigante debe satisfacer los siguientes objetivos con el interrogatorio directo (examen directo): i) solventar la credibilidad del testigo a través de preguntas (de acreditación) que permita al juzgador pesar adecuadamente la credibilidad de ese concreto testigo; ii) acreditar la proposición fáctica de la teoría del caso, con preguntas destinadas a obtener un relato que sustente las proposiciones fácticas que esa teoría requiere; iii) acreditar o introducir al juicio prueba material; y iv) obtener información relevante para el análisis de otras pruebas, pues es común que los testigos puedan aportar información que permita pesar la credibilidad de otras pruebas que se presentarán en el juicio, o contextualizar las historias o relatos que provendrán de otros testigos. “Litigación penal. Juicio oral y prueba. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 2005.

⁸⁶ Artículo 426-1 C.P.P.

⁸⁷ Artículo 391 Ib.

⁸⁸ Sentencia del 29-08-07 Rad. 26276.

se hubiere adelantado previamente, puesto que aquél se puede dar sin que en la investigación hubiere sido necesario acudir a los métodos de identificación. Sin embargo, en el plano de las similitudes, puede decirse, ambas hacen parte de un testimonio.

El *reconocimiento* que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la Fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular; de manera que en el escenario del proceso adversarial corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta supuesto de que viole las reglas del interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa.⁸⁹

Además, la doctrina relacionada con las técnicas del interrogatorio, destaca la importancia de que el fiscal en la pregunta final, *que tiene por objeto dejar la información del caso en el punto más alto* (de mayor interés), haga que el testigo presencial identifique claramente al agresor.⁹⁰

En el caso que ocupa la atención de la Sala ninguna duda surgió frente a la identificación de las personas que intervinieron en las conductas que se juzgan, pues a pocas horas de haberlas ejecutado fueron aprehendidas por la policía en el automotor utilizado para desaparecer a SLMJ y en posesión de los elementos que la víctima portaba en ese momento.

Esta circunstancia eliminó la necesidad de que la Fiscalía acudiera a los métodos de identificación, porque desde las pesquisas iniciales tuvo conocimiento pleno de la identidad de las personas indiciadas, frente a las cuales debía formular imputación y a las que posteriormente acusó ante el juez competente.

El reconocimiento que en el juicio oral hizo la declarante MJM, en contra del acusado **DV** como la persona que materialmente retuvo a la víctima de la desaparición, obedeció al desarrollo normal de un interrogatorio directo en el curso de una prueba testimonial válidamente practicada, a la que el Tribunal confirió credibilidad por la correspondencia con los restantes medios de convicción».

⁸⁹ Artículos 392-b y 395 del C.P.P.

⁹⁰ En la doctrina se considera que todo interrogatorio tiene cinco etapas que se diferencian por igual número de preguntas que no pueden faltar y deben respetar un orden específico, a saber: i) preguntas de acreditación, ii) preguntas de introducción, iii) preguntas de transición, iv) preguntas de tema principal, y v) pregunta final. “Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral”. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 251, 252 y 253

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 29 ag. 2007, rad. 26276, y CSJ SP5192-2014.

4.2 Reconocimiento por medio de fotografías o videos en fila de personas

4.2.1 Naturaleza y alcance probatorio de los reconocimientos a través de fotografías o videos o en fila de personas, incorporación

Extracto n. ° 147.

Número de radicado	:	46847
Número de providencia	:	SP4107-2016
Fecha	:	06/04/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Reconocimiento fotográfico-Naturaleza

(i) El reconocimiento fotográfico es un método de identificación, según se desprende del capítulo cuarto, título primero, del libro segundo del Código Penal, cuya denominación es justamente «*Métodos de Investigación*», incluyendo dentro de éstos, en el artículo 252, el reconocimiento por medio de fotografías o videos.

Al respecto esta Corporación ha sostenido:

Sin embargo, es claro que el acto de reconocimiento se presenta en desarrollo de una declaración, entendida en sus aspectos formal y sustancial. Sobre lo primero, recuérdese cómo con fundamento en los estatutos procesales penales expedidos con anterioridad a la Ley 906 de 2004, esta Corporación ha sido enfática en señalar que los reconocimientos constituyen una prolongación de

los testimonios⁹¹. Y en relación con lo segundo, porque el señalamiento constituye una afirmación en virtud de la cual una persona identifica a otra como quien llevó a cabo un determinado comportamiento. (CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773).

La Sala ha venido construyendo una línea jurisprudencial con la que se busca dar claridad en torno a que reconocimientos a través de fotografías o videos, no son una prueba en sí misma, que adquiera tal calidad a través de la introducción del acta que da cuenta del reconocimiento como si se tratara de un medio de prueba documental, sino que aquellos comportan actos de investigación cuyo resultado puede hacer parte del testimonio cuando en el juicio el declarante alude a la existencia de dicha actividad investigativa, a los logros obtenidos a través de la misma o a la forma como se efectuó, atestaciones que habrán de ser valoradas integralmente con el testimonio de quien efectúa el reconocimiento y, en conjunto, con los demás medios de convicción.

(ii) UTILIZACIÓN EN EL JUICIO Y PODER DEMOSTRATIVO

La apreciación y el poder demostrativo del reconocimiento fotográfico o videográfico, no son aspectos que se determinen a partir de si el acta o documento que recoge la ocurrencia de tal acto investigativo, es introducido al juicio, más bien si los testigos dan cuenta de la ocurrencia de un señalamiento en esa forma, afirmación que entra a formar parte integral de la prueba testimonial.

En estos términos la Sala en CSJ SP, 29 ago. 2007, rad. 26276, sostuvo:

*«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».*⁹²

⁹¹ «Cfr. Sentencia del 17 de septiembre de 2003, radicación 17803. En el mismo sentido, autos del 24 de febrero de 2011, radicación 32277 y del 9 de marzo de 2011, radicación 35466».

⁹² «Sentencia del 29-08-07 Rad. 26276».

De lo expuesto se concluye que un señalamiento incriminatorio no depende del reconocimiento que por medio de fotografías, videos o en fila de personas se hubiere adelantado previamente, puesto que aquél se puede dar sin que en la investigación hubiere sido necesario acudir a los métodos de identificación. Sin embargo, en el plano de las similitudes, puede decirse, ambas hacen parte de un testimonio.

El reconocimiento que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la Fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular; de manera que en el escenario del proceso adversarial corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta supuesto de que viole las reglas del interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa.⁹³

Además, la doctrina relacionada con las técnicas del interrogatorio, destaca la importancia de que el fiscal en la pregunta final, que tiene por objeto dejar la información del caso en el punto más alto (de mayor interés), haga que el testigo presencial identifique claramente al agresor. (Subrayado fuera del texto original)

En el mismo sentido, en CSJ SP, 1 Jul. 2009, rad. 28935, se indicó:

Resulta igualmente de interés precisar que como los métodos de identificación son herramientas a las que debe acudir la Fiscalía en las situaciones referidas (falta de conocimiento o duda acerca de la persona indiciada o imputada), **por sí solos no constituyen prueba** en tanto que en el proceso penal acusatorio el principio de inmediación impone que “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”,⁹⁴ condiciones que no se cumplen en el trámite de identificación.

Lo anterior no obsta para que el fiscal cuando lo considere conveniente, en orden a solventar la credibilidad del testigo y de acreditar las proposiciones fácticas de su teoría del caso (...) en aspectos como la intervención del acusado en el punible que se le imputa, traiga a juicio los documentos elaborados durante el reconocimiento, para que puedan ser autenticados y acreditados por la persona que los ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.⁹⁵
(Subrayado y resaltado fuera del texto original)

(...)

De ese modo se tiene que el valor de los elementos de identificación y su capacidad persuasiva, se descubren en el testimonio de la persona por medio

⁹³ «Artículos 392-b y 395 del C.P.P.».

⁹⁴ «Art. 16 Ib».

⁹⁵ «Artículo 426-1 C.P.P.».

de la cual se traen al juicio, el cual se rige por las reglas del interrogatorio cruzado⁹⁶ y se valora según los criterios de apreciación previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal [Apreciación del testimonio].

También se ha precisado que sobre el mentado acto de investigación puede dar cuenta la persona que hace el reconocimiento o el investigador judicial que realiza la diligencia, casos en los cuales, en el primero, se trata de prueba directa, mientras que en el segundo se habla de prueba de referencia.

Así se indicó en CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 37391:

En el caso de los reconocimientos, se tiene que pueden incorporarse a través de quien realiza el señalamiento o del funcionario que practica el reconocimiento. Sin embargo, las implicaciones jurídicas son diferentes en uno u otro caso. En el primero, como el reconocente rinde testimonio ante el juez de la causa y puede, por ende, ser contrainterrogado sobre las circunstancias en que conoció los hechos e identificó al acusado como quien participó en la ejecución del punible, la prueba deja de tener carácter de referencia para mudar en prueba directa, adquiriendo entonces la misma naturaleza del respectivo testimonio.

Si, en cambio, el reconocimiento se introduce a través del funcionario que lo practicó la prueba no pierde su carácter de referencia. La razón es evidente: en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede contrainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos. Pero es más, y precisamente por desconocer esas particularidades, todo lo declarado por el funcionario sobre éstas girará en torno a lo que escuchó del testigo directo de los acontecimientos criminales, luego su declaración será de oídas.

En ese orden de ideas, habiéndose indicado que el reconocimiento fotográfico hace parte de la prueba testimonial, para su valoración no es dable exigir la introducción al juicio del acta en la que se consigna esa diligencia, y a través de la técnica propia para la práctica de la prueba documental, por manera que su mérito se fija a partir del poder suasorio del testimonio, el cual corresponderá definir al fallador con base en los criterios de la sana crítica y la valoración del conjunto probatorio.

De tal manera que el precedente jurisprudencial evocado por el Tribunal para fundar su sentencia (CSJ SP, 30 abr. 2014, rad.37391), fue indebidamente interpretado, puesto que allí la Sala no sentó el criterio según el cual, actos de investigación como los reconocimientos fotográficos, adquieren la condición de prueba cuando el acta que los documenta es incorporada al juicio de la forma como se introducen los documentos, esto es, a través de testigo de acreditación, y que tal ejercicio resulta

⁹⁶ «Artículo 391 Ib».

indispensable para que un señalamiento de ese tipo pueda ser apreciado por el juez, como sí erradamente lo entendió el *ad quem*.

Lo que se sostuvo en la providencia citada es que, como en ese caso, el acta que daba cuenta de una diligencia de reconocimiento fotográfico fue utilizada por la Fiscalía en el interrogatorio directo a uno de los testigos, a tal medio podía recurrirse, bien sea, a través de los investigadores que practicaron la diligencia, o por conducto de quien hizo el señalamiento, a efecto de que las manifestaciones al respecto se valoren como parte del testimonio de cualquiera de ellos.

De allí que para acreditar un reconocimiento fotográfico o videográfico, no es menester que siempre y en todos los casos se integre el documento en el que se consigna la realización de ese acto investigativo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 252

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 29 ago. 2007, rad. 26276; CSJ SP, 1 Jul. 2009, rad. 28935; CSJ SP, 27 jul. 2009, rad. 31614; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 39022; CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773, y CSJ SP5192-2014.

5. CADENA DE CUSTODIA

5.1 Concepto, finalidad, conformación y forma de realizar la cadena de custodia

Extracto n. ° 148.

Número de radicado	:	35127
Fecha	:	17/04/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La cadena de custodia es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes servidores judiciales. Así, al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP154-2017.

Extracto n. ° 149.

Número de radicado	:	33816
Fecha	:	09/06/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] en cuanto a que las fotocopias de los poderes tachados de falsos y los demás documentos aportados por el denunciante al formular la respectiva queja, no cumplen los requisitos de la cadena de custodia, el actor no solo

omite precisar la exigencia supuestamente desconocida y la norma que la impone, sino que soslaya lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 254 de la Ley 906 de 2004, el cual prevé que el instructor está obligado a iniciar la cadena de custodia en el lugar donde se descubran, **recauden**, o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, tal y como en el asunto estudiado fue observado por la Fiscalía en relación con los documentos indubitados (un "contrato de ganado al aumento" dos "papeletas de venta de ganado" y un "contrato de compraventa de un automotor"), que en el momento de la denuncia aportó el hermano de JERB».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 254

5.2 Finalidad de la cadena de custodia: efectos de las falencias en la cadena de custodia

Extracto n. ° 150.

Número de radicado	:	25920
Fecha	:	21/02/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La *cadena de custodia*, la *acreditación* y la *autenticación* de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan – como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es *ilegal* y reclamar la regla de *exclusión*, sobre la base de cuestionar su *cadena de custodia*, *acreditación* o *autenticidad*.

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la *cadena de custodia*, indebida *acreditación* o se pone en tela de juicio su *autenticidad*, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en *ilegal* ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio.

En cambio, los comprobados defectos de la *cadena de custodia, acreditación o autenticidad* de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce.

La última es la solución adoptada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), al sentar en el artículo 273 los *criterios de valoración*:

“La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.”

Lo anterior no obsta para que, si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba. En tal hipótesis, el Juez decidirá lo que en derecho corresponda, pues se trata de un proceso dialéctico que avanza hacia la construcción de la verdad con audiencia de los adversarios. Si bajo estos supuestos el Juez no decreta la prueba, su rechazo no será por motivos de *ilegalidad*, sino porque carecería de poder de convicción, por persistir serias dudas sobre la manera como se produjo la recolección de la evidencia o la forma en que se produjo el elemento probatorio, o la autenticidad del mismo en cuanto de ella dependa la posibilidad de aceptar como cierto su contenido.

Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la *cadena de custodia, acreditación o autenticidad* y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene *ilegal* y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.

El Juez, sin abandonar la imparcialidad que lo caracteriza, como responsable de la dirección del proceso debe permanecer atento a la observancia de la *cadena de custodia, la acreditación y la autenticidad* de las evidencias y medios probatorios, sin que el silencio de las partes, o su aparente conformidad le impidan tomar la decisión que considere justa.

Ahora bien, si las partes no cuestionan la *cadena de custodia, la acreditación ni la autenticidad* de las evidencias, el Juez no está obligado a emitir un pronunciamiento expreso sobre el asunto, a menos a que el propio funcionario judicial tenga razones para dudar acerca de alguno de esos tópicos. En esta hipótesis por ser el Juez el destinatario final de la prueba,

tendrá que disponer lo que estime conveniente dentro de su marco funcional.

Por disposición del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, la *legalidad* del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

Por vía de ilustración, serán *ilegales* las evidencias y elementos probatorios obtenidos por medio de registro personal y toma de muestras que involucren al imputado, cuando estas diligencias se practican sin autorización del funcionario competente.

En tales supuestos, la *ilegalidad* dimana de la vulneración del bloque de constitucionalidad, de la Carta o de la ley; y no de algún defecto en la *cadena de custodia, acreditación o autenticidad* de la evidencia.

Obviamente, el Juez *excluirá* la práctica o aducción de medios de prueba *ilícitos o ilegales*, en atención a lo dispuesto por los artículos 23 y 360 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

En síntesis, la *regla de exclusión* aplica contra los medios probatorios *ilícitos o ilegales*; y no sobre medios probatorios respecto de los cuales se discuta la *cadena de custodia, la acreditación o la autenticidad*.

Es factible colegir que en la sistemática colombiana, la *legalidad* del elemento material probatorio y la evidencia física no depende de la corrección de la cadena de custodia ni de la debida acreditación sobre su origen.

En cambio, la *cadena de custodia* podría incidir en la *autenticidad* de los elementos materiales probatorios y evidencia física, pues tal sentido tiene el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, al indicar que son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente y sometidos a la reglas de la *cadena de custodia*.

En los otros casos, cuando las evidencias y elementos no se hubiesen sometido a *cadena de custodia*, corresponde demostrar su autenticidad a la parte que los presente».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 23, 273, 276, 277 y 360

Extracto n. ° 151.

Número de radicado	:	30598
Fecha	:	19/02/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Impera recordar que los yerros en el curso y respeto de los protocolos derivados de la denominada *cadena de custodia* no comportan la exclusión de la prueba, en cuanto no se trata de un asunto de legalidad del medio de convicción, sino de valoración y ponderación judicial del mismo, en cuanto puede verse afectado lo genuino, fidedigno y auténtico del elemento probatorio, de modo que aún en aquellos casos en los cuales se constate la ruptura efectiva de la cadena de custodia, no por ello debe automáticamente marginarse la prueba del acervo probatorio, sino que corresponde al juez verificar hasta qué punto y en qué medida, ello compromete la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio en punto de su credibilidad y potencial persuasivo.

No en vano, el artículo 273 de la Ley 906 de 2004 establece como criterios de valoración:

"La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe".

De igual forma, es claro que tampoco la ruptura en la cadena de custodia supone necesariamente la inadmisión del elemento material probatorio, asunto diverso es que el juez pueda inadmitir la prueba, no por considerarla ilegal, pues como quedó visto no lo es, sino por carecer de fuerza demostrativa en cuanto atañe al *thema probandum* del diligenciamiento, al advertir falencias en su recolección, su producción o su autenticidad.

La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del *principio de mismidad*, según el cual, el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

No sobra señalar que si la cadena de custodia fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no sólo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aún, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades, siempre que, se reitera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el estatuto procesal penal.

[...]

Así las cosas, si el ámbito de protección de la regla de recaudo probatorio derivada de la cadena de custodia, como atrás se dijo, se circunscribe a garantizar el *principio de mismidad*, no hay duda que la camisa que vestía GT y aquella a la cual se le practicó el referido examen balístico es la misma, de modo que si en el rótulo no fue anotado de quien se trataba o si el número de cédula del Agente de Policía que la embaló presenta dos dígitos errados, pero fue registrado el SPOA, conviene la Sala en concluir que tales omisiones no tienen la entidad suficiente para demeritar el valor probatorio derivado de dicha prenda de vestir, el cual, desde luego, deber ser ponderado en conjunto con los demás medios de convicción obrantes, como más adelante se procederá».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 273.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 31 jul. 2009, rad. 30838; CSJ AP, 05 ag. 2009, rad. 31898; CSJ AP, 14 abr. 2010, rad. 33691; CSJ AP, 18 ag. 2010, rad. 33559; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 32361; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 31853; CSJ AP, 24 ag. 2011, rad. 36958; CSJ AP, 21 sep. 2011, rad. 35133; CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 32136; CSJ AP, 30 nov. 2011, rad. 37298; CSJ AP, 19 dic. 2012, rad. 40388; CSJ AP, 29 may. 2013, rad. 39835; CSJ SP, 17 abr. 2013, rad. 35127; CSJ AP640-2014, CSJ SP17459-2015, CSJ AP624-2015, SP12229-2016, y CSJ SP160-2017.

5.3 Técnica para atacar en sede de casación las falencias en la cadena de custodia

Extracto n. ° 152.

Número de radicado	:	35127
Fecha	:	17/04/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] en lo que tiene que ver con la manera de atacar en sede de casación las falencias en la cadena de custodia, la Corte mantuvo en el pasado posiciones encontradas, pues mientras en unas ocasiones señaló que esa clase de anomalías deben orientarse a través del error de derecho por falso juicio de legalidad⁹⁷, en otras oportunidades ha dicho que la ruta correcta es el error de hecho⁹⁸, tesis que ha sido corroborada en las providencias más recientes⁹⁹ y que hoy reitera.

En efecto, la Corte ha señalado e insistido en que los vicios en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos materiales de prueba o evidencia física no afectan su legalidad, sino que tienen incidencia en la eficacia, credibilidad o asignación del mérito probatorio, de ahí que su postulación en casación no puede orientarse como un cuestionamiento a su validez, sino a su apreciación, a fin de derruir su poder de convicción.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de abril de 2008, radicación No. 29416, reiterada el 14 de abril de 2010, rad. 33691: “Atendiendo a la dogmática que rige los errores que se debaten en la violación indirecta de la ley sustancial, es preciso afirmar que las irregularidades -las falencias procedimentales comprobadas en la cadena de custodia- tienen como vía expedita de impugnación el error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no la censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2004, radicación No. 25920, reiterada el 19 y 5 de agosto de 2009, rads. 30598 y 31898: “La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan -como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio.

En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilarse la crítica la parte contra la cual se aduce.”

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos del 15 de febrero, 8 de agosto y 27 de junio de 2012, radicaciones 37943, 38800 y 34867, respectivamente.

Lo anterior encuentra explicación en que el principio de legalidad de la prueba tiene que ver con el acatamiento de las condiciones que la ley ordena cumplir en el proceso de formación, producción o incorporación del medio, para que adquiera validez jurídica, mientras que el cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos para su protección o conservación, a partir de su descubrimiento o recaudo, guarda relación con un concepto distinto, cual es el de la autenticidad (artículos 276 y 277 de la Ley 906 de 2004), la cual se trata de preservar con los procedimientos y mecanismos de la cadena de custodia, con miras a asegurar su aptitud demostrativa.

Dígase que la cadena de custodia es, entonces, un medio a través del cual se demuestra la autenticidad del elemento material probatorio, no siendo el único, pues la propia ley establece la posibilidad de hacerlo en forma distinta cuando no se ha cumplido, o cuando lo ha sido irregularmente. En tal caso, la anomalía en la cadena de custodia tendría incidencia en la idoneidad demostrativa del medio de convicción, mas no la aplicación de la regla de exclusión.

Puede decirse, entonces, que la ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente, lo que, insiste la Sala, no acarrea como sanción la exclusión del medio de convicción.¹⁰⁰

Por eso, en uno y otro evento, varían los efectos de no observar los procedimientos legalmente establecidos, pues si se incumplen los primeros, esto es, el debido proceso probatorio, la solución ha de ser la exclusión del elemento, pero si se pretermiten los mecanismos y procedimientos de cadena de custodia lo que se afecta es su aptitud demostrativa¹⁰¹. De ahí que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de tiempo atrás, *“en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad”*¹⁰².

Así las cosas, el ataque que en sede de casación se emprende contra las irregularidades en la cadena de custodia, le impone al demandante la carga de probar, no sólo que aquella no se cumplió, o que se cumplió defectuosamente, sino que la autenticidad del elemento material probatorio

¹⁰⁰ Ibid. Rad. 34867

¹⁰¹ Ibid. Rad. 38800

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicado No. 25920, reiterada, entre otras decisiones, en sentencia del 8 de octubre de 2008, Radicado N° 28195.

o de la evidencia física no logró establecerse por otros medios, y que existen fundados motivos para creer que el elemento no es genuino, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación.

Los anteriores lineamientos dejan ver, entonces, que el apoderado de **CA** se equivoca al reclamar la exclusión probatoria como consecuencia de las anomalías en la cadena de custodia. No obstante, lo cierto es que el argumento casacional carece de idoneidad para cualquier propósito, incluido el de demostrar una afectación en el poder suasorio de la prueba, pues el impugnante omite considerar las particularidades que rodearon la recolección de los elementos materiales de convicción».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 276, 277.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 34867; CSJ AP, 19 dic. 2012, rad. 40388; CSJ AP, 17 abr. 2013, rad. 39276; CSJ SP16189-2015, CSJ AP2508-2016, CSJ AP6562-2016, y CSJ SP160-2017.

6. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN

6.1 Concepto y aplicación ante la existencia de pruebas ilícitas e ilegales: Teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones *-vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable-*

Extracto n. ° 153.

Número de radicado	:	31127
Fecha	:	20/05/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La cláusula de exclusión, —tópico planteado por el libelista—, desde su consagración constitucional en el último inciso del artículo 29 del texto superior ha marcado la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca del régimen de la prueba ilícita, ampliado hoy no sólo a la infracción del debido proceso probatorio de cada elemento de convicción sobre su obtención, práctica y aducción, sino a cuando ello ocurre con la violación las garantías procesales o derechos fundamentales, de ahí que se hable de pruebas ilegales e ilícitas.

Tal postulado encuentra su desarrollo legal en los artículos 23, 445, 232, 237 y 360 de la Ley 906 de 2004 elevado como principio rector y garantía procesal que impone considerar nula de pleno derecho toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, aparejando su extracción del caudal probatorio así como de los elementos de convicción que sean consecuencia o su existencia dependa de ella.

Efectivamente, no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida, sin embargo, conforme con criterios basados en la jurisprudencia anglosajona de la *“Teoría de los frutos del árbol envenenado”*, (*fruit of the poisonous tree doctrine*) paulatinamente se han establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma, como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de (i) una fuente independiente (*independent source*), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (*purged taint*) con la principal, o (iii) cuando se

trata de un descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho.

La Sala con anterioridad ha precisado las consecuencias que se derivan de una prueba ilícita o una prueba ilegal. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente.

Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 23, 232, 237, 360 y 445

Extracto n. ° 154.

Número de radicado	:	30711
Fecha	:	27/05/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Señala el libelista que debe declararse ilegal el registro del vehículo automotor y como consecuencia excluirse la evidencia obtenida a partir de su realización, esto es, el hallazgo de residuos de disparo de arma de fuego, que vincula a AN con el episodio violento investigado, y de paso, a PS con el mismo.

Al respecto conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Política señala que “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, mandato que, en sede del sistema adversarial, es desarrollado en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004, que señalan:

“Artículo 23. **Cláusula de exclusión.** Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por la que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”

“Artículo 455. **Nulidad derivada de la prueba ilícita.** Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”

Este contexto normativo otorga al juez la posibilidad de ponderar a la hora de decidir sobre la exclusión de pruebas obtenidas como consecuencia de procedimientos ilegales, tal como lo admitió la Corte Constitucional.¹⁰³

*En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la **regla de exclusión** entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio^[xxiii], de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales,*

extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto Silverthorne Lumbre Co. vs. United States como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado^{ii[xxiii]}, fuente independiente^{iii[xxiv]} y descubrimiento inevitable^{iv[xxv]}.

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto».

Extracto n. ° 155.

Número de radicado	:	32193
Fecha	:	21/10/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

¹⁰³ En sentencia C-591 de 2005.

«El vicio *in iudicando* de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan "nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso", imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 (comprendidas sus salvedades) del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 *ejusdem* en lo correspondiente con las elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de "inexistencia jurídica" y por ende de exclusión cuando de pruebas "ilícitas" o "ilegales" y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate.

En sentencia del 2 de marzo de 2005, la Sala de Casación Penal indicó:

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.

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 cueles, 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, si que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

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 prueba¹⁰⁴.

La prueba ilícita como su propio texto lo expresa:

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita¹⁰⁵.

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia -como la citada entre otras- 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 C. Penal). Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" propiamente dichos, es aquella:

en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley¹⁰⁶.

Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de

¹⁰⁵ A. MONTON REDONDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

¹⁰⁶ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto...*, ob. cit., p. 47.

las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen "nulos de pleno derecho" y que, de consecuencia, dichos resultados de "inexistencia jurídica" de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional, las "inexistencias jurídicas" no pueden dar lugar a "reflejos de existencias jurídicas".

En efecto: si de acuerdo con los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 1, 12, 15, 28 y 29
 Ley 599 de 2000, arts. 137, 178, 182, 184, 189, 190, 191, 192, 195, 196, 224, 286, 287, 289, 442 y 444
 Ley 906 de 2004, arts. 23, 181, 232, 360 y 455

Extracto n. ° 156.

Número de radicado	:	45619
Número de providencia	:	SP12158-2016
Fecha	:	31/08/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El inciso final del artículo 29 de la Constitución establece que “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que “*Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia*”.

Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación¹⁰⁷, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas (CSJ SP, 2 mar. 2005, Rad. 18103, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 31073, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 26836 y CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691). Invariablemente la prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.

Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Ahora, así como una prueba ilícita o ilegal sustancial debe ser excluida, de igual manera, el medio probatorio que de ella se derive debe correr la misma suerte, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, asunto que en la doctrina anglosajona es abordado en la conocida *teoría del fruto del árbol envenenado*, en virtud del efecto espejo, dominó o también llamado reflejo.

La prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven.

¹⁰⁷ Cfr. CC SU 159/02.

La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía¹⁰⁸.

Aunque se alude a pruebas ilegales o ilícitas y en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 únicamente tienen la condición de *pruebas* las que han sido producidas y sometidas a debate ante el juez de conocimiento en el juicio oral, así como las incorporadas anticipadamente en audiencia preliminar ante un juez de garantías en los casos y en las condiciones excepcionales previstas en el estatuto procesal penal, no hay duda que la ilegalidad o ilicitud también es predicable de los elementos materiales probatorios que, como en este caso, sirvieron de fundamento para que la juez de control de garantías expidiera la orden de captura en contra de MÁBV.

Si de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”* y la norma citada dispone que los *motivos fundados “deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física”*, se concluye que también los soportes demostrativos de los *motivos fundados* deben ser esencialmente legales y lícitos, pues de lo contrario deben ser objeto de la cláusula de exclusión.

Es cierto que la decisión por medio de la cual la Corte declaró ilegales los hallazgos derivados de los archivos electrónicos de alias [...] data del 18 de mayo de 2011 y que la audiencia reservada de solicitud de captura de BV, fundada en elementos probatorios producto de los mismos, ocurrió el 14 de abril de 2009. No obstante, es claro que el carácter ilegal de estos no deviene de que así fuera declarado por esta Sala, sino de su evidente recaudo irregular al producirse fuera del territorio colombiano por parte de autoridades que no contaban con facultades de policía judicial, las cuales se apartaron de la Constitución Política y, en especial, de los Convenios de Cooperación Judicial y Asistencia suscritos por Colombia, así como de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, quebrantando el debido proceso y el principio de legalidad.

¹⁰⁸ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

Entonces, como el recaudo de los elementos informáticos de alias [...] en Sucumbíos, Ecuador, fue ilegal por contrariar las reglas dispuestas por el legislador para ello, los medios probatorios que de aquellos se deriven deben correr la misma suerte conforme a la *teoría del fruto del árbol envenenado*, de manera que los informes de policía judicial con base en los cuales la Fiscalía solicitó la captura de MÁB también son ilegales.

Ahora, tratándose de pruebas derivadas de una ilegal, como ocurre en este asunto, debe demostrarse que el denominado efecto espejo o dominó se proyecta en aquellas, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre una y otras, capaz de lesionar la misma garantía¹⁰⁹, salvo los criterios señalados en el derecho anglosajón¹¹⁰ para tener como admisible la prueba derivada de una primaria excluida por ilegal, los cuales fueron acogidos en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y por la jurisprudencia, pese a que la doctrina ha señalado que su definición, comprensión y alcance no son absolutamente nítidos. Son ellos: La fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable¹¹¹.

La Corte no advierte, ni la Fiscalía acreditó, que alguna de tales situaciones exceptivas concurrieran en este caso, pues los informes de policía judicial no cuentan con fuente independiente autónoma diversa de los elementos informáticos hallados e incautados ilegalmente en el campamento de alias [...], es decir, su fuente está viciada y por ello, tienen el mismo “*foco de ilicitud*” y vulneran las mismas garantías de legalidad y debido proceso.

Tampoco media entre la prueba primaria ilegal (computadores y dispositivos electrónicos de almacenamiento de alias [...]) y las derivadas (informes de policía) un *vínculo atenuado*, pues su relación es estrecha, intensa e importante, sin que la ilegalidad de tales informes se haya atenuado, con mayor razón si no obran otros medios probatorios para soportar la sentencia de condena por el delito de rebelión.

No se trata de un *descubrimiento inevitable*. Lo demostrado en la actuación fue que sin los referidos elementos informáticos ilegalmente incautados en Ecuador, no se habría arribado con otras pruebas a establecer la eventual pertenencia de MÁB a las [...], es decir, la Fiscalía no probó que lo acreditado con los hallazgos tomados de los computadores y concretado en los informes de policía que sirvieron para solicitar la captura del mencionado ciudadano, también se habría establecido a través de otros medios legales».

NORMATIVIDAD APLICADA:

¹⁰⁹ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

¹¹⁰ Cfr. Caso Silverthorne vs. USA. 1920.

¹¹¹ Cfr. CC SU-159 de 2002.

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 23 y 455

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 02 mar. 2005, rad. 18103; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 30214; CSJ SP, 31 jul. 2009, rad. 30838; CSJ AP, 24 ag. 2009, rad. 31900; CSJ AP, 14 sep. 2009, rad. 31500; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 33993; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34312; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34733; CSJ AP, 21 sep. 2010, rad. 33901; CSJ AP, 06 jul. 2011, rad. 36121; CSJ SP, 24 ag. 2011, rad. 35532; CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 37432; CSJ AP, 30 nov. 2011, rad. 37298; CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36562; CSJ AP, 03 jul. 2013, rad. 37130; CSJ AP640-2014, CSJ SP10303-2014, CSJ SP10546-2015, CSJ SP9792-2015, CSJ AP098-2016, y CSJ AP1022-2016.

6.2 El juez de control de garantías puede declarar legales, ilegales o ilícitas las actividades investigativas; la discusión en torno de la exclusión de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad, sino en la preparatoria o, excepcionalmente, en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico

Extracto n. ° 157.

Número de radicado	:	36562
Fecha	:	13/06/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Hay que tener presente que la prueba podría ser declarada **ilegal** con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de **ilícita**, con consecuencias anulatorias para toda la actuación, precisamente desde cuando se realizó el acto que le transmitió dicha ilicitud.

El punto sobre la diferencia entre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba y las consecuencias de una y otra ha sido materia de análisis constante por parte de esta Corporación¹¹², en uno de cuyos pronunciamientos precisó¹¹³:

“En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita¹¹⁴ es aquella 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.”¹¹⁵

La misma jurisprudencia ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber:

¹¹² Entre otras, en autos de 23 de abril de 2008 radicado 29416, de 1° de julio de 2009 radicado 26836, 31 de julio de 2009 radicado 30838, de 10 de marzo de 2010 radicado 33621.

¹¹³ Sentencia de casación 10 de marzo de 2010, radicado 33621.

¹¹⁴ *Que difiere de la “prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. 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 (sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103).*

¹¹⁵ Sentencia de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No.21.529.

“(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

“(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

“(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”¹¹⁶.

Por otra parte, también la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, señaló cuáles eran los eventos en que la ilicitud de las pruebas se traducían en la invalidez del proceso, limitando tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial¹¹⁷. Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se 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.

¹¹⁶ Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152.

¹¹⁷ Lo cual convalidó en la sentencia T-233 de 2007.

*En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso¹¹⁸, 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.” (Subrayas por fuera del texto original)*

Conviene aclarar que la discusión en torno de la **exclusión** de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Esto, en primer término, porque en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria.

Frente a dicho tópico, resulta oportuno aclarar que el juez de control de garantías, en relación con los actos de investigación y diligencias en cuya práctica se limitan o reducen derechos fundamentales del indiciado o imputado, tiene tres posibilidades: declararlas legales, ilegales, o ilícitas.

En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con la que el fiscal pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y la intimidad.

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

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

ejercicio de la acción penal, cuyo uso debe ser severamente controlado en vigencia del Estado de derecho.

En esto pensó la Corporación 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 adecua 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.”*¹¹⁹

Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con los actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron a cabo de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo, y si el objetivo compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de **declararse legal** dicho procedimiento.

Dicho control es, pues, preliminar, y limitado a estos tópicos y en el evento de no superar el test de necesidad y proporcionalidad, la consecuencia de tal conclusión, **es la declaratoria de ilegalidad del correspondiente acto de investigación**, sin que le corresponda a dicho funcionario emitir decisión alguna en relación con la exclusión de los elementos hallados en dichas labores. Así lo ha entendido la Sala al precisar¹²⁰:

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

Y claro, en esa reflexión debe considerarse que nada de lo hallado u obtenido en desarrollo de aquella labor declarada ilegal, podría ser utilizado como fundamento de la solicitud de la medida de aseguramiento.

Sin embargo, lo obtenido en labores de investigación que fuere declarado ilegal por el juez de control de garantías, eventualmente podría ser susceptible de valorarse en el juicio, siempre que en la audiencia preparatoria, la Fiscalía logre su decreto por parte del juez con funciones de

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005.

¹²⁰ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310

conocimiento, después de superar el análisis de la ilegalidad inicial, acreditando la existencia verbigracia de una de las excepciones a la exclusión, contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Así también, el examen de constitucionalidad que realiza el juez con funciones de control de garantías, de los actos de investigación, podría conducir a la **declaratoria de ilicitud** de los mismos, la cual se origina en violaciones graves a derechos fundamentales y contagia de manera insuperable a toda la actuación. Así lo ha precisado esta Corporación¹²¹:

“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.”

Respecto de la ilicitud de dichos procedimientos, la Sala se ha ocupado específicamente de la captura en tales condiciones, sin perjuicio de que cobije también otros actos de investigación, en los cuales se violenten de manera grave derechos fundamentales, en las mismas condiciones de aquélla.

Así pues, a manera de conclusión en relación con las posibles decisiones que puede adoptar el juez con funciones de control de garantías, sobre los procedimientos sometidos a su valoración:

- 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, con las consecuencias antes mencionadas; y,
- 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, tal como lo ha sostenido la Sala¹²²:

¹²¹ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

¹²² Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

*“Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del **juez de control de garantías** no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.”¹²³*

De suerte que, no es como lo plantea la representante del Ministerio Público una nueva discusión sobre los aspectos ya decantados en la audiencia preliminar, sino que, lo que se discute en la preparatoria, es la legalidad de la prueba, la cual, de no superarse, su consecuencia inexorable es la exclusión, y si la fuente de su contaminación es la ilicitud, no sólo se excluye, sino que, además se anula toda la actuación a partir de la realización de dichos actos».

¹²³ *Ibidem.*

7. FACULTADES DE LA DEFENSA EN LA INVESTIGACIÓN

7.1 Deberes del juez de control de garantías de cara a permitir y facilitar el ejercicio del derecho de defensa

Extracto n. ° 158.

Número de radicado	:	35432
Fecha	:	01/12/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

«Conocido que los jueces de control de garantías, desde su misma consagración de principalística legal, tienen como función no solo, a pesar de lo afirmado por la señora jueza de control de garantías, servir de límite o acotación al poder estatal representado por la Fiscalía, sino que se les encomienda la protección de los derechos de todos los intervinientes en el proceso; y si además se tiene claro que ese trámite consagrado en la ley 906 de 2004, demanda de las partes en contienda, Fiscalía y defensa, adelantar su particular tarea investigativa, luego de que se ha abierto formalmente el proceso por virtud de la formulación de imputación (e incluso antes, como ya lo han dejado suficientemente establecido esta Corporación y la Corte Constitucional), mal puede afirmarse que no corresponde a un asunto propio del mismo aquel encaminado a permitir de la defensa allegar los elementos de juicio necesarios para adelantar su labor.

No sobra recordar que cuando se habla del principio de igualdad de armas y su protección, necesariamente se alude a esa función de limitar la actividad estatal a la que hace referencia la señora jueza de control de garantías, en tanto, por estimarse que el Estado posee los medios y capacidad logística suficientes para adelantar la tarea encaminada a acusar, el principio en mención busca igualar a la defensa, ofreciéndole medidas positivas, precisamente esas que debe vigilar y hacer cumplir el juez de control de garantías.

Respecto de esa función básica del juez de control de garantías, el inciso primero del artículo 4° de la ley 906 de 2004, consagra:

"Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta."

A su vez, el artículo 8° establece que en desarrollo de la actuación, el imputado tendrá derecho *"en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal"* en lo que aplica a las distintas prerrogativas sustanciales y procesales allí consagrados.

Y el artículo 10°, inciso primero, señala que:

"La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial"

También, el artículo 124 preceptúa:

"Derechos y facultades. *La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado".*

De igual manera, referente a los deberes de los servidores judiciales, el artículo 138, numeral 2°, establece el de:

"Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso"

A su vez, el artículo 139, rotulado "deberes específicos de los jueces... en relación con el proceso penal", señala en su numeral 5° el de:

"Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables".

Por lo demás, basta verificar lo consignado en la Ley 906 de 2004, acerca de las audiencias preliminares que se celebran ante el juez de control de garantías, para advertir que de ellas no se hace una referencia tajante, en forma de *numerus clausus*, sino que se recurre a la técnica de *numerus apertus*.

Específicamente, el artículo 154 trae un listado de diligencias que se practican en audiencia preliminar y en su numeral 9°, expresamente señala que también se tramitan *"las que resuelvan asuntos similares a los anteriores"*.

Entonces, si en los ocho numerales de la norma anterior se registran propios de ese diligenciamiento aspectos tales como la práctica de prueba anticipada y la decisión que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos (incluso, así se demuestra que la función

del juez de control de garantía no puede ser solo la de limitar el poder del Estado), parece evidente que un aspecto análogo a los anotados, como quiera que hace parte del procedimiento regulado en la ley 906 de 2004 - que elimina la judicialización de la tarea investigativa anteriormente en manos del fiscal conforme a la preceptiva de la ley 600 de 2000, para remitirla directamente a las partes-, esto es, la posibilidad de que se permita a la defensa allegar los elementos de juicio necesarios para sustentar su teoría del caso, se matricula dentro de lo consagrado en ese numeral 9° citado.

Además, ya la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tópico de la igualdad de armas y la forma de hacerla efectiva a favor de la defensa cuando se limitan sus posibilidades investigativas, de la siguiente forma:

"Para la Corte, también era posible que la Jueza de conocimiento incidiera de manera más profunda en la posibilidad de practicar el examen a los procesados y allegar el correspondiente informe, sin que ello implique abandonar su rol de funcionario imparcial, ni mucho menos, incidir oficiosamente en el decreto o práctica de pruebas, como de consuno lo predicaron la fiscalía y el Ministerio Público durante al audiencia de sustentación del recurso de casación.

"Todo lo contrario, si se estimase que el juez opera como tercero imparcial encargado de velar porque las reglas de juego se cumplan, esa condición de garantía que se le atribuye debería conducir a que, observado cómo el principio de igualdad de armas empieza a desnaturalizarse dada la negligencia estatal, se equilibren las cargas, para lo cual debe interponer sus buenos oficios en aras de que oportunamente se practique el examen solicitado por la defensa, necesario en el sustento de su teoría del caso, así como posee la facultad para obtener que los testigos legos y expertos comparezcan a la audiencia de juicio oral, por la vía de la conducción consagrada en los artículos 384 y 412 de la Ley 906 de 2004.

"En este sentido, debe precisarse que la condición de imparcialidad o neutralidad del funcionario no implica absoluta pasividad, pues, en casos como el examinado esa omisión conduce a que se vulnere el principio de igualdad de armas, precisamente uno de aquellos que se le obliga proteger y garantizar al juez de conocimiento.

"Porque, siguiendo la tesis propuesta por el Ministerio Público, si no contase la defensa con ningún examen médico y siguiese insistiendo en la audiencia preparatoria respecto a la necesidad del examen, de no contar con el concurso del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dada la negligencia de sus funcionarios, el proceso caería en un punto muerto si no interviene diligentemente el funcionario judicial para ordenar esa actividad necesaria.

"Y no es, como reseña la Fiscalía, que se haga recaer en el juez la tarea de practicar la prueba, o mejor, adelantar la tarea investigativa propia de la

defensa, sino de facultar que la actividad, dadas las condiciones de esa parte y su poca o nula posibilidad de conminación frente a los funcionarios encargados de materializarla, se efectivice en garantía del derecho de defensa y el principio de igualdad.

"Es ello, cabe agregar, apenas consecuencia de la obligación impartida a los funcionarios judiciales en el artículo 4° de la Ley 906 de 2004, en punto de propender por la igualdad de los intervinientes, en especial de aquellos que se encuentran en debilidad manifiesta (económica, para el caso que nos ocupa).

"O, en seguimiento de lo establecido en el artículo 10 ibídem, cuyo inciso primero señala: "La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial."

El apartado que se transcribe, huelga resaltar, autoriza al juez de conocimiento para que en aras de hacer efectiva la igualdad de armas intime a los funcionarios públicos a permitir de la defensa hacerse de los exámenes e informes convenientes para su teoría del caso.

Y ello ocurre, sobra agregar, porque la necesidad de protección en cita se presentó durante la fase enjuiciatoria.

Pero, desde luego, nada obsta para que el juez de control de garantías, con base en los mismos presupuestos y respecto de un objeto similar garantice esa igualdad de armas cuando de la etapa investigativa del proceso se trata.

Tal aspecto, incluso, recibe plena ratificación constitucional en la sentencia C-536 de 2008, donde claramente se reseñan las facultades de la defensa dentro del principio de igualdad de armas y se atribuye expresa y directamente al juez de control de garantías la obligación de vigilar y propender porque ese derecho se materialice, ora durante la investigación, ya dentro de la indagación preliminar.

Incluso, la Corte Constitucional entrega al juez de control de garantías facultades que no se encuentran consignadas directamente en la Ley 906 de 2004, en el entendido que es el funcionario llamado expresamente a proteger los derechos de quienes intervienen en el proceso penal. Así, a título apenas ejemplificativo, se le otorga la potestad de certificar la existencia de una investigación o proceso penal en contra de determinada persona, para que así pueda la defensa recaudar elemento probatorio o evidencia física, o pedir el auxilio del Instituto de Medicina Legal y ciencias Forenses, en aras de examinar esos elementos materiales probatorios o evidencia física.

En concreto, esto señaló la alta Corporación en la jurisprudencia citada:

"De las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que dada la finalidad constitucional del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, el cual busca mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, la defensa debe estar en posibilidad de ejercer las facultades que le han sido otorgadas por la misma ley para el recaudo, solicitud y contradicción de pruebas, tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juicio, y ello sin ninguna limitante por parte de su contraparte, esto es, del ente acusador, sino con las limitantes propias del Estado de Derecho respecto de la afectación de terceros y la afectación de derechos fundamentales, control que le corresponde ejercer a un juez de la República, en la etapa de investigación al juez de control de garantías y en la etapa de juicio al juez de conocimiento.

"Así mismo, concluye esta Sala que el principio de igualdad de armas tiene aplicación también en relación con la posibilidad para el imputado y su defensa de escoger la entidad de carácter técnico científico que deba conceptualizar respecto del material probatorio recaudado por el imputado y su defensor durante la etapa de investigación, y no estar sujeto a una entidad que depende de su contraparte, esto es, del ente acusador.

(...)

"Para efectos del presente estudio de constitucionalidad es especialmente relevante el tema de la actividad probatoria del imputado dentro de la investigación previa, respecto de lo cual esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, y con ello la igualdad de armas, en relación con la actividad probatoria que se desarrolla dentro de la etapa preliminar por parte del imputado y su defensor.

"En este orden de ideas, esta Corte en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la importancia de garantizar el derecho de defensa del imputado en general y específicamente durante la etapa de investigación previa en relación con el material probatorio a ser recabado. En este sentido esta Corporación ha sostenido que la investigación previa es una etapa preprocesal en donde el Estado debe determinar si una conducta ha ocurrido, si está tipificada en la ley penal, si se configura una causal de ausencia de responsabilidad y si la acción penal es procedente, así como la identificación del autor o autores del hecho, etapa durante la cual, dentro del marco del actual sistema acusatorio, no sólo el ente acusador sino también el imputado y la defensa tienen el derecho y la facultad de recaudar el material probatorio que permitan esclarecer estos interrogantes penales. Por las razones anteriores, la etapa de investigación previa reviste especial importancia tanto para el sistema punitivo como para el imputado, razón por la cual durante esta etapa debe protegerse y garantizarse plenamente el derecho de defensa y sus principios, entre ellos la igualdad de armas.

(...)

"Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

(...)

"Ahora bien, en aras de garantizar los derechos fundamentales del imputado o su defensor dentro de la etapa de investigación dentro del proceso penal y en materia probatoria, esta Sala considera que no puede ser en forma exclusiva la Fiscalía quien tenga la facultad de otorgar la constancia de que trata la disposición sub examine, por cuanto como ya se anotó, al ser la Fiscalía la contraparte dentro del proceso penal y al ser el otorgamiento de la constancia sobre la calidad de imputado o defensor una facultad exclusiva de esta autoridad, se vulnera la igualdad de armas y el equilibrio entre las partes dentro del proceso penal, y de contera el derecho de defensa. Por esta razón, la Sala encuentra que en armonía con el principio constitucional de igualdad de armas y el derecho de defensa, la constancia en cuestión debe poder ser expedida por cualquier autoridad que pueda dar fé, expedir constancia o certificar la calidad de imputado o defensor de que trata la norma. Así el imputado o defensor, deben poder obtener dicha constancia del juez de control de garantías, del mismo fiscal, si así lo deciden libremente y lo consideran conveniente, o de otras autoridades, como por ejemplo, de la Defensoría.

"En este sentido, dentro del marco constitucional expuesto en la parte considerativa de este aparte y en armonía con el paradigma penal acusatorio estudiado, considera la Corte que en aras de preservar el principio de igualdad y al mismo tiempo los derechos fundamentales que puedan resultar afectados a raíz de la actividad probatoria del imputado o su defensor, se encuentra ajustada a la constitución la exigencia de constancia respecto de la calidad de imputado o defensor, pero que al mismo tiempo pueden ser varias las autoridades competentes, desde el punto de vista constitucional, para emitir la constancia de que trata la segunda parte del artículo 268 de la Ley 906 del 2004, ya que no puede ser sólo el Fiscal, en forma exclusiva, el que en su calidad de contraparte del imputado y su defensor, tenga la competencia para expedir dicha constancia. Así pueden expedir tal constancia, a título de ejemplo, el juez de control de garantías, a quien por lo demás el Constituyente derivado le ha confiado la guarda de los derechos y las libertades dentro de la etapa de investigación durante el proceso penal, o también la Defensoría, quien puede expedir constancia tanto respecto de sus defensores públicos o de oficio, como también respecto de los defensores de

los imputados o del propio imputado, o cualquier otra autoridad competente para ello, o también la misma Fiscalía”.

Entonces, si ya no cabe duda de que al juez de control de garantías le compete directamente velar por la materialización del principio de igualdad de armas en la etapa previa y la fase investigativa del proceso; y si además se ha dejado especificado que las funciones del funcionario en cuestión no se limitan a aquellas audiencias o diligencias expresamente consagradas en la Ley 906 de 2004, deviene necesaria conclusión la absoluta competencia de los jueces de control de garantías para intimar de los funcionarios públicos permitan a la defensa realizar sin cortapisas diferentes a las que imponen la Constitución y la ley, su tarea de recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e informes.

Y, si no se discute que el juez de control de garantías tiene el deber, en caso de así solicitarlo la defensa o el procesado, de certificar que en contra de este último se adelanta una investigación penal, no se entiende por qué, dentro de ese mismo objeto funcional, que tiene como teleología la protección del principio de igualdad de armas, no puede ordenar a los funcionarios públicos que permitan o faciliten la tarea legítima del profesional del derecho.

Acorde con lo anotado, para la Corte no admite hesitación, que la función del juez de control de garantías es propia del objeto que fuera materia de solicitud de la defensa, razón por la cual, para que quede claro, esa jurisdicción posee plena competencia funcional para pronunciarse de fondo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 273

7.2 Facultades de la defensa para ejecutar su tarea investigativa

Extracto n. ° 159.

Número de radicado	:	39602
Fecha	:	12/09/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] cabe destacar, el período instructivo o de investigación también opera respecto de la defensa, en cuanto contraparte del ente acusador, pues, precisamente una de las finalidades trascendentes de la formulación de imputación consiste en informar al hasta ese momento indiciado y su representación legal para el proceso, de la vinculación por la presunta comisión de un delito que allí se detalla en sus aristas fáctica y jurídica, a efectos de que adelante su particular tarea de recolección de evidencias o contrastación de las recogidas por la Fiscalía.

Cuando se llega a la audiencia de formulación de acusación, entonces, lo sistemático es que ambas partes posean ese material probatorio que les permitirá hacer valer en las etapas subsiguientes su teoría del caso.

Y, si la defensa considera que el tiempo discurrido entre la formulación de acusación y la presentación del escrito de acusación es insuficiente para adelantar esa posibilidad de recopilación de evidencias, perfectamente puede solicitar las prórrogas que sean necesarias, conforme lo dispone de manera general el artículo 158 de la Ley 906 de 2004, y particularmente como derecho de la defensa, el numeral 2° del artículo 125 ibídem.

Ahora, respecto de las tareas concretas que en aras de recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física, informes o entrevistas, ha de adelantar la defensa, la normatividad procesal consagra derechos específicos, dentro de los cuales se destacan la posibilidad de acudir ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para efectos de que sus peritos, de manera gratuita, realicen las experticias necesarias, conforme lo establecido en el inciso primero del artículo 204 de la Ley 906 de 2004, en cuanto reza:

“Órgano técnico científico. *El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, prestará auxilio y apoyo técnico científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación y los organismos con funciones de policía judicial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.*”

En este mismo sentido, el Capítulo VI de la Ley 906 de 2004, bajo el rótulo “*Facultades de la defensa en la investigación*”, referencia todo el catálogo de actividades investigativas permitidas desarrollar al imputado y al profesional del derecho que lo asiste, entre otras, conforme el artículo 268 “*...buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de éste, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo*”; o, según el artículo 271 “*...entrevistar a personas con el fin de encontrar*

información útil para la defensa”; o también, de acuerdo al artículo 272 “...solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación.”

Evidentes las facultades que la ley otorga a la parte defensiva para ejecutar adecuadamente su tarea investigativa y de recopilación de evidencias, no puede entonces señalar el apelante que corresponde al juez de conocimiento –o Sala, para lo que aquí interesa- allegar certificaciones o documentos interesantes a su causa.

Y, si la defensa advierte que esa tarea resulta difícil o engorrosa, cabe señalar que en procura de hacer material y efectivo el principio de igualdad de armas propio del sistema adversarial, evidente como es que la Fiscalía posee logística, autoridad y personal en ocasiones por fuera del alcance de su contraparte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y esta Sala, han ofrecido herramientas adecuadas y suficientes para un dicho cometido.

Así, en lo que toca con la certificación expedida a la defensa para poder adelantar su tarea investigativa y de acopio de evidencias, la Corte Constitucional en la sentencia C-536 de 2008, extendió esa capacidad certificadora a entidades diferentes de la Fiscalía, bajo las siguientes consideraciones:

“De las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que dada la finalidad constitucional del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, el cual busca mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, la defensa debe estar en posibilidad de ejercer las facultades que le han sido otorgadas por la misma ley para el recaudo, solicitud y contradicción de pruebas, tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juicio, y ello sin ninguna limitante por parte de su contraparte, esto es, del ente acusador, sino con las limitantes propias del Estado de Derecho respecto de la afectación de terceros y la afectación de derechos fundamentales, control que le corresponde ejercer a un juez de la República, en la etapa de investigación al juez de control de garantías y en la etapa de juicio al juez de conocimiento.

“Así mismo, concluye esta Sala que el principio de igualdad de armas tiene aplicación también en relación con la posibilidad para el imputado y su defensa de escoger la entidad de carácter técnico científico que deba conceptuar respecto del material probatorio recaudado por el imputado y su defensor durante la etapa de investigación, y no estar sujeto a una entidad que depende de su contraparte, esto es, del ente acusador.

(...)

“Para efectos del presente estudio de constitucionalidad es especialmente relevante el tema de la actividad probatoria del imputado dentro de la

investigación previa, respecto de lo cual esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, y con ello la igualdad de armas, en relación con la actividad probatoria que se desarrolla dentro de la etapa preliminar por parte del imputado y su defensor.

“En este orden de ideas, esta Corte en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la importancia de garantizar el derecho de defensa del imputado en general y específicamente durante la etapa de investigación previa en relación con el material probatorio a ser recabado ¹²⁴. En este sentido esta Corporación ha sostenido que la investigación previa es una etapa preprocesal en donde el Estado debe determinar si una conducta ha ocurrido, si está tipificada en la ley penal, si se configura una causal de ausencia de responsabilidad y si la acción penal es procedente, así como la identificación del autor o autores del hecho, etapa durante la cual, dentro del marco del actual sistema acusatorio, no sólo el ente acusador sino también el imputado y la defensa tienen el derecho y la facultad de recaudar el material probatorio que permitan esclarecer estos interrogantes penales. Por las razones anteriores, la etapa de investigación previa reviste especial importancia tanto para el sistema punitivo como para el imputado, razón por la cual durante esta etapa debe protegerse y garantizarse plenamente el derecho de defensa y sus principios, entre ellos la igualdad de armas.

(...)

“Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

(...)

“Ahora bien, en aras de garantizar los derechos fundamentales del imputado o su defensor dentro de la etapa de investigación dentro del proceso penal y en materia probatoria, esta Sala considera que no puede ser en forma exclusiva la Fiscalía quien tenga la facultad de otorgar la constancia de que trata la disposición sub examine, por cuanto como ya se anotó, al ser la Fiscalía la contraparte dentro del proceso penal y al ser el otorgamiento de la constancia sobre la calidad de imputado o defensor una facultad exclusiva de

¹²⁴ Ver Sentencia C-1291 del 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-033 del 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, ambas sobre disposiciones de la Ley 600 del 2000.

esta autoridad, se vulnera la igualdad de armas y el equilibrio entre las partes dentro del proceso penal, y de contera el derecho de defensa. Por esta razón, la Sala encuentra que en armonía con el principio constitucional de igualdad de armas y el derecho de defensa, la constancia en cuestión debe poder ser expedida por cualquier autoridad que pueda dar fe, expedir constancia o certificar la calidad de imputado o defensor de que trata la norma. Así el imputado o defensor, deben poder obtener dicha constancia del juez de control de garantías, del mismo fiscal, si así lo deciden libremente y lo consideran conveniente, o de otras autoridades, como por ejemplo, de la Defensoría.

“En este sentido, dentro del marco constitucional expuesto en la parte considerativa de este aparte y en armonía con el paradigma penal acusatorio estudiado, considera la Corte que en aras de preservar el principio de igualdad y al mismo tiempo los derechos fundamentales que puedan resultar afectados a raíz de la actividad probatoria del imputado o su defensor, se encuentra ajustada a la constitución la exigencia de constancia respecto de la calidad de imputado o defensor, pero que al mismo tiempo pueden ser varias las autoridades competentes, desde el punto de vista constitucional, para emitir la constancia de que trata la segunda parte del artículo 268 de la Ley 906 del 2004, ya que no puede ser sólo el Fiscal, en forma exclusiva, el que en su calidad de contraparte del imputado y su defensor, tenga la competencia para expedir dicha constancia. Así pueden expedir tal constancia, a título de ejemplo, el juez de control de garantías, a quien por lo demás el Constituyente derivado le ha confiado la guarda de los derechos y las libertades dentro de la etapa de investigación durante el proceso penal, o también la Defensoría, quien puede expedir constancia tanto respecto de sus defensores públicos o de oficio, como también respecto de los defensores de los imputados o del propio imputado, o cualquier otra autoridad competente para ello, o también la misma Fiscalía”.

Atinente al aspecto específico de las certificaciones o elementos probatorios obligados de aportar o facilitar por las autoridades públicas a la defensa, la Sala ha dicho¹²⁵:

“Entonces, si ya no cabe duda de que al juez de control de garantías le compete directamente velar por la materialización del principio de igualdad de armas en la etapa previa y la fase investigativa del proceso; y si además se ha dejado especificado que las funciones del funcionario en cuestión no se limitan a aquellas audiencias o diligencias expresamente consagradas en la Ley 906 de 2004, deviene necesaria conclusión la absoluta competencia de los jueces de control de garantías para intimar de los funcionarios públicos permitan a la defensa realizar sin cortapisas diferentes a las que imponen la Constitución y la ley, su tarea de recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e informes.

Y, si no se discute que el juez de control de garantías tiene el deber, en caso de así solicitarlo la defensa o el procesado, de certificar que en contra de este último se adelanta una investigación penal, no se entiende por qué, dentro de

¹²⁵ Auto del 1 de diciembre de 2010, radicado 35432

ese mismo objeto funcional, que tiene como teleología la protección del principio de igualdad de armas, no puede ordenar a los funcionarios públicos que permitan o faciliten la tarea legítima del profesional del derecho.

Acorde con lo anotado, para la Corte no admite hesitación, que la función del juez de control de garantías es propia del objeto que fuera materia de solicitud de la defensa, razón por la cual, para que quede claro, esa jurisdicción posee plena competencia funcional para pronunciarse de fondo.”

No se entiende cómo, acorde con lo anotado en precedencia, la defensa arguye que no estaba en posibilidad de obtener del Consejo Superior de la Judicatura o del Juzgado 71 Civil Municipal de Bogotá, los informes necesarios para soportar su teoría del caso, hallándose claro, conforme lo argumentado en la audiencia preparatoria, que ni siquiera solicitó esas certificaciones».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 125-2 y 158

CAPÍTULO II

MEDIOS COGNOSCITIVOS EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN

1. MEDIOS COGNOSCITIVOS: ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA, LA INFORMACIÓN, EL INTERROGATORIO A INDICIADO, LA ACEPTACIÓN DEL IMPUTADO Y LA PRUEBA ANTICIPADA

Extracto n. ° 160.

Número de radicado	:	29626
Fecha	:	15/10/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	REVISIÓN

«En el grupo de los *medios cognoscitivos* propios de las fases de indagación e investigación el código incluye cinco categorías: (i) los elementos materiales probatorios y evidencia física, (ii) la información, (iii) el interrogatorio a indiciado, (iv) la aceptación del imputado, y (v) la prueba anticipada¹²⁶, siendo en principio cualquiera de ellos apto para promover la acción de revisión, siempre y cuando cumplan las condiciones de licitud, legalidad y autenticidad requeridas para su admisión¹²⁷.

Por *elementos materiales probatorios y evidencia física* el código entiende los relacionados en el artículo 275, y los similares a ellos que hayan sido descubiertos, recogidos y custodiados por la fiscalía directamente, o por conducto de sus servidores de policía judicial o de peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente; y los obtenidos por la defensa en ejercicio de las facultades consagradas en los artículos 267, 268, 271 y 272 ejusdem.

Un sector de la doctrina pretende encontrar diferencias entre los conceptos de *elemento material probatorio* y *evidencia física*, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias.

¹²⁶ Artículos 275-285 ejusdem.

¹²⁷ Artículos 23, 276, 277 y 360.

Esta diferenciación carece de importancia en el sistema colombiano, porque el legislador utiliza los dos giros gramaticales en el alcance de expresiones sinónimas, concretamente en la acepción de contenidos materiales con significación probatoria, que es en la que corresponde asumirlas para que adquieran sentido, si se tiene en cuenta que lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso.

Un repaso a los antecedentes inmediatos del código permite establecer que el proyecto original utilizaba únicamente la expresión “*elementos materiales probatorios*” (artículo 284), como enunciado de su definición, y que en el curso de los debates en la Cámara de Representantes le fue agregada la expresión “*y evidencia física*”, sin modificar el contenido de la norma, que continuó siendo el mismo, en el propósito, no registrado, de conciliar la discusión que venía presentándose alrededor de cuál de las dos expresiones resultaba más técnica, lo que indica que su voluntad fue utilizar las dos de manera indistinta.

La *información* comprende los denominados informes de investigador de campo y de investigador de laboratorios, conocidos también como informes policiales e informes periciales, de que tratan los artículos 209 y 210 del código, y toda fuente de información legalmente obtenida que no tenga cabida en la definición de elemento material probatorio y evidencia física, como las entrevistas realizadas por policía judicial, las exposiciones tomadas por la fiscalía (artículo 347) y las declaraciones juradas rendidas ante los Alcaldes, los Inspectores de Policía o los Notarios Públicos, a instancias de la defensa (artículo 272).

El *interrogatorio a indiciado*, la *aceptación del imputado* y la *prueba anticipada*, no suscitan dificultades en su comprensión, en cuanto aparecen claramente definidos y regulados en los artículos 282, 283 y 284, siendo suficiente, para su aducción y apreciación en sede de revisión, que formalmente cumplan las reglas de producción exigidas por el código para alcanzar la condición de elemento cognoscitivo legalmente válido.

Aunque cualquiera de las categorías comprendidas dentro del concepto de medios cognoscitivos es teóricamente apta para promover la acción de revisión, en tratándose de elementos de juicio como declaraciones o entrevistas, es importante que hayan sido recaudadas o ratificadas bajo juramento ante las autoridades autorizadas por el Código, con el fin de que sus fuentes adquieran vinculación legal con los compromisos de verdad y lealtad procesal, y que la pretensión se torne sumariamente seria».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 209, 210, 67, 268, 271, 272, 275, 282, 283, 284 y 347

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 13 sep. 2010, rad. 34493; CSJ AP, 28 nov. 2012, rad. 39222, y CSJ AP1372-2015

2. VALOR PROBATORIO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA

Extracto n. ° 161.

Número de radicado	:	32173
Fecha	:	17/11/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En relación con el valor probatorio de los elementos materiales y evidencias físicas recaudadas en las etapas de indagación e investigación, la Sala fijó la línea jurisprudencial que reproduce y que en pro de la postulación debió atender el recurrente:

“De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso -indagación e investigación-, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, se reitera, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que señala que el “juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional” (se ha destacado).

Pero los elementos materiales probatorios obtenidos de los actos de investigación, que de acuerdo con el desarrollo traído en el libro II, títulos I y II del código en cuestión pueden ser armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio, tienen la potencialidad de convertirse en prueba si son presentados ante el juez de conocimiento en el curso del juicio oral, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez (testigo de acreditación) o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contra interrogatorio de las partes (...)

Ahora bien, aunque la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio no son pruebas por sí mismas, porque como ya se vio se practican fuera del juicio, sin embargo cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y b) para impugnar la credibilidad del

mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403) [...]”¹²⁸

NORMATIVIDAD APLICADA

Ley 906 de 2004, arts. 275, 347, 379, 392-d, 393-b y 403

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 09 nov. 2006, rad. 25738 y CSJ AP, 24 mar. 2010, rad. 32730

¹²⁸ Sentencia de casación del 9-11-06, Rad. 25738 y Auto del 24-03-10 Rad. 32730

3. INTERROGATORIO AL INDICIADO

3.1 Generalidades: facultad del indiciado de solicitar que sea escuchado en interrogatorio y potestad de la Fiscalía para practicar o no dicha diligencia; única vía para ser oído por la Fiscalía (realización del debido proceso probatorio); puede realizarse hasta antes del juicio, porque iniciado éste, sería un testimonio; y, el interrogatorio es expresión del derecho de defensa y un medio de conocimiento con vocación probatoria

Extracto n. ° 162.

Número de radicado	:	48042
Número de providencia	:	AP626-2017
Fecha	:	07/02/2017
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«[...] no se requiere que el indiciado o imputado presente ante la Fiscalía ninguna clase de descargos, pues en el evento que llegare a conocer que está siendo sujeto de una pesquisa penal, cuenta con la posibilidad de acopiar medios suasorios como entrevistas, obtener dictámenes periciales y demás medios de convicción para que ante un eventual juicio pueda desvirtuar los cargos presentados por la Fiscalía y obtener una resolución favorable a través de la no declaración de responsabilidad que reafirme su presunción de inocencia.

Esta interpretación no significa que al indiciado le sea vedado acudir a la Fiscalía y presentar los elementos de conocimiento a fin de colaborar en el esclarecimiento de los hechos.

De la misma forma puede solicitar que se le reciba interrogatorio con fin de dar las explicaciones que considere en aras de facilitar la labor del investigador, en cuyo caso, la Fiscalía está facultada para acceder o no a la práctica de esta diligencia sin que una respuesta negativa implique la conculcación de las garantías fundamentales del indiciado como al efecto ya lo explicó esta Corporación en CSJ AP 5589, ago 24 de 2016, rad. 44106.

Ahora bien, frente a los eventuales descargos que quiera presentar el investigado, debe precisarse que no resulta admisible que lo haga de cualquier forma, sino que en aras de la preservación de sus garantías *iusfundamentales* el legislador previo la forma como puede el investigado presentar sus exculpaciones o dar su versión de los hechos.

Precisamente el artículo 283 consignó que:

“El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.”

Por ello, la única vía a través de la cual, quien es señalado de un comportamiento presuntamente punible, puede ser oído por el investigador es a través del interrogatorio de indiciado, denominación que no conlleva únicamente que sea en la etapa de indagación preliminar sino aun en cualquier momento de la actuación, esto es, con posterioridad a la formulación de imputación y hasta antes del juicio oral, pues en caso de hacerlo en el curso del juicio oral, su intervención se tiene como testimonio o declaración.

Debe destacarse que el interrogatorio del indiciado constituye una expresión del derecho de defensa y medio de conocimiento con vocación de prueba, pues eventualmente puede ser utilizado para los fines propios, requiriéndose del cabal cumplimiento de las exigencias legales para ello, bien sea para refrescar memoria o impugnar credibilidad, de suerte que es otra razón más para exigir que debe cumplir las exigencias legales que al efecto consagra el legislador.

Es así entonces como a través de esta diligencia resulta válida la versión del indiciado, pues con ella se garantizan sus derechos a guardar silencio, a no autoincriminarse, a que sus manifestaciones eventualmente puedan ser utilizadas en su contra y principalmente a que se garantice la asistencia letrada, esto es, de un defensor de confianza o público en el evento de carecer recursos económicos.

Así se garantiza plenamente el Debido Proceso probatorio en tanto que se cumplen con las exigencias legales para la incorporación del medio de conocimiento en la forma establecida en el citado artículo 283 de la Ley 906 de 2004.

Dicho de otra forma, no puede admitirse como medio cognoscitivo un escrito exculpatorio del indicado, en tanto que ello implicaría la afectación de sus derechos y garantías fundamentales, en especial aquellas derivadas de ser

oído por el funcionario judicial en presencia de su defensor y advertido de las consecuencias que pudieran derivarse de sus manifestaciones.

En caso de que el indiciado llegare a presentar un escrito en tal sentido, corresponde al instructor evaluar si decide convocarlo a interrogatorio de indiciado o en su defecto debe excluirlo del acervo probatorio pues su aducción es ajena al procedimiento establecido para ello entrañando una ilicitud del elemento material de prueba que conspira contra el mandato establecido en el artículo 276 de la Ley 906 de 2004.

De esta forma, la Fiscalía y menos esta Corporación como Juez de conocimiento, puede hacer alusión y menos aún otorgarle mérito probatorio a los escritos presentados por el indiciado, en tanto que no satisfacen las exigencias legales antes referidas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 276 y 283.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP5278-2014, CSJ AP5589-2016 y SP3657-2016.

3.2 Facultad de los funcionarios de policía judicial para realizar el interrogatorio

Extracto n. ° 163.

Número de radicado	:	31073
Fecha	:	01/07/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Con la expedición de la Ley 906 del 2004 se fortalecieron las facultades de la policía judicial, tanto así que el gran éxito de la investigación depende de la actividad desempeñada por los servidores que cumplen tal función. En ese orden, pueden no solo realizar entrevistas a la víctima o a los testigos (artículo 206) sino, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del estatuto

procesal de 2000, están facultados para recibir versión al indiciado (artículo 282) siempre y cuando (i) luego de advertirle sobre su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse haya manifestado en forma expresa su ánimo de declarar, y (ii) lo haga en presencia de un abogado.

Por manera que si el servidor de policía judicial va a formular preguntas al indiciado en relación con la forma en que ocurrieron los hechos y su posible compromiso en ellos, debe previamente hacerle claridad sobre su derecho a no auto incriminarse. De consentir aquél en declarar, debe constatar que ello se haga con la presencia de un abogado que represente sus intereses y cuide por la garantía de sus derechos.

De proceder en forma contraria, esa prueba adolecería de vicios que afectan su validez y no podría ser valorada por el juez.

[...]

Ahora bien, si la diligencia pretendida por la policía judicial no es un interrogatorio sino una entrevista, dado que va dirigida a escuchar el relato de una persona que pudo presenciar los hechos (testigo), y en el curso de la misma ella asoma su deseo de admitir responsabilidad en los acontecimientos objeto de investigación, es imperioso que de inmediato se le hagan las advertencias de ley sobre su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse. Sólo así y de expresar su intención de continuar habrá de proseguir la diligencia -que mutaría a interrogatorio- pero con la necesaria presencia de un abogado. De no contar con un profesional del derecho que vele por el respeto y por la garantía de sus derechos, es inviable seguir adelante».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 206 y 282

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 13 sep. 2006, rad. 23251 y CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34733.

3.3 El interrogatorio al indiciado no es obligatorio –diferencias con la indagatoria y versión libre establecidas en la Ley 600 de 2000–

Extracto n. ° 164.

Número de radicado	:	46589
Número de providencia	:	SP3657-2016
Fecha	:	16/03/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«3.1. El interrogatorio al indiciado no es obligatorio.

Recuerda la Sala que cuando el Estado colombiano optó por cambiar su sistema penal mixto de tendencia inquisitiva a uno de características acusatorias, varió, no sólo la dinámica y formas del enfrentamiento, también modificó los parámetros de intervención de los contendientes.

Así, eliminó las diligencias de versión libre y de indagatoria, escenarios en los que la Fiscalía llamaba a quien luego se convertiría en su contraparte, en un claro acto jurisdiccional -y de subordinación-, a inquirirla por su comportamiento; y adoptó un esquema de paridad de armas, en el sentido de que las partes fueron facultadas para adelantar la investigación en condiciones de igualdad, al menos en la mayor medida de lo posible, teniendo en consideración la naturaleza misma de los roles y responsabilidades que les corresponde asumir.

En el Libro II del Código de Procedimiento Penal de 2004, están contenidas actividades de indagación e investigación, tanto para la Fiscalía como para la defensa. El Título I refiere la forma en que la Fiscalía realiza la indagación y la investigación, de manera que el Capítulo I enuncia los órganos de indagación e investigación (artículos 200 al 212 A), el Capítulo II relaciona las actuaciones que no requieren autorización judicial previa (artículos 213 a 245), el Capítulo III, a su turno, consagra las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización (artículos 246 a 250), el Capítulo IV se ocupa de los métodos de identificación (artículos 251 a 253); y, el V está orientado a regular la cadena de custodia (artículos 254 a 266).

El Capítulo VI relaciona las facultades mediante las cuales se puede ejercer, de una manera amplia, el derecho de defensa (artículos 267 a 274), el cual ha de entenderse integrado con el contenido de los artículos 8º, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125, entre varios más.

A su vez el Capítulo Único del Título II señala los medios de conocimiento que pueden tenerse en cuenta en la indagación (artículos 275 a 285); dentro de los cuales se encuentra el interrogatorio al indiciado, sin que se observe obligatoria su realización. Expresamente dice el artículo 282:

*“El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se **podrá** interrogar en presencia de un abogado. (Resaltado fuera de texto).*

Como puede observarse, el interrogatorio al indiciado es un instituto diferente a la indagatoria y a la versión libre contenidas en la Ley 600 de 2000, por las razones indicadas por esta Corte en auto proferido el 30 de abril de 2014, radicado No. 43490:

“(…) ya no es un medio de vinculación procesal, no la dirige necesariamente el fiscal, su realización no es presupuesto del debido proceso, por tanto su realización es optativa, tanto para el fiscal como para el indiciado o imputado, y los resultados de la misma no son obligatoriamente derroteros a seguir dentro del esquema procesal; es, ante todo, un acto de parte, orientado a intentar obtener información relevante para definir la teoría del caso de la Fiscalía”.

En este orden de ideas la no realización del interrogatorio *“no comporta irregularidad alguna sin que exista, como lo pretende el defensor impugnante, un derecho a que la contraparte escuche al indiciado o indagado de cara al avance y destino de la investigación”.* (Ídem).

No obstante, cabe aclarar, que la anterior proposición no es contraria al derecho de toda persona que sea privada de su libertad a ser llevada ante una autoridad judicial competente y, si lo desea, a ser escuchada por ésta respecto de las causas de la captura. Así lo disponen tanto el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como los artículos 28 y 32 de nuestra Constitución Política y varios artículos de la Ley 906 de 2004 -entre ellos el 2, 297 y siguientes-.

Como tampoco desvirtúa la obligación del juez o tribunal competente e imparcial, a escuchar a quien ha sido acusado de algún delito -de acuerdo con lo indicado en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 29, 250-4 de la Constitución Política, 16, 17, 336 y siguientes, y 366 y siguientes, entre otras disposiciones, del Código de Procedimiento Penal-.

Sin embargo, *“no existe ninguna norma, dentro de la legislación patria ni de ningún tratado internacional que proteja derechos humanos, que obligue al*

fiscal a escuchar al indiciado o imputado, básicamente porque dentro de un esquema de adversarios no se puede forzar a una parte a realizar ninguna actividad investigativa en particular; sino que, por el contrario, cada una evalúa sus opciones de cara al éxito de su teoría del caso y así programa metodológicamente sus labores”. (Ídem).

En este sentido, el no atender en interrogatorio al indiciado, no constituye vulneración de derechos o irregularidad alguna; sin que se desconozca, que de acuerdo con los postulados del enfrentamiento, sea aconsejable que la Fiscalía escuche sus descargos, pero en ningún caso, tal diligencia adquiere el carácter de obligatoria para ninguno de ellos.

El mismo razonamiento se predica de los demás medios de conocimiento que pretenda hacer valer la defensa, pues, se insiste, si bien es deseable que el ente acusador los verifique y así puede llenarse de mayores elementos de juicio de cara a determinar si hay lugar a *formular imputación*, ello no implica que realmente esté obligado a recibirlos».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 9.3 y 14.1.
Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 7.5 y 8.1.
Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 28, 29, 32 y 250-4
Ley 906 de 2004, arts. 2, 16, 17, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 297, 336 y 366.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CSJ SP5278-2014.

3.4 El interrogatorio al indiciado no puede ser incorporado al juicio a través de estipulación probatoria

Extracto n. ° 165.

Número de radicado	:	44106
Número de providencia	:	AP5589-2016
Fecha	:	24/08/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La Sala considera que entratándose del testimonio del acusado, el único que puede renunciar a su derecho de guardar silencio sin que de ello se derive algún tipo de consecuencia adversa para su situación jurídica, es el propio procesado. Por lo mismo, en este caso concreto, no es factible que el interrogatorio que haya podido rendir ingrese a juicio a través de una estipulación probatoria, supliendo de esa forma el testimonio que pudiera emitir en la audiencia pública el acusado, menos si el mencionado interrogatorio no obstante estar consignado en un acta no tiene la calidad de documento, estos si posibles de aportar al juicio bajo la figura de las estipulaciones con el fin de sustraer de la discusión su contenido.

La entrevista que rindió el indiciado podría ingresar al juicio en la medida en que la Fiscalía la hubiese descubierto, siempre y cuando el acusado optara por declarar, pues recuérdese que mientras no renuncie al derecho a guardar silencio, la contraparte, en este caso la Fiscalía, no lo puede llamar como testigo. Y la finalidad de esa entrevista no sería otra que impugnar credibilidad o refrescar la memoria,

Por manera que, la Sala confirmará lo resuelto por el Tribunal en lo atinente a la estipulación número 9, esto es, no será incorporada al juicio, y la revocará en lo que concierne a las otras dos que si son aceptadas».

4. PRUEBA ANTICIPADA

4.1 Testimonio del menor a través de prueba anticipada

Extracto n. ° 166.

Número de radicado	:	43866
Número de providencia	:	SP3332-2016
Fecha	:	16/03/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] la Ley 906 de 2004, en los artículos 284 y siguientes, consagra la posibilidad de practicar pruebas anticipadas, bajo las siguientes reglas: (i) la actuación debe adelantarse ante el juez de control de garantías; (ii) puede ser solicitada por el fiscal, la defensa, el Ministerio Público o la víctima; (iii) deben mediar “*motivos fundados y de extrema necesidad*”, y la finalidad es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; (iv) debe practicarse en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

En las reformas introducidas a la Ley 906 de 2004 el legislador ha evidenciado su propósito de ampliar la cobertura de la prueba anticipada cuando el medio de conocimiento se encuentre en riesgo. Así, por ejemplo, en la Ley 1474 de 2011, en su artículo 37, se dispuso la posibilidad de practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas en su contra o la de su familia por razón de los hechos que conoce, en las actuaciones seguidas por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado, cuando frente a los mismos proceda la detención preventiva.

Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor “*haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a*

que sólo declare una vez), entre otras razones” (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056).

La práctica de prueba anticipada no es incompatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para proteger a los niños durante los interrogatorios. Es más, resulta razonable pensar que la intervención de un juez es garantía de que el procedimiento se llevará a cabo con pleno respeto de los derechos del menor.

De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la *garantía judicial mínima* consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino además una forma de obtener medios de conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz»

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 8, 15, 16, 284 y 381.

Ley 1474 de 2011, art. 37.

Ley 1098 de 2006.

Ley 1652 de 2013.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CSJ SP14844-2015.

CAPÍTULO III

FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

1. GENERALIDADES

Extracto n. ° 167.

Número de radicado	:	29338
Fecha	:	08/10/2008
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] la formulación de la imputación es aquel acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado.

Debe realizarse en audiencia que se cumple ante un juez de control de garantías siempre y cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.

Además, la imputación debe tener un contenido fáctico y jurídico, toda vez que en ella se comunican hechos relevantes para la sociedad -delimitación fáctica-, que han sido además previstos en la ley como delito -delimitación jurídica completa-.

Entonces, la formulación de la imputación en el sistema procesal actual constituye además de un acto de formalización de la investigación, ante todo un acto de comunicación que se hace a una persona (capturada o no) de su calidad de imputada, sin que por tanto se pueda confundir y menos identificar este señalamiento delimitador preliminar del episodio fáctico y su fisonomía jurídico penal -o lo que es igual este marco fáctico jurídico de imputación-, con los cargos, que pertenecen a un ámbito de la actuación procesal posterior y que se viene a consolidar con la formulación de la acusación, dado no solamente su disímil contenido y alcance, sino la diversa fundamentación que la ley exige para la composición de uno y otro acto, pues como ya se vio, tratándose de la formulación de la imputación basta

que existan elementos que posibiliten inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, en tanto que para construir una acusación la ley exige que se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 1 nov. 2007, rad. 26878; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ AP4494-2015, y CSJ AP4813-2016¹²⁹.

¹²⁹ Esta providencia es de carácter reservado, por lo tanto, sólo se publica y divulga su extracto

2. REQUISITOS Y SITUACIONES QUE DETERMINAN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Extracto n. ° 168.

Número de radicado	:	31280
Fecha	:	08/07/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En las voces del artículo 288 de la Ley 906 de 2004 como requisitos esenciales se cuenta, entre otros, con la obligación de expresar oralmente la concreta individualización, identificación y ubicación del imputado, así como la *“relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”*».

Si bien en ese momento no es menester descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, si es necesario ofrecer al juez de control de garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, no de otro modo se logra *“inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”*, como lo reza el artículo 287 de la normativa en comento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 287 y 288

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 22 ag. 2008, rad. 29373; CSJ, SP, 19 jun. 2013, rad. 37951; CSJ AP6049-2014, CSJ AP929-2015, CSJ SP5543-2015, CSJ AP5217-2015, CSJ AP4182-2016, CSJ SP16913-2016, y CSJ SP3168-2017.

2.1 Determinación de la relevancia jurídica del hecho

Extracto n. ° 169.

Número de radicado	:	44599
---------------------------	---	-------

Número de providencia	:	SP3168-2017
Fecha	:	08/03/2017
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”¹³⁰.

[...]

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Así, por ejemplo, si se avizora una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, se debe consultar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, en orden a poder diferenciarla de la complicidad, del favorecimiento, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. [...]

[...]

1.2. La diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, “hechos indicadores” y medios de prueba

Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los

¹³⁰ Negrillas fuera del texto original.

datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros.

También suele suceder que en el acápite de “*hechos jurídicamente relevantes*” sólo se relacionen “*hechos indicadores*”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba.

Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante.

Así, por ejemplo, en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, uno de los hechos jurídicamente relevantes puede consistir en que el acusado fue quien le disparó a la víctima.

Es posible que en la estructuración de la hipótesis, la Fiscalía infiera ese hecho de datos o hechos indicadores como los siguientes: (i) el procesado salió corriendo del lugar de los hechos segundos después de producidos los disparos letales; (ii) había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior; (iii) dos días después del homicidio le fue hallada en su poder el arma con que se produjo la muerte; etcétera.

Hipotéticamente, los datos o hechos indicadores podrían probarse de la siguiente manera: (i) María lo observó cuando salió corriendo del lugar de los hechos luego de ocurridos los disparos; (ii) Pedro fue testigo del enfrentamiento físico que tuvieron el procesado y la víctima; (iii) al policía judicial le consta que dos días después de ocurrido el homicidio, al procesado le fue hallada un arma de fuego; (iv) un perito en balística dictaminó que el arma de fuego incautada fue la utilizada para producir los disparos letales; etcétera¹³¹.

Al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe especificar los hechos jurídicamente relevantes (en este caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a la víctima). Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es inadecuada.

Es como si la Fiscalía le dijera al procesado: “*lo acuso de que salió corriendo del lugar de los hechos, tuvo un enfrentamiento físico con la víctima en tal fecha, y le fue incautada el arma utilizada para causarle la muerte*”.

¹³¹ En idéntico sentido, Módulo de Evaluación del Caso. Reglas básicas para el manejo estratégico de Casos Penales. Fiscalía General de la Nación (documento preliminar de trabajo).

Sí, como suele suceder, en la imputación y/o la acusación la Fiscalía se limita a exponer los medios de prueba del hecho jurídicamente relevante, o los medios de prueba de los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, equivale a que hiciera el siguiente planteamiento: “*lo acuso de que María asegura haberlo visto salir corriendo del lugar de los hechos, y de que un policía judicial dice que le encontró un arma, etcétera*”.

Lo anterior no implica que los datos o “*hechos indicadores*” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera.

Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sean irrelevantes. Lo que resulta inadmisibile es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis.
[...]

[...]

La verificación del respaldo que los medios de prueba le den a los hechos jurídicamente es una labor que el fiscal debe realizar para decidir si están reunidos los requisitos legales para formular imputación y/o acusación. Más adelante se retomará este tema.

Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia.

Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “*hechos indicadores*” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar

hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera).

1.3. La estructuración de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía General de la Nación

En el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, a la Fiscalía le corresponde investigar *“los hechos que revistan las características de un delito (...) siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”* (Art. 250 de la Constitución Política).

La norma constitucional fue reiterada en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004. Además, a lo largo de esa codificación se plantea que el fiscal debe: (i) investigar los delitos y acusar a sus responsables (Art. 114); (ii) actuar con objetividad (115); (iii) delimitar la **hipótesis delictiva** (207); (iv) desarrollar un programa metodológico orientado a verificar o descartar dicha hipótesis (200 y 207); (v) dirigir y controlar las actividades de la Policía Judicial (200, 205, 207, entre otros); (vi) disponer la realización de actos de investigación, que pueden requerir o no control previo y/o posterior de la Judicatura (artículos 213 a 285); (vii) configurar grupos de tareas especiales, cuando la complejidad del caso lo amerite (211); (viii) formular imputación, cuando de la información recopilada *“se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”* (287); emitir la acusación (lo que se expone en el escrito de acusación y en la respectiva audiencia) *“cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”* (336); entre otras.

Estas normas establecen importantes parámetros frente a la labor de la Fiscalía en el proceso de determinación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; entre ellos: (i) debe tenerse como referente obligado la ley penal; (ii) el fiscal debe constatar que la información que sirve de soporte a la hipótesis fue obtenida con apego a los postulados constitucionales y legales; (iii) el fiscal debe verificar que la información recopilada permite alcanzar el estándar de conocimiento establecido para la imputación (inferencia razonable) y para la acusación (probabilidad de verdad); y (iv) bajo el entendido de que está obligado a actuar con objetividad.

Para constatar si los hechos que llegan a su conocimiento *“revisten las características de un delito”* (Arts. 250 de la Constitución Política y 287 de la Ley 906 de 2004), o si puede afirmarse que se trata de una conducta punible (Art. 336 ídem), es imperioso que el Fiscal verifique cuál es el modelo

de conducta previsto por el legislador como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, para lo que debe realizar una interpretación correcta de la ley penal.

Así, por ejemplo, para optar por una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, debe constatar los elementos estructurales de dicha figura, según su descripción legal y el respectivo desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Luego, debe verificar si los hechos del caso pueden ser subsumidos o no en ese referente normativo (Ver, entre otras, CSJ SP, 2 Sep. 2009, Rad.29221).

Como es apenas obvio, al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera¹³².

En la práctica, no es extraño que en las acusaciones no se relacionen las circunstancias de tiempo y lugar u otros aspectos relevantes para el análisis de la responsabilidad penal. Incluso, sucede que no se indique cuál es la conducta que se le atribuye al procesado, tal y como ocurrió en el presente caso, y en los eventos de pluralidad de sujetos activos no se precise la base fáctica de la responsabilidad de cada uno de ellos.

Las anteriores constataciones, aunadas a la verificación del cumplimiento de los estándares de conocimiento previstos para formular imputación y acusación, respectivamente, son presupuestos de la proporcionalidad y razonabilidad del ejercicio de la acción penal, que se verían seriamente comprometidos si al ciudadano se le imponen las cargas inherentes a dichas sindicaciones sin que primero se verifique que los hechos investigados encajan en la descripción normativa y que encuentran suficiente demostración en las evidencias y demás información recopilada hasta ese momento.

Para confirmar si la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes tiene el respaldo atrás indicado, el fiscal debe analizar si las evidencias tienen una relación directa con el hecho (por ejemplo, la testigo que asegura haber visto al indiciado disparar), o si dicha relación es indirecta en cuanto demuestra un dato o hecho indicador a partir del cual –sólo o aunado a otros- puede inferirse el hecho jurídicamente relevante (verbigracia, la testigo asegura que

¹³² Ídem.

vio al indicado salir corriendo del lugar donde recién se le había causado la muerte a la víctima).

Si este proceso se realiza correctamente, es de esperar que el fiscal: (i) en la imputación y/o en la acusación, exprese de manera sucinta y clara la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (ii) en la audiencia preparatoria no tenga dificultades para explicar la pertinencia de las pruebas que pretende hacer valer en el juicio (AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (iii) pueda expresar con la misma claridad su teoría del caso; (iv) cumpla su labor frente a la correcta delimitación del tema de prueba; entre otros aspectos inherentes a su función constitucional y legal.

De lo contrario, la celeridad y eficacia de la administración de justicia continuarán siendo entorpecidas por imputaciones o acusaciones incompletas y/o poco claras, audiencias preparatorias en las que las partes no pueden explicar la pertinencia de las pruebas que pretenden hacer valer en el juicio, juicios orales en los que el tema de prueba no ha sido correctamente delimitado, audiencias que se extienden por largo tiempo sin que ello sea necesario, etcétera».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250
Ley 906 de 2004, art. 287

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP16913-2016.

3. A LO LARGO DEL PROCESO SE DEBE PRESERVAR EL NÚCLEO FÁCTICO EXPUESTO EN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN –CORRELATIVO EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA–

Extracto n. ° 170.

Número de radicado	:	43211
Número de providencia	:	SP5543-2015
Fecha	:	29/04/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] la Sala más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia a fin que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP 8 jul 2009 rad. 31280, SP 1° feb. 2012, rad. 36907, entre otras).

Y es que esa precisión que se exige de la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

Cuando surgen nuevas arista fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico.

Bajo esta óptica, la Corte advierte aquí la omisión del ente investigador al momento de la formulación de imputación cuando no enunció los hechos constitutivos del comportamiento punible de hurto calificado, privando de esa manera a los procesados de contar oportunamente con esa información,

yerro que no se enmienda con su inclusión postrera en el escrito de acusación.

Tal dislate impone declarar la nulidad parcial de la actuación a partir de la formulación de imputación en lo que tiene que ver con el aludido ilícito contra el bien jurídico del patrimonio económico ante la clara afrenta de la estructura esencial del proceso y, de contera, del derecho de defensa».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 08 jul. 2009, rad. 31280; CSJ SP, 01 feb. 2012, rad. 36907; CSJ AP4726-2014, y CSJ AP1975-2016.

4. EN LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN NO SE PRACTICAN PRUEBAS

Extracto n. ° 171.

Número de radicado	:	27108
Fecha	:	03/05/2007
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] la decisión de formular imputación en contra de una determinada persona, radica en cabeza exclusiva del fiscal y corre consecuencia de que este, dentro de su particular desarrollo del programa metodológico, haya recaudado elementos materiales probatorios, evidencia física o informes, a partir de los cuales infiere que el indiciado es autor o partícipe del delito que se investiga.

Y, por ello acude ante el juez de control de garantías, no a practicar pruebas de autoría o responsabilidad penal –que no es este el momento ni escenario adecuados para el efecto-, sino a plantear al imputado, para facultarle adelantar su específica tarea defensiva, que se le está investigando por un determinado delito, ya que se le entiende autor o partícipe del mismo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ, AP 17 oct. 2012, rad. 39515 y CSJ AP4218-2016.

5. LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN ES DIFERENTE A LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN DEL ANTERIOR SISTEMA –INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL–

Extracto n. ° 172.

Número de radicado	:	46000
Número de providencia	:	SP8283-2016
Fecha	:	22/06/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] Primero, se reitera, la diferencia entre el procedimiento escrito y el oral contenido en las leyes citadas, enseña que mientras la formulación de la imputación es presupuesto procesal para la presentación de la acusación, la resolución de acusación ejecutoriada marca el inicio del juicio; aquella es un acto de comunicación a una persona de su calidad de imputado, y esta un acto material en el que la fiscalía da por demostrada la ocurrencia del hecho y la existencia de prueba indicativa de la responsabilidad del procesado.

Segundo, su vigencia diferida al 1° de enero de 2005, fecha a partir de la cual entra a regir gradualmente la ley 906 de 2004, muestra que su aplicación prevista únicamente para las actuaciones tramitadas bajo la sistemática de esta normatividad, no derogó el artículo 86 original del Código Penal sino que lo ajustó para hacer posible la coexistencia de los dos estatutos procesales penales.

Tercero, lo anterior explica el señalamiento de períodos mínimos distintos para la prescripción de la acción penal; la ley 906 de 2004 dispone que interrumpido el término éste comenzará a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del previsto en el artículo 83 de la ley 599 de 2000 que en ningún caso *“podrá ser inferior a tres (3) años”*, y el Código Penal establece que dicho período *“no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”*.

Así las cosas, en el procedimiento de la ley 600 la prescripción se interrumpe con la resolución de acusación ejecutoriada; en el de la ley 906 con la formulación de la imputación, acto que no es equivalente ni equiparable a aquella. De ahí que el plazo consagrado en el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, se aplique únicamente a los procesos adelantados bajo las ritualidades de la primera y para los tramitados por el sistema acusatorio rija lo previsto en la ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2002, arts. 83 y 86
Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP5543-2015 y CSJ SP8283-2016.

6. CONSECUENCIA DEL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PARA EFECTUAR LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN –ART. 175. PAR. –

Extracto n. ° 173.

Número de radicado	:	43158
Número de providencia	:	AP1173-2014
Fecha	:	12/03/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Por último, no sobra señalar que aunque el incumplimiento de un término legal como el previsto en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 no comporta ninguna causal que autorice el archivo de la indagación, la extinción de la acción penal ni la preclusión, si puede generar acciones disciplinarias en contra de los funcionarios que los pretermitan o, incluso, solicitudes y acciones de las partes o intervinientes orientadas a hacerlos cumplir».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 175

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP5714-2014, CSJ AP5905-2016, CSJ AP7699-2016 y CSJ AP8423-2016.

7. CONTUMACIA

Extracto n. ° 174.

Número de radicado	:	46489
Número de providencia	:	AP5518-2015
Fecha	:	23/09/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La regla general –más no absoluta-, consiste en que el por imputar asiste a la audiencia para conocer de voz del fiscal los hechos que originan su vinculación con el proceso, así como el tipo penal que se dice vulnerado; sin embargo, el artículo 291 de la normatividad en mención autoriza que ella se realice sin la presencia del indiciado cuando *“habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia”*.

Norma que se explica en el deber que tiene todo Estado social de derecho de garantizar la correcta administración de justicia, sin que se presenten dilaciones injustificadas que impidan su cumplimiento; entender lo contrario sería permitir que la decisión de iniciar la acción penal quedara en manos del individuo que, en forma antojadiza, opta por eludir las citaciones sabiendo que su actuar es suficiente para burlarse de la justicia.

Ahora bien, por ser una medida de carácter excepcional en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, su ejecución debe rodearse de un conjunto de garantías y controles judiciales consistentes en la verificación real del agotamiento de las diligencias razonables y suficientes que se desplegaron, bien sea para localizar al indiciado, o estando ubicado, para enterarlo de la realización de la audiencia de imputación. En todo caso, siempre se contará con la presencia del abogado contractual o, de manera residual, con el asignado por la defensoría pública».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 291

Extracto n. ° 175.

Número de radicado	:	27788
Fecha	:	03/09/2007
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] la declaratoria de *contumacia* y de *persona ausente* son posibilidades por completo excepcionales, específicamente reglamentadas y con rigurosas exigencias, para que a ellas pueda acudir válidamente ante la necesidad de adelantar una investigación o un juicio, sin la presencia del implicado.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 de 2005 declaró exequibles los artículos 127 (*ausencia del imputado*) y 291 (*contumacia*) del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, frente a los cargos por los cuales fueron demandados, bajo el entendido que el Estado agote todos los medios idóneos necesarios para informar a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; que exista una identificación plena o suficiente del imputado; y que sea evidente su renuencia, según el caso.

Se trata de que la Fiscalía demuestre que no fue posible localizar al indiciado para formularle la imputación, o tomar alguna medida que lo afecte, *“siempre y cuando haya agotado todos los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, con un estricto control de los jueces, tanto del de control de garantías como del de conocimiento en su oportunidad, o si el imputado se rebela a asistir al proceso, o si decide renunciar a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de acusación, con el fin de darle plena eficacia, no solo al nuevo sistema procesal penal, sino a la administración de justicia.”* (Sentencia C.-591 de 2005)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 127 y 291

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 40535; CSJ AP3429-2015, y CSJ AP5518-2015.

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN

1. CAPTURA

1.1 Orden de captura

1.1.1 Generalidades

Extracto n. ° 176.

Número de radicado	:	36107
Fecha	:	14/09/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Es el artículo 28 constitucional el que dispone inicialmente que la privación de la libertad solo es posible por orden de autoridad judicial, al señalar en su inciso primero 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.”

Interpretando esta norma la Corte Constitucional advirtió que¹³³:

El respeto por los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución, por los parámetros señalados en los principios del Estado Colombiano y por los fines del mismo, conllevan a que en determinados eventos se limite el derecho fundamental a la libertad personal y en consecuencia se prive o restrinja de éste a un ser humano.

¹³³ Sentencia C-237 de 2005.

En consecuencia, en aras del respeto indicado, la propia Constitución determinó 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.”

Sobre la orden de aprehensión prevé el artículo 297 que será emitida por el juez de control de garantías por motivos razonablemente fundados y con las formalidades legales; a su turno, el 298 –recientemente modificado por la Ley 1453 de 2011- enuncia con precisión su contenido, además limita su vigencia; y, el 299 determina el trámite que debe imprimirse a la misma».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 28

Ley 906 de 2004, arts. 297, 298 y 299

Ley 1453 de 2011

1.1.2 Debe ser proferida por motivos razonablemente fundados cuyos soportes sean esencialmente legales y lícitos

Extracto n. ° 177.

Número de radicado	45619
Número de providencia	SP12158-2016
Fecha	31/08/2016
Tipo de providencia	SENTENCIA
Clase de actuación	CASACIÓN

« Considera la Sala que si la primera exigencia del registro incidental es una captura legítima, tal requisito no se cumple en este caso, toda vez que para conseguir la expedición de la orden de captura por parte de la Juez de Control de Garantías, la Fiscalía aportó los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente JLP y el Intendente BTL, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias RR, la cual fue ilegal, de modo que compromete la legalidad de la captura, del registro incidental, de la incautación de la USB y de los archivos allí encontrados, así como de los informes rendidos sobre los mismos, por lo siguiente:

El inciso final del artículo 29 de la Constitución establece que “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. Por su

parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que *“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”*.

Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación¹³⁴, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas (CSJ SP, 2 mar. 2005, Rad. 18103, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 31073, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 26836 y CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691). Invariablemente la prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.

Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Ahora, así como una prueba ilícita o ilegal sustancial debe ser excluida, de igual manera, el medio probatorio que de ella se derive debe correr la misma suerte, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, asunto que en la doctrina anglosajona es abordado en la conocida *teoría del fruto del árbol envenenado*, en virtud del efecto espejo, dominó o también llamado reflejo.

La prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven.

¹³⁴ Cfr. CC SU 159/02.

La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía¹³⁵.

Aunque se alude a pruebas ilegales o ilícitas y en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 únicamente tienen la condición de *pruebas* las que han sido producidas y sometidas a debate ante el juez de conocimiento en el juicio oral, así como las incorporadas anticipadamente en audiencia preliminar ante un juez de garantías en los casos y en las condiciones excepcionales previstas en el estatuto procesal penal, no hay duda que la ilegalidad o ilicitud también es predicable de los elementos materiales probatorios que, como en este caso, sirvieron de fundamento para que la juez de control de garantías expidiera la orden de captura en contra de MÁBV.

Si de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”* y la norma citada dispone que los *motivos fundados “deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física”*, se concluye que también los soportes demostrativos de los *motivos fundados* deben ser esencialmente legales y lícitos, pues de lo contrario deben ser objeto de la cláusula de exclusión.

Es cierto que la decisión por medio de la cual la Corte declaró ilegales los hallazgos derivados de los archivos electrónicos de alias RR data del 18 de mayo de 2011 y que la audiencia reservada de solicitud de captura de BV, fundada en elementos probatorios producto de los mismos, ocurrió el 14 de abril de 2009. No obstante, es claro que el carácter ilegal de estos no deviene de que así fuera declarado por esta Sala, sino de su evidente recaudo irregular al producirse fuera del territorio colombiano por parte de autoridades que no contaban con facultades de policía judicial, las cuales se apartaron de la Constitución Política y, en especial, de los Convenios de Cooperación Judicial y Asistencia suscritos por Colombia, así como de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, quebrantando el debido proceso y el principio de legalidad.

Entonces, como el recaudo de los elementos informáticos de alias RR en Sucumbíos, Ecuador, fue ilegal por contrariar las reglas dispuestas por el

¹³⁵ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

legislador para ello, los medios probatorios que de aquellos se deriven deben correr la misma suerte conforme a la *teoría del fruto del árbol envenenado*, de manera que los informes de policía judicial con base en los cuales la Fiscalía solicitó la captura de MÁB también son ilegales.

Ahora, tratándose de pruebas derivadas de una ilegal, como ocurre en este asunto, debe demostrarse que el denominado efecto espejo o dominó se proyecta en aquellas, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre una y otras, capaz de lesionar la misma garantía¹³⁶, salvo los criterios señalados en el derecho anglosajón¹³⁷ para tener como admisible la prueba derivada de una primaria excluida por ilegal, los cuales fueron acogidos en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y por la jurisprudencia, pese a que la doctrina ha señalado que su definición, comprensión y alcance no son absolutamente nítidos. Son ellos: La fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable¹³⁸.

La Corte no advierte, ni la Fiscalía acreditó, que alguna de tales situaciones exceptivas concurrieran en este caso, pues los informes de policía judicial no cuentan con *fuentes independientes autónomas* diversa de los elementos informáticos hallados e incautados ilegalmente en el campamento de alias RR, es decir, su fuente está viciada y por ello, tienen el mismo “*foco de ilicitud*” y vulneran las mismas garantías de legalidad y debido proceso.

Tampoco media entre la prueba primaria ilegal (computadores y dispositivos electrónicos de almacenamiento de alias RR) y las derivadas (informes de policía) un *vínculo atenuado*, pues su relación es estrecha, intensa e importante, sin que la ilegalidad de tales informes se haya atenuado, con mayor razón si no obran otros medios probatorios para soportar la sentencia de condena por el delito de rebelión.

No se trata de un *descubrimiento inevitable*. Lo demostrado en la actuación fue que sin los referidos elementos informáticos ilegalmente incautados en Ecuador, no se habría arribado con otras pruebas a establecer la eventual pertenencia de MÁB a las Farc, es decir, la Fiscalía no probó que lo acreditado con los hallazgos tomados de los computadores y concretado en los informes de policía que sirvieron para solicitar la captura del mencionado ciudadano, también se habría establecido a través de otros medios legales.

En resumen, si los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente JLP y el Intendente BTL, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias RR, fueron elementos materiales probatorios derivados de otros ilegales, también tenían

¹³⁶ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

¹³⁷ Cfr. Caso Silverthorne vs. USA. 1920.

¹³⁸ Cfr. CC SU-159 de 2002.

tal carácter y, por ello, no podían sustentar la petición de orden de captura presentada por la Fiscalía ante la Juez de Control de Garantías y tanto menos, tenían aptitud legal para que efectivamente se dispusiera y materializara como en efecto ocurrió.

Ahora, si los soportes de la solicitud de captura de la Fiscalía y de su expedición por la Juez de Control de Garantías son ilegales, la orden de captura no es legal, es decir, no se cumple en este caso con el primer requisito para dotar de validez y legitimidad el registro incidental a la captura de MÁB».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 23, 248, 297 y 455
Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 1142 de 2007, arts. 19 y 221

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 39076; CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 39591, y CSJ SP10303-2014.

1.2 Captura en flagrancia

1.2.1 Concepto y situaciones de flagrancia

Extracto n. ° 178.

Número de radicado	:	48175
Número de providencia	:	SP3623-2017
Fecha	:	15/03/2017
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« La captura en flagrancia es una forma de afectación provisional de la libertad, regulada puntualmente en los artículos 32 de la Constitución Política y 295 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

El artículo 301 de ordenamiento procesal consagra cinco causales de flagrancia.

Aunque tienen en común la aprehensión del “*imputado*¹³⁹”, bien al momento de la realización de la conducta, ora momentos después, cada causal está estructurada sobre un referente fáctico diferente, a partir del cual debe analizarse si la afectación de la libertad, sin orden judicial, se ajusta a lo establecido en los artículos 28 y siguientes de la Constitución Política y las normas de la Ley 906 de 2004 atrás referidas.

Así, por ejemplo, la causal primera se aplica cuando “*la persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito*”, y la segunda cuando la aprehensión ocurre por señalamiento, persecución o voces de auxilio.

De otro lado, la causal tercera, denominada “flagrancia inferida”, tiene como presupuesto que la persona sea sorprendida con objetos, elementos o huellas “*de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él*”.

En el contexto de la causal cuarta, la detección de la conducta ilegal debe darse a través de un dispositivo de video, mientras que la quinta tiene como uno de sus elementos estructurales que el individuo sea sorprendido “*en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito...*”

[...]

[...] es posible que luego de producida la captura en flagrancia la Fiscalía logre estructurar una hipótesis diferente a la que avizoró quien llevó a cabo la aprehensión. También lo es que descarte la ocurrencia de una conducta punible.

El primer evento puede suceder, por ejemplo, cuando una persona es capturada porque fue sorprendida cuando lesionaba a otra, y los actos de investigación realizados luego de la aprehensión permiten establecer que la agresión tenía como finalidad desapoderar a la víctima de sus pertenencias. Aunque la captura se justificó por el delito contra la integridad personal, es posible que en la acusación se incluya el atentado contra el patrimonio económico.

Lo mismo sucede, también a título de ilustración, cuando la captura se justifica por el porte ilegal de un arma de fuego, y los actos urgentes o las

¹³⁹ Bajo el entendido de que adquiere esta calidad a partir de la aprehensión, según lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 906 de 2004.

labores investigativas incluidas en el programa metodológico permiten establecer que el capturado en flagrancia por el delito consagrado en el artículo 365 del Código Penal, recién había utilizado el artefacto para segar la vida de una persona, lo que en su momento no fue detectado por el agente captor.

En el otro sentido indicado, es igualmente posible que se legalice la captura por un delito de lesiones personales, y luego se establezca que el retenido actuó en legítima defensa. Aunque el juez de control de garantías haya concluido que la captura se realizó bajo los presupuestos constitucionales y legales, la acusación puede resultar improcedente.

Por tanto, frente a un evento de captura en flagrancia la Fiscalía tiene la responsabilidad de diseñar y ejecutar un programa metodológico adecuado, que le permita estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, cuando hay lugar a ella. Si la actividad investigativa subsiguiente a la captura permite descartar la hipótesis delictiva, no habrá lugar al llamamiento a juicio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 16, 27 y 301

Constitución Política de Colombia, art. 28, 29, 30, 31 y 32

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 14 sep. 2011, rad. 36107.

1.2.2 Captura en flagrancia: rebajas punitivas por aceptación de cargos

Extracto n. ° 179.

Número de radicado	:	38285
Fecha	:	11/07/2012
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Precisión jurisprudencial acerca del alcance y contenido del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

En lo atinente a la configuración normativa consagrada en la Ley 1453 de 2011, igualmente es claro que la iniciativa se soportó en eliminar la impunidad, luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo, con el fin de aumentar la efectividad del procedimiento, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil, todo ello en procura de fortalecer la seguridad ciudadana, uno de los objetivos centrales del Gobierno Nacional.

Referente al procedimiento penal, la mencionada ley se sustenta en tres pilares fundamentales, a saber: la flexibilización de los requisitos para la realización de actuaciones investigativas, el aumento de los términos procesales y la modificación de los requisitos para imponer la detención preventiva, fijando unos menos rigurosos; empero, durante el trámite legislativo y dentro de la función que le otorga el artículo 150 numeral 2° de la Constitución Política, el Congreso de la República, entre otras modificaciones, reformó el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el cual introdujo un párrafo del siguiente tenor:

“La persona que incurra en las causales anteriores (flagrancia) sólo tendrá 1/4 del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

Como quedó dicho, los legisladores están facultados para reformar los Códigos; sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esa importante labor debe realizarse consultando criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas. De suerte que atendiendo los fines perseguidos con la expedición de la Ley 1453 de 2011, en primer lugar, la Corte advierte que la modificación introducida al mencionado artículo 301, al adicionarse el citado párrafo, consulta los fines que motivaron la expedición de la mencionada ley, en la medida en que la misma se erige en un supuesto tendiente a luchar contra la criminalidad que más agobia a la sociedad.

Mírese como la norma consulta específicamente los fines consagrados en esa unidad normativa, esto es, la de luchar contra el terrorismo, la criminalidad organizada y lo más importante, lograr la efectividad del procedimiento, en cuanto al derecho material, sopesando los bienes en conflicto y partiendo de la situación de flagrancia.

De tal manera, la anunciada modificación del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, no resulta extraña a las razones que llevaron al legislador a realizar la configuración normativa, ni tampoco desquician las bases procesales consagradas en la Ley 906 de 2004, respecto de los institutos de allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o procesado, según el caso.

En efecto, dígase de manera imperativa que el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 lejos de alterar la sistemática reglada en el Código de Procedimiento Penal de 2004, lo que hizo fue modular el monto de la rebaja de pena a que tenían derecho las personas capturadas en flagrancia y que se hubiesen allanado a cargos en la audiencia de imputación.

Es decir, esa reforma no desconoció los institutos de allanamiento a cargos y preacuerdos y negociaciones, los cuales se edifican sobre la base de que a mayor colaboración y mayor economía procesal, más significativa ha de ser la respuesta premial.

Así, se puede concluir que el legislador en el estudio y redacción de la norma, acató los presupuestos de razonabilidad y proporcionalidad del sistema acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, en tanto no estableció procedimientos especiales ni modificó las bases del proceso penal.

Por tanto, contrario a lo expuesto por el defensor, el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, introducido con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, no vulnera el principio de igualdad, en lo atinente a los beneficios punitivos consignados en la Ley 906 de 2004 frente a los institutos en precedencia enunciados y para aquellos sujetos que no fueron aprehendidos en flagrancia, pues en torno a ese tema no se puede predicar que en ambas circunstancias las personas se encuentran en igualdad de condiciones, pues no es lo mismo haber sido capturado en flagrancia que ser ajeno a tal situación, por cuanto en el primero de los supuestos, surge con mayor nitidez el compromiso penal por esa particularidad, concluyéndose que el desgate del Estado, en orden a investigar la infracción a la ley, es mucho menor cuando media flagrancia que cuando está ausente esa evidencia probatoria; de ahí que no resultaría equilibrado otorgar el mismo beneficio punitivo si el allanamiento a cargos o el acuerdo lo realiza un imputado descubierto en flagrante delito que cuando la aceptación de culpabilidad tiene lugar sin que exista una situación de tanto compromiso probatorio.

Igual acontece con la crítica hecha al párrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004, consistente en que transgrede la presunción de inocencia, toda vez que este principio conserva plena vigencia, a menos que durante el desarrollo del proceso surjan elementos probatorios que comprometan la responsabilidad penal del procesado, como ciertamente ocurre cuando el agente ha sido descubierto en situación de flagrancia.

Es por ello por lo que esta censura carece de sentido, en tanto que la mayor intensidad en el compromiso penal del imputado, deviene únicamente de la unidad probatoria incorporada al trámite, por cuanto no se puede pasar por alto que las decisiones sólo pueden tener como fundamento los elementos de conocimiento allegados al diligenciamiento, aspecto que corresponderá

ser analizado por el operador judicial en cada caso en particular, a fin de construir los respectivos juicios de hecho y de derecho.

De conformidad con lo anterior, la Corte aclarará el sentido del fallo de casación adoptado el 5 de septiembre de 2011 dentro del radicado 36502, a fin de precisar la jurisprudencia acerca de este tópico.

Ante todo vale destacar que los argumentos consignados en la mencionada providencia, tuvieron como soporte dar una ajustada interpretación, teniendo como base la sistemática reglada en la Ley 906 de 2004, respetando la intención del legislador al adicionar el artículo 301 a través del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que no era otro que el de acoger la hermenéutica que la Sala había dado al instituto de allanamiento a cargos y al preacuerdo y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o procesado, según el evento, en especial las referenciadas con los radicados 27263 (29/072008), 28222(30/062010), 29902 (09/12/2010), 30273 (09/12/2010), 30550 (24/03/2010) 31061 (24/03/2010), entre otros, en torno a que las personas en situación de flagrancia, cuando no van acompañadas de un plus de colaboración, la rebaja de pena no puede alcanzar el 50%, según lo previsto para el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, así la economía procesal sea mayúscula, como por ejemplo, cuando la aceptación de cargos se produce a escasas horas de cometido el delito.

Recuérdese que frente a este tema como se adujo en la providencia de 5 de septiembre de 2011, un planteamiento como el anterior *“ha llevado a la Sala a estimar que ese premio punitivo puede ser del orden del 35 % o del 40%, en la medida en que debe ser superior –en todo caso- a una tercera parte más un día, dado que el acogimiento a los cargos se ejecuta en la primera oportunidad”*.

De otro lado, surge nuevamente oportuno reiterar que dentro de esas precisas facultades configurativas y basado en los anteriores pronunciamientos de esta Corporación, el legislador bien podía establecer un tratamiento procesal con efectos punitivos, diferente para los imputados sorprendidos en flagrancia y aquellos que sin estar en esa condición optan por aceptar su responsabilidad aportando directa y personalmente fundamentos para ser condenados.

Es más, de acuerdo con nuestra historia legislativa, oportuno es recordar que en vigencia de la Constitución de 1886, se expidió el Decreto 050 de 1987, en el que se previó un trámite abreviado para situaciones de flagrancia. Igualmente, teniendo como nuevo marco normativo la Constitución de 1991, del mismo modo se exceptuaron de rebajas de pena por confesión estos eventos, según así se desprende de los artículos 299 del Decreto 2700 de 1991 y 283 de la Ley 600 de 2000, sin que ello implicara

una transgresión del principio de igualdad, tal como se anotó en precedencia.

Sin embargo, la Sala advierte, compartiendo el criterio de la Procuradora Delegada, que le corresponde fijar el alcance interpretativo de la aludida modificación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004 hecha con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, consultando el espíritu del legislador y obviamente respetando la sistemática reglada en la ley procesal penal, a fin de mantener la coherencia de la actividad judicial.

De tal manera, si la intención del legislador, dentro del poder de configuración, fue la de reglar la rebaja de pena derivada del estado de flagrancia, teniendo como fundamento que esa particular situación ofrece sin mayor dificultad los medios de prueba que permiten la emisión, por regla general, de un fallo condenatorio, al consagrar: *“La persona que incurra en las causales anteriores (flagrancia) sólo tendrá 1/4 parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”*, la interpretación del mencionado precepto compete hacerse con total respeto a la sistemática allí contenida, la cual está sustentada en la progresividad de los beneficios punitivos ofrecidos por la aceptación de cargos y los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado, atendiendo los diversos momentos procesales en que puede darse la aceptación de responsabilidad.

Si no se hiciera de la manera señalada anteriormente, se entraría al campo del absurdo, pues en la audiencia de imputación la rebaja de pena equivaldría a una cuarta parte del cincuenta por ciento, mientras que para la preparatoria, esto es, ya en el curso del juicio oral, ese beneficio sería de la tercera parte de la sanción a imponer, es decir, habría una mayor rebaja para una etapa más avanzada del proceso, donde el acusado ha prestado menor colaboración con la administración de justicia.

Para prever ese tipo de situaciones en la aplicación de la justicia premial, la Sala en su fallo del 5 de septiembre de 2011, señaló que respetando el principio de progresividad de las rebajas por los institutos tantas veces mencionados, *“los verdaderos sentido y alcance de la restricción de la ¼ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos bien sea por allanamiento o preacuerdo con el fiscal”*

En ese propósito, de acuerdo con la Ley 1453 de 2011 el esquema de rebajas por razón de dichos institutos, corresponde realizarse teniendo en cuenta la flagrancia, pero obviamente respetándose las reducciones de pena inicialmente consagradas para el allanamientos a cargos y preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, de las cuales el

sujeto sólo tendrá derecho a una cuarta parte de las regladas, interpretación que se ajusta al mencionado principio de progresividad y consulta con el querer del legislador.

Así, como lo destacó la Procuradora Delegada, la disminución del beneficio punitivo en una cuarta parte consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe extenderse a todos los momentos o etapas procesales en que se autoriza allanarse a cargos y suscribir acuerdos entre las partes, respetando desde luego las rebajas de pena inicialmente previstas para cada momento.

Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:

Rebajas punitivas por aceptación de cargos

Audiencia de formulación Art. 351	Rebaja original ½ (50%)	Rebaja actual 12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia preparatoria Art.356 N.5	1/3 (33.3%)	8.33% (1/4 de la tercera parte)
Audiencia juicio oral Art. 367	1/6 (16.6%)	4.16% (1/4 de la sexta parte)

En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.

Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción.

A nivel de ejemplo, frente a una pena individualizada de 240 meses de prisión, se podrían presentar las siguientes variantes:

Si la persona capturada en flagrancia, en la audiencia de imputación se allana a los cargos atribuidos por la Fiscalía General de la Nación, según el parágrafo del artículo 301, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, sólo obtendrá una cuarta parte del beneficio allí reglado, esto es, el

12.5%, lo cual lleva a inferir que el descuento punitivo es de 30 meses, arrojando como sanción definitiva 210 meses de prisión.

Ahora, si la mencionada manifestación se realiza en la audiencia preparatoria, el acusado que fue capturado en flagrancia, únicamente tendrá derecho a la cuarta parte del beneficio estatuido en el artículo 356.5 de la Ley 906 de 2004, es decir, un 8.33%, porcentaje que aplicado al ejemplo, únicamente le reducirá la pena en 20 meses, para un total definitivo de 220 meses.

Y por último, si el acusado capturado en flagrancia acepta su responsabilidad en el juicio oral, de acuerdo con el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el cual regla “*una rebaja de una sexta parte de la pena imponible*”, surge nítido que tendrá derecho a una cuarta parte de ese beneficio, el cual se traduce en un porcentaje equivalente a un 4.16%, que aplicado al ejemplo, el mismo sería de diez (10) meses, quedando la sanción definitiva en 230 meses».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 301, 351, 352 y 367

Ley 1453 de 2011, art. 57

Constitución Política de Colombia de 1991

1.3 Control de legalidad de la captura por orden escrita o en flagrancia por parte de la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías

Extracto n. ° 180.

Número de radicado	:	36107
Fecha	:	14/09/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La drástica afectación de uno de los derechos más importantes operada con la captura, impone la necesidad de que las razones, la forma y el tiempo de tal intervención sea revisado por una autoridad judicial, de manera pronta, como ha quedado claro de los compromisos internacionales referidos en precedencia.

En desarrollo de tales presupuestos el Legislador colombiano se ha cuidado de introducir los controles correspondientes.

De una parte, **en lo relacionado con la captura por orden escrita de autoridad judicial competente**, el inciso segundo del artículo 297 previó la obligación de poner al aprehendido a órdenes del juez de control de garantías en un plazo máximo de 36 horas, a efectos de que se analice la legalidad de la forma en que se produjo la privación de su libertad, dado que ya existía una orden judicial para cuya expedición fue necesario analizar la inferencia de autoría o participación del ciudadano en relación con un delito grave.

Frente al **capturado en flagrancia** resulta más exigente el control de legalidad en comparación con el capturado por orden de autoridad judicial, en lo que hace relación a la amplitud de su contenido y al tiempo en el que debe realizarse, como al número de observadores llamados a hacer la evaluación.

En lo referente al **contenido** del control del capturado en flagrancia es tanto formal como material, de suerte que se analiza la procedencia, como la forma, así como el trato dispensado al aprehendido. En relación con **los tiempos** el Legislador incluyó en el inciso cuarto del artículo 302 la expresión “inmediatamente”, antes del plazo “o a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes”; la cual no se incorporó al fijar el límite temporal para el control judicial del aprehendido con orden de captura. Y, finalmente, dispuso **dos controles** de legalidad, uno a cargo del fiscal -según se observa claramente en el inciso 4º del artículo 302-, y otro, en cabeza del juez de control de garantías -inciso quinto del artículo 302 ibídem-.

Así pues, la legislación colombiana instaló un retén adicional previo para el control de legalidad de la privación de libertad, precisamente, el contenido en el inciso cuarto del artículo 302, norma según la cual:

“Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la fiscalía, imponiéndose bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.”

En consecuencia, esta norma impone al fiscal a cuya disposición es puesto el capturado, la obligación de valorar dos situaciones: 1) si el presunto delito por el que se procede comporta medida de aseguramiento; y, 2) si la captura fue legítima, esto es, si se produjo dentro de una de las precisas y estrictas hipótesis previstas para la flagrancia -vale decir que no haya sido arbitraria-, y si la forma en que se produjo respetó los estándares legales; apreciación

que de acuerdo con sus resultados podría generar como efecto ineluctable la orden de libertad inmediata del aprehendido, so pena de incurrir en el delito descrito en el artículo 175 del estatuto punitivo, conocido como prolongación ilícita de privación de libertad.

De manera que, si el fiscal concluye que el delito por el que se produjo la captura no comporta medida de aseguramiento, o que la aprehensión fue ilegal, deberá, de inmediato, ordenar el restablecimiento de la libertad, sin más consideraciones.

[...]

De suerte que, cuando la captura en situación de flagrancia se presenta o se interpreta extendiendo la ley más allá de los eventos que la configuran y contrariando los alcances de la evaluación restrictiva contenida en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004, se convierte en arbitraria, siendo obligación de la autoridad llamada a controlar la legalidad de la aprehensión, declararlo así.

La seguridad jurídica implica, entre otras cosas, la vigencia de la expectativa según la cual el derecho será aplicado de acuerdo con su contenido y finalidad contextual.

En términos de eficacia policiva podría ser deseable –incluso por la mayoría– la ampliación de las posibilidades de actuación de quien captura y de la interferencia en las libertades ciudadanas; sin embargo, el Estado de derecho claramente marca los límites del principio de legalidad, sobre el que se sustenta precisamente la independencia judicial, en cuya optimización se paga un precio tan costoso en épocas en que los otros poderes públicos creen tener derecho a indicarle a los jueces el sentido de sus decisiones, independencia que se convierte en una virtud a exaltar de la administración de justicia y no a censurar o a reprimir».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 175, 295, 297 y 302 inc. 4

Extracto n. ° 181.

Número de radicado	:	47830
Número de providencia	:	AP4491-2016
Fecha	:	13/07/2016

Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] en ejercicio de la función de unificación de la jurisprudencia nacional y para evitar una interpretación inapropiada de las valoraciones que efectuó la Sala en el auto fechado 30 de abril de 2013, se considera necesario precisar que:

a- La revisión constitucional y legal que ejercen los delegados de la Fiscalía General de la Nación respecto de la captura no se limita a la que se presenta en condición de flagrancia sino que también cubre a la que se efectúa en cumplimiento de un mandato judicial que ya perdió vigencia, pues sería injustificado desgastar la administración de justicia solicitando audiencias ante los jueces que tienen la función de control de garantías para pedirles la libertad de personas detenidas por órdenes de captura materializadas con posterioridad a su término de duración.

El artículo 302 del Código de Procedimiento Penal¹⁴⁰ señala la facultad que tienen los delegados del ente acusador de establecer vicios en la captura que impidan su legalización, pero no consagra la forma en que deben plasmar la respectiva decisión de otorgar la libertad. Lo más apropiado, para evitar actos de corrupción y permitir que las víctimas conozcan los motivos de la determinación, es que los fiscales profieran una resolución que exprese las razones que valoraron para concluir que el aparente delito no comporta detención preventiva, que la captura fue ilegal o que se produjo en virtud de un mandato judicial que no estaba vigente.

b - Antes de la modificación que efectuó el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011 al artículo 298 del Código de Procedimiento Penal la vigencia máxima de una orden de captura era de 6 meses y ese tiempo frecuentemente resultaba escaso para ejecutarla. En la actualidad el plazo límite para materializar el mandato de aprehensión es de 1 año, el cual en muchos casos no es suficiente, toda vez que si bien existe la posibilidad de solicitar la prórroga ello en la práctica presenta muchas dificultades, dado que no se ha implementado un sistema informático apropiado que advierta la fecha de vencimiento, los fiscales por la innegable congestión de sus despachos no pueden anticiparla en todas las indagaciones a su cargo y eso puede causar el otorgamiento injusto de la libertad a peligrosos delincuentes cuya detención fue consecuencia de grandes esfuerzos de los organismos de seguridad del Estado.

Por lo anotado en precedencia, se ilustra que cuando se realiza una captura con una orden que perdió vigencia y la fiscalía estima que persisten los

¹⁴⁰ Modificado por el artículo

motivos que llevaron a solicitar su expedición se puede aplicar el inciso final del artículo 62 del Código Nacional de Policía¹⁴¹, que dispone:

“Excepcionalmente en materia penal, la policía puede disponer hasta de 24 horas para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura. Cuando ello ocurra, dará inmediatamente aviso a la autoridad que solicitó la captura.”

Por lo expuesto, la fiscalía, en un tiempo máximo de 24 horas, contadas a partir del instante de la aprehensión que ejecutó la Policía Nacional, puede acudir ante un juez con función de control de garantías y solicitar la prórroga o la expedición de una nueva orden de captura, con el propósito de legalizar la privación de la libertad de la persona que inicialmente fue retenida de manera preventiva con las finalidades previstas en la citada norma y respecto de la cual persisten motivos suficientes para disponer su detención».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 298 y 302

Ley 1453 de 2011, art. 56

Decreto 1355 de 1970, art. 62

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 37733; CSJ AP, 30 abr. 2013, rad. 40641, y CSJ SP134-2016.

1.4 Fiscalía General de la Nación debe presentar al aprehendido ante el Juez de Control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes

1.4.1 Generalidades

Extracto n. ° 182.

¹⁴¹ Esa norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-024 de 1994, en la cual se dijo que se debe interpretar que las 24 horas de que puede disponer la policía para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura están comprendidas dentro de las 36 horas previstas para que la persona detenida sea puesta a disposición del juez competente.

Número de radicado	:	37992
Fecha	:	06/03/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Lo primero que surge sobre ese tema es el desconocimiento, o cuando menos la ausencia de argumentos al respecto, tanto del Tribunal como de las partes, sobre el contenido literal y la inteligencia del artículo 302 procesal, respecto de que el plazo máximo permitido al fiscal para presentar al capturado ante el juez es de 36 horas, sin que ello signifique de ninguna manera que deba esperarse hasta su agotamiento, como que la orden del legislador es que el ciudadano sea presentado “*inmediatamente*”, esto es, en seguida, en el mismo momento, sin tardanza, ahora, al punto, al instante.

Ese es, entonces, el “*deber ser*” al que deben acogerse los fiscales y los jueces de garantías, esto es, presentar los aprehendidos en forma inmediata y, con igual prontitud, realizar la audiencia de legalización. Solamente en el supuesto de inconvenientes que no puedan superarse pueden los funcionarios acudir a la opción subsidiaria de demorar la diligencia “*a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes*”, sin que exista discusión respecto de que ese lapso es el último recurso también para el juez en aras de que convoque la vista pública dentro de ese tope máximo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 302

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 37733.

1.4.2 El solo hecho de que previo a llevar a los capturados ante el Fiscal estos fueron conducidos al Comando de Policía no representa una vulneración de derechos

Extracto n. ° 183.

Número de radicado	:	44994
Número de providencia	:	AP7203-2014
Fecha	:	26/11/2014

Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Si no se discute que los capturados fueron presentados dentro del término legal ante el juez de control de garantías para la legalización de la aprehensión, y que esa tarea fue cumplida por la Fiscalía, se ofrece evidentemente especulativo significar incumplida la norma que obliga de las autoridades de policía poner inmediatamente a órdenes del funcionario acusador al capturado, solo porque una vez realizada la aprehensión las personas no fueron llevadas ante este sino al Comando de Policía.

Huelga señalar que precisamente en atención a la formalización que obliga el hecho puntual de la aprehensión y a las tareas que previamente deben cumplirse para materializar esta y determinar cubiertas las exigencias reclamadas por dicho funcionario, imprescindible se alza diligenciar los trámites en el Comando de Policía –elaborar informe escrito para el Fiscal, entre otros-, cuando no, adelantar algunas tareas previas de verificación, como sucede, para citar un ejemplo común, con la prueba estandarizada para la comprobación de alcaloides y la verificación de su peso.

Entonces, el solo hecho de que previo a llevar a los capturados ante el Fiscal, estos se condujeran al Comando de Policía, no representa por sí mismo –sin que el demandante introdujera alguna circunstancia que permita asumir existente una concreta vulneración de derechos-, la violación que sin mayores argumentos busca entronizarse en el primer cargo».

1.5 Juez competente para legalizar la captura

1.5.1 Juez de control de garantías competente para legalizar la captura

Extracto n. ° 184.

Número de radicado	:	29904
Fecha	:	12/06/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

«Términos perentorios como el de 36 horas, contados a partir de la captura, para que el fiscal presente ante el Juez de Control de Garantías a la persona aprehendida, so pena de obligar su inmediata liberación, evidencian el

interés del Constituyente y del legislador ordinario, por hacer perentoria la posibilidad de protección del derecho a la libertad, demandando que la persona sea puesta a disposición del Juez de Control de Garantías dentro del menor tiempo posible, para que así la Judicatura lo arrope con su manto protector y determine si fue o no legal la aprehensión.

Entonces, cuando se lea lo consignado en la Ley 906 de 2004, acerca del funcionario competente para conocer de esa legalización de captura, indispensablemente deben tenerse como norte de interpretación las normas Constitucionales así como los principios y valores que informan de la necesidad de que la intervención judicial sea inmediata o, cuando menos, en el menor tiempo posible.

Por principio, acorde con lo anotado, cualquier Juez de Control de Garantías, independientemente del lugar donde se cometió el delito, se capturó al procesado, o se halla recluido este, es el competente para conocer de la solicitud de legalización de la captura.

Y, si se tratara de tomar un criterio básico para el efecto, debería significarse que el más adecuado corresponde al sitio donde se halla recluido el indiciado, pues, precisamente para hacer valer sus derechos es necesario, en la generalidad de los casos, que concurra a la diligencia, y además, por razones obvias, el principio de inmediatez se respeta de manera más acabada si se acude, por parte del fiscal, al funcionario con mejor disponibilidad para atender en ese mismo momento la solicitud.

No puede obedecer a un concepto adecuado de protección de derechos fundamentales, que el Juez de Control de Garantías ante quien, dentro de las 36 horas consagradas en la ley, se presenta al indiciado por hallarse recluido en esa comprensión territorial, abjure de la misión que le fue encomendada, sólo porque la situación no se acomoda a lo que la norma dice, en su interpretación exegética, y en consecuencia, obligue a un trasegar del fiscal por los despachos supuestamente competentes, que implique incrementar innecesariamente el lapso de presentación.

Si bien el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, establece unos presupuestos concretos en punto de la adscripción de competencia, la lectura no puede operar descontextualizada o apenas dentro de criterios formalistas que obedecen a la exégesis y no a la teleología y axiología protectoras que lo animan.

Como se trata de proteger derechos fundamentales y hacer eficaz el valor relativo a la inmediatez, no existe razón para que, en principio, un Juez de Control de Garantías, independientemente del lugar donde cumpla su función, se diga incompetente para conocer de la solicitud del fiscal de legalizar la captura, cuando este funcionario presenta para el efecto al

indiciado, como lo dispone el inciso 5° del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, que así reza:

“La fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que éste se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.”

Criterios de razonabilidad son los que deben primar en la intervención del juez de Control de Garantías, cuando lo que se le pide es actuar prontamente en la vigilancia y protección de derechos fundamentales, evidente como surge, además, que la modificación introducida al artículo 39 de la Ley 906 de 2004, busca precisamente hacer más flexible esa posibilidad general de intervención, al punto de instituir los llamados Jueces de Garantías Ambulantes, quienes actuarán en los lugares donde solo se radique un juez municipal o, para lo que aquí interesa *“se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor u otras análogas”*.

Lejos, entonces, de constituir la norma examinada una camisa de fuerza que limita la posibilidad de que se acuda prontamente al Juez de Control de Garantías más cercano o disponible, el artículo en mención señala un derrotero general que tiene como finalidad facultar esa intervención dentro del menor tiempo posible, buscando sortear las muchas dificultades que por razón de la carencia de jueces y fiscales, limitaciones geográficas y condiciones de seguridad, dificultan grandemente la posibilidad material de que en todos los casos los indiciados sean presentados, inmediatamente, ante el Juez de Control de Garantías con asiento en el lugar de los hechos.

En este sentido debe entenderse la urgencia o razones de seguridad de las que habla el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, ya modificado, emergiendo apenas circunstancial que allí se establezca, como presupuesto, la necesidad de que la captura se produzca en lugar distinto al de la comisión del delito, pues, no se discute, esos mismos motivos pueden operar en los casos en los que la aprehensión opera en flagrancia pero en lugar distante o sometido al imperio de grupos armados al margen de la ley.

Como criterio general, se repite, el Juez de Control de Garantías no puede, salvo casos excepcionales en los cuales se hace evidente la impropiedad de la solicitud, negarse a conocer de la legalización de captura invocada por el fiscal, precisamente por los efectos que ello tiene en punto del valor de la

inmediatez y la afectación de derechos que por ese camino se puede presentar.

Mucho menos, se agrega, puede invocar para el efecto lo consignado en el artículo 54 de la Ley 906 de 2004, respecto del fenómeno de la definición de competencia, dado que el mismo opera exclusivamente, en tratándose de audiencias preliminares, respecto de la diligencia de formulación de imputación.

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

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 39, 54 y 302

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 01 dic. 2010, rad. 35416.

1.5.2 El control de legalidad de la captura realizada en virtud de una sentencia condenatoria corresponde al juez de conocimiento

Extracto n. ° 185.

Número de radicado	:	50400
Número de providencia	:	AHP3538-2017
Fecha	:	02/06/2017
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«Tampoco se consolida la hipótesis de una supuesta prolongación arbitraria de la privación de la libertad, por las razones que pasan a explicarse.

El párrafo primero del artículo 298 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011, dispone que las personas capturadas en cumplimiento de una orden judicial deberán ser *puestas a disposición del juez de control de garantías en el plazo máximo de 36 horas* para que ejerza el control de

legalidad sobre la aprehensión, exceptuando de lo allí dispuesto *“los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia, caso en el cual será dispuesto (sic) a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia”*.

Acorde con el precepto en cita, en tratándose de capturas materializadas a efectos de cumplir una condena, la norma expresamente excluye el asunto del ámbito de competencia del Juez de Garantías y dispone que ese control de legalidad lo realice el juez de conocimiento, sin que sea preciso, en consecuencia, realizar audiencia preliminar dentro del término perentorio de 36 horas que exige la misma norma.

Lo anterior, por cuanto esa garantía persigue blindar a los ciudadanos frente al potencial peligro y arbitrariedad de una detención que se prolongue indefinidamente en el tiempo, sin que la jurisdicción haya definido la situación jurídica de aquel sobre el cual se ejerce ese poder coercitivo.

No obstante, esa finalidad pierde su razón de ser en aquellos asuntos en que, habiéndose agotado a cabalidad las ritualidades propias del proceso penal, la jurisdicción ha resuelto de forma definitiva sobre un hecho penalmente trascendente, atribuyéndolo a un sujeto en concreto e imponiéndole una sanción. En estos casos, esa inmediatez exigida como garantía del derecho a la libertad palidece ante la potestad sancionatoria del Estado, que ha derruido satisfactoriamente la presunción de inocencia del procesado.

De allí que, expresamente, la norma exceptúe la captura para cumplir pena de aquéllas que deban ser objeto de control de legalidad por el Juez de Garantías, filtro que acorde con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, corresponde realizarlo al Juez de Ejecución de Penas o en su defecto, al Juez de Conocimiento.

Visto lo anterior, la hipótesis planteada por el impugnante no constituye una prolongación arbitraria de la libertad, en tanto una vez aprehendido, SH fue dejado a disposición del Juez al que corresponde vigilar el cumplimiento de la pena, quien verificó la legalidad del procedimiento adelantado por la fuerza pública para hacer efectiva la orden de captura e informó al capturado las razones de su aprehensión, como se verifica con la firma y huella del capturado en dicho documento.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 38 num. 1° y 298
Ley 1453 de 2011, art. 56

1.6 La ilegalidad de la captura no vicia de nulidad el proceso

Extracto n. ° 186.

Número de radicado	:	43489
Número de providencia	:	SP7657-2015
Fecha	:	17/06/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] tampoco correspondía al juez de garantías, como lo sugiere el *A quo*, invalidar la actuación, dado que la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica en sostener que el efecto inmediato y único de la declaratoria de ilegalidad de la captura, prolongación ilícita de la privación de la libertad, o, en general, cualquier afectación al derecho de libertad, de ninguna manera tiene la fuerza de viciar de nulidad el proceso¹⁴²».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 09 abr. 2008, rad. 23022; CSJ SP, 24 ago. 2009, rad. 31900; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38067; CSJ AP6541-2014, y CSJ AP7203-2014.

1.7 La persona capturada conserva su dignidad humana

Extracto n. ° 187.

Número de radicado	:	36107
Fecha	:	14/09/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

« El ciudadano capturado, sometido por tanto al inmenso poder de la sociedad representado en las autoridades que lo aprehenden, reducida su libertad y con ella su dimensión psicológica y física por efectos de la extrema medida que soporta, aún conserva la dignidad propia de su condición de persona y por tanto, no obstante su indefensión, tiene derecho a esperar que se le trate con la consideración propia de su naturaleza; y ese tratamiento tampoco es arbitrario sino que también está reglado, en un plexo normativo que parte por precisar los eventos de captura, y también la forma en que el aprehendido debe ser tratado, tal y como se observa en lo previsto, entre otros, por el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal;

¹⁴² Consúltense, entre otras decisiones: CSJ. AP. 11 jul. 2002. Radicado 12447; CSJ SP. 9 abr. 2008. Radicado 23022; CSJ. AP. 24 agos. 2009. Radicado 31900 y CSJ. AP. 6541-2014 12 oct. 2014. Radicado 36573.

so pena de que el incumplimiento de tales reglas o el maltrato físico o psicológico del aprehendido, torne en ilegal la captura con las consecuencias liberatorias propias de tal situación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 302

2. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

2.1 Fines y principios de las medidas de aseguramiento

Extracto n. ° 188.

Número de radicado	:	46148
Número de providencia	:	AP7109-2016
Fecha	:	12/10/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La decisión impugnada partió de la premisa jurídica según la cual, *no es suficiente para pedir medida de aseguramiento privativa de la libertad la inferencia sobre intervención del imputado en el hecho punible y la gravedad del delito*, sino que siempre debe hacerse una valoración de los aspectos relacionados en la ley sobre sus fines, los cuales son de carácter preventivo, no de pago anticipado de la pena.

La apelación señala que la petición de la medida de aseguramiento es función inherente a la acción penal, la cual corresponde ejercitarla obligatoriamente a la Fiscalía General de la Nación y sólo en casos excepcionales, por motivos expresamente previstos en la ley, puede aplazarla o sustraerse al cumplimiento de ese deber.

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia. En consecuencia, no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

No obstante, de lo expuesto no se sigue que en todos los casos en los que la Fiscalía deba ejercer la acción penal, también esté compelida a solicitar medida de aseguramiento restrictiva de la libertad por la mera satisfacción del presupuesto objetivo, pues esta solamente tiene cabida cuando fundadamente se advierte *necesaria para conseguir “la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”*.

Lo anterior, por cuanto la libertad de las personas -de conformidad con la misma normativa atrás mencionada, entendida en armonía con los artículos 28 y 29 de la Carta Política- es el parámetro general con el que debe adelantarse la actuación penal y su restricción tiene carácter excepcional, como en efecto quedó consagrado en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal de 2004, al punto que la medida de aseguramiento debe estar acompañada de los elementos de conocimiento necesarios para sustentarla y demostrar la urgencia de su imposición (artículo 306 *idem*).

En este orden de ideas, frente a la ausencia de elementos de conocimiento -que permitan advertir que el imputado *obstruirá* el debido ejercicio de la justicia, o *que constituye peligro* para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia-, la Fiscalía debe abstenerse de pedir la restricción preventiva, pues además de que su petición en todos los casos, como lo advirtió el Tribunal, no es lo que ordena el derecho (artículos 250 de la Constitución Política, 2, 295, 296, 308, 309, 310, 311 y 312 de la Ley 906 de 2006), resulta ilógico obligarla a través del delegado fiscal, a formular solicitudes desprovistas de fundamento y en sentido contrario a su convicción basada en los elementos de conocimiento, máxime cuando las víctimas -de acuerdo con el inciso 4¹⁴³ del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011 y la sentencia C-209 de 2007- están habilitadas para presentar directamente petición de medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, cuando el fiscal no lo hace.

La impugnación indica que TP contaba con los elementos materiales probatorios que le permitían “*una inferencia mínima de autoría, no sólo para efectuar la imputación, sino para haber solicitado la imposición de la medida de aseguramiento privativo de la libertad en establecimiento de reclusión*”.

Esta afirmación supone que la detención preventiva, en tratándose de delitos cuya pena mínima es igual o superior a 4 años, tiene lugar con la sola existencia de elementos de convicción que permiten inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Sin embargo, como viene de verse, ello no es suficiente, pues también se requiere fundamentación probatoria que permita demostrar la necesidad de la medida de aseguramiento para la satisfacción de alguno de sus fines constitucionales; cuestión esta última en la que se cimentó la decisión del *a quo* y lo propuesto por la apoderada en este punto en nada la confronta.

La alzada señala que atendiendo (i) a “*la modalidad del delito, –Inocencio Oropeza- constituía un peligro para la seguridad de la sociedad*”, y (ii) por “*el lugar de la comisión de los hechos (...), el municipio de –su- residencia (...) era posible una obstrucción a la justicia*”.

¹⁴³ “La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal”.

No aclara la apoderada a qué hace referencia con la “*modalidad del delito*”. No obstante, si lo que quiso significar es que se trató de un *homicidio* y por ese sólo hecho el autor es peligroso para la sociedad, su proposición desconoce el Derecho, toda vez que: (i) resulta contrario al parámetro general de libertad en la actuación penal (artículo 295¹⁴⁴ del Código de Procedimiento Penal de 2004), regla que opera, precisamente, a favor de los imputados, es decir de quienes la Fiscalía a partir de los elementos de convicción recaudados, considera autores o partícipes de alguna conducta punible; y (ii) pasa por alto la obligación de la Fiscalía de sustentar, más allá de la mera participación en la conducta, la necesidad de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad (artículos 296¹⁴⁵, 306¹⁴⁶ y 310 *idem*), sin lo cual esta restricción no podría realmente tener carácter excepcional.

La apelante con la segunda afirmación, consistente en que *por el lugar de la comisión de los hechos -el municipio de residencia del imputado-*, “*era posible una obstrucción a la justicia*”, propone una relación consecuencial especulativa, y sin que realmente enseñe algún elemento de conocimiento indicador de que Inocencio Oropeza estaba determinado o tenía la capacidad de entorpecer o desviar el ejercicio de la administración de justicia.

Señaló la apelante que la medida de aseguramiento era: “*adecuada, porque no existía otra medida para la protección de la sociedad*”.

Al respecto cabe precisar, que el examinar si un medio legal y constitucional restrictivo de derechos resulta de imposición imprescindible por no existir otro igualmente idóneo que limite menos los derechos constitucionales de cara a conseguir el fin propuesto, no es un juicio de adecuación sino de “*necesidad*”¹⁴⁷, lo cual, en el asunto que el funcionario indiciado tuvo que afrontar, exigía determinar previamente si IO constituía un riesgo para la seguridad de la sociedad, sobre lo cual, el Tribunal para precluir advirtió que los elementos de juicio mostraron lo contrario, cuestión que la alzada realmente no desvirtuó.

¹⁴⁴ “ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. (resaltado fuera de texto).

¹⁴⁵ ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena. (Resaltado fuera de texto)

¹⁴⁶ ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. (Resaltado y subrayado fuera de texto). (...)

¹⁴⁷ El principio de proporcionalidad -en sentido amplio- se desarrolla a través de los subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Indicó la impugnante que (i) la medida de aseguramiento resultaba “proporcional”, “porque si colocamos en una balanza el derecho fundamental a la libertad de un ciudadano a los derechos de la comunidad (sic), (...) la libertad al no ser un derecho absoluto se debe restringir, aún más cuando se ataca el derecho más valioso que puede tener un individuo como el de la vida” y (ii) dejar en libertad a IO durante la actuación penal “no era proporcional al daño que él había causado”.

Las dos aseveraciones se apartan tanto de los contenidos legales y constitucionales como de la dogmática sobre argumentación basada en el principio de la proporcionalidad, como se pasa a demostrar:

Ciertamente los derechos fundamentales son *limitables* de cara a la satisfacción de fines constitucionales, -lo cual significa que también cuentan con algún margen de aplicación-. Sin embargo, lo propuesto por la recurrente con la primera afirmación no implicaría solamente su restricción, sino su total aniquilamiento, pues, de acuerdo con su opinión, *la tensión entre aquellos y el interés de la comunidad, siempre tendría que resolverse a favor de este último por ser más importante o de mayor valor*, con lo cual quedarían en absoluto vacío los primeros.

Para que esto no ocurra el examen o juicio de *proporcionalidad* abstracto o concreto, requiere: (i) previamente verificar que tanto el *medio* como el *fin* en sí mismos sean constitucionales, es decir que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el Ordenamiento a la autoridad competente para su imposición, y (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *ponderación* – o *proporcionalidad en sentido estricto*-.

La *idoneidad* exige que el medio –restrictivo del derecho individual- sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad; la *necesidad* demanda que, de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los derechos; y la *ponderación* impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido¹⁴⁸.

En palabras de la Corte Constitucional:

“El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una

¹⁴⁸ Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.1993. Pag. 111. (“La teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad”).

exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad". (Sentencia C-575 de 2009).

Entonces, el que sea *proporcional la medida de aseguramiento*, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental *-la libertad-* que implica su imposición, sea: (i) *idónea* para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado–; (ii) *necesaria* para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) *ponderada*, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.

De otra parte, contrario a lo propuesto por ésta con la segunda aseveración, la proporcionalidad no debe examinarse en relación con la dimensión del daño que pudo haber cometido el imputado, por cuanto dentro de sus fines legales no está establecido el de imponer una pena o justa retribución anticipada. Incluso, si así fuera eventualmente, igual sería inconstitucional porque el artículo 250 de la Carta Política consagra específicamente los fines de la medida de aseguramiento entre los cuales no se cuenta el sugerido por la apoderada apelante.

Además, aunque esta última norma estructural guardara silencio, es decir, no señalara tales fines, igualmente se quebrantaría la Constitución, pues fijarse como propósito el imponer pena antes de la condena, estaría por fuera del margen de acción que la parte dogmática de la Carta confiere al Estado, en virtud del contenido esencial de la *presunción de inocencia*¹⁴⁹.

Señala la impugnación que el fiscal indiciado *“omitió echarle mano”* a los criterios subjetivos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, incorporados algunos de ellos mediante la Ley 1453 de 2011 con el fin de

¹⁴⁹ *“toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*. - Artículo 29 de la Constitución Política-. (resaltado fuera de texto).

dotar de mayores “herramientas” a los jueces y fiscales “para imponer medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad”; y desconoció el artículo “317” de la misma codificación, pues ninguno de los presupuestos allí contenidos era aplicable a IO “para dejarlo en libertad”.

Lo anterior distorsiona el contenido del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, vigente para el momento en el que el indiciado se abstuvo de pedir medida de aseguramiento, pues en realidad esta normativa suministró al “juez”, no al fiscal, criterios –adicionales a la gravedad y modalidad de la conducta punible- para valorar “si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad”, no de mayores “herramientas (...) para imponer medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad”.

Es decir, la norma no fue creada para hacer más represivo el control judicial, como lo sugiere la apelante, sino para que el “juez” sea más certero en el pronóstico de la peligrosidad del imputado.

De otra parte, el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal de 2004 contiene causales de libertad aplicables a quienes se encuentran privados de ella, las cuales no están llamadas a ser consideradas en el caso de IO, pues este permaneció libre hasta cuando culminó el proceso mediante sentencia.

Si bien el Tribunal advirtió que el entonces imputado era padre cabeza de familia de una menor de 8 años de edad y residenciado en una casa de interés social en Monterey, esto no lo expuso para indicar que se encontraba satisfecho algún presupuesto de la disposición precitada, sino para mostrar su arraigo y baja capacidad económica, indicativas de la poca o nula probabilidad de que se dispusiera a evadir la acción de la justicia.

El Tribunal indicó que de lo advertido por el fiscal indiciado era innecesaria la privación de la libertad de IO, lo cual “resultó ratificado con posterioridad de manera amplia”.

Señaló la impugnante que “independientemente que las víctimas hayan sido reparadas y que IO se encuentra purgando una pena en la Cárcel de Yopal, el fiscal T sí cometió un delito y faltó a su deber legal, toda vez que fue en su momento que se desconocía los resultados que se iban a tener en el transcurso de la investigación y es allí en ese momento cuando se afecta la expectativa de mi poderdante con respecto a la administración de justicia, no es después, no es ahora, es en ese momento, es en el momento que inicia la audiencia el 18 de octubre –de 2012-, que afecta las expectativas de –su- poderdante”.

Advierte la Sala que la atipicidad de la conducta de prevaricato por omisión fue corroborada por el *a quo* a partir de los elementos de prueba con los que

contó el fiscal indiciado para abstenerse de pedir medida de aseguramiento contra IO.

Ahora, lo ocurrido subsiguientemente en el trámite, ciertamente no podría servir para reprochar alguna omisión anterior, pero nada impide poner de presente hechos posteriores, no para demostrar, sino para reafirmar lo ya acreditado, es decir, que el pronóstico de TP a partir de los elementos de conocimiento que tuvo a su disposición fue el correcto, en el sentido de que no había lugar a pedir medida de aseguramiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250

Ley 906 de 2004, arts. 2, 295, 296, 308, 309, 310, 311 y 312

Ley 1453 de 2011, art. 59

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las sentencias: CSJ CP, 26 oct. 2011, rad. 36661; CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 40365; CSJ CP078-2014, CSJ CP147-2014, y CSJ CP038-2015.

2.1.1 Frente a la ausencia de elementos de conocimiento que permitan advertir que el imputado obstruirá el ejercicio de la justicia, o que constituye peligro para la sociedad o la víctima, o que no comparecerá al proceso, o no cumplirá la sentencia, la Fiscalía debe abstenerse de solicitar la medida de aseguramiento

Extracto n. ° 189.

Número de radicado	:	46148
Número de providencia	:	AP7109-2016
Fecha	:	12/10/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

« [...] de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela

o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia. En consecuencia, no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

No obstante, de lo expuesto no se sigue que en todos los casos en los que la Fiscalía deba ejercer la acción penal, también esté compelida a solicitar medida de aseguramiento restrictiva de la libertad por la mera satisfacción del presupuesto objetivo, pues esta solamente tiene cabida cuando fundadamente se advierte necesaria para conseguir *“la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”*.

Lo anterior, por cuanto la libertad de las personas -de conformidad con la misma normativa atrás mencionada, entendida en armonía con los artículos 28 y 29 de la Carta Política- es el parámetro general con el que debe adelantarse la actuación penal y su restricción tiene carácter excepcional, como en efecto quedó consagrado en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal de 2004, al punto que la medida de aseguramiento debe estar acompañada de los elementos de conocimiento necesarios para sustentarla y demostrar la urgencia de su imposición (artículo 306 ídem).

En este orden de ideas, frente a la ausencia de elementos de conocimiento -que permitan advertir que el imputado obstruirá el debido ejercicio de la justicia, o que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia-, la Fiscalía debe abstenerse de pedir la restricción preventiva, pues además de que su petición en todos los casos, como lo advirtió el Tribunal, no es lo que ordena el derecho (artículos 250 de la Constitución Política, 2, 295, 296, 308, 309, 310, 311 y 312 de la Ley 906 de 2006), resulta ilógico obligarla a través del delegado fiscal, a formular solicitudes desprovistas de fundamento y en sentido contrario a su convicción basada en los elementos de conocimiento, máxime cuando las víctimas -de acuerdo con el inciso 4 del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011 y la sentencia C-209 de 2007- están habilitadas para presentar directamente petición de medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, cuando el fiscal no lo hace».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 2, 28, 29, 250, 295, 296, 308, 309, 310 y 311
Ley 906 de 204, art. 306 inc. 4

2.2 Derechos de la víctima frente a las medidas de aseguramiento

2.2.1 La víctima puede coadyuvar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento presentada por la Fiscalía General de la Nación

Extracto n. ° 190.

Número de radicado	:	47223
Número de providencia	:	AP2424-2016
Fecha	:	20/04/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«El recurrente considera que el juez de Control de Garantías incurrió en irregularidad al permitir que el apoderado de la víctima insistiera en la imposición de una medida de aseguramiento ya deprecada por la Fiscalía, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aquel interviniente especial solo puede demandar medidas no pedidas por el titular de la acción penal, lo que puso en desventaja a la defensa.

El artículo 137 de la Ley 906 de 2004 dispone que las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal.

A su vez, los artículos 306, 316 y 342 de la misma codificación, prevén que el Fiscal podrá solicitar al juez de Control de Garantías la imposición de medida de aseguramiento al imputado, acusado o enjuiciado, normas que fueron objeto de control constitucional en sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007, jurisprudencia invocada por el recurrente y que extendió tal facultad de postulación a la víctima. En la providencia se señaló:

8.3. Observa la Corte que la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según corresponda, tal como ha sido diseñada en la Ley 906 de 2004, sólo puede hacerla el fiscal. Esta fórmula pretende desarrollar el deber de protección de las víctimas establecido en el artículo 250, numeral 7 de la Carta, en concordancia con el literal b) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

No obstante, la fórmula escogida por el legislador deja desprotegida a la víctima ante omisiones del fiscal, o ante circunstancias apremiantes que puedan surgir y frente a las cuales la víctima cuente con información de primera mano sobre hostigamientos o amenazas recibidas que hagan

necesaria la imposición de la medida correspondiente, o sobre el incumplimiento de la medida impuesta, o la necesidad de cambiar la medida otorgada. Esto se aplica tanto a las medidas de aseguramiento como a las medidas de protección en sentido estricto.

Por lo tanto, esta omisión excluye a la víctima como interviniente especial, que por estar en mejores condiciones para contar con información de primera mano sobre la necesidad de medidas de protección o aseguramiento podría efectivamente solicitar al juez competente la medida correspondiente requerida.

8.4. No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique esta exclusión. Permitir la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección directamente ante el juez competente por la víctima, sin mediación del fiscal, no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Antes bien, asegura en mayor grado la adecuada protección de la vida, integridad, intimidad y seguridad de la víctima, de sus familiares y de los testigos a favor, así como de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

8.5. Esta omisión genera además una desigualdad en la valoración de los derechos de la víctima, al dejarla desprotegida en circunstancias en las que deba acudir urgentemente ante el juez competente para solicitar la adopción de una medida de protección o aseguramiento, o la modificación de la medida inicialmente otorgada.

8.6. Finalmente, esta omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, en la medida que la deja desprotegida en circunstancias apremiantes o ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber de proteger a las víctimas y testigos de posibles hostigamientos o amenazas, y de solicitar las medidas necesarias para promover los fines previstos en el artículo 308 de la ley, los cuales guardan estrecha relación con los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia.

De la jurisprudencia citada por el defensor no se extrae que el máximo Órgano de la jurisdicción Constitucional hubiera establecido que la víctima solo está facultada para solicitar la imposición de medidas de aseguramiento en forma subsidiaria a la pretensión de la Fiscalía, como afirma el apelante, ni prohibió al perjudicado coadyuvar las solicitudes que en ese sentido presente el ente acusador, pues la Corte extendió dicha prerrogativa al sujeto pasivo del delito, sin que haya especificado que esa potestad esté supeditada en forma alguna al comportamiento procesal de la Fiscalía.

Ello tiene su explicación, porque aun cuando la solicitud de medida de aseguramiento que realice la Fiscalía puede satisfacer los intereses de la víctima, ésta última puede reforzar la pretensión inicial acudiendo a su

propia argumentación, incluso, adicionar la solicitud del titular de la acción penal, pues si la ley y la jurisprudencia facultan a dicho interviniente especial para postular motu proprio la imposición de tales medidas cautelares, con mayor razón le permiten apoyar la que realice el ente acusador, contrario a lo afirmado por el defensor.

Si el artículo 137 de la Ley 906 de 2004 estableció que la víctima puede «*intervenir en todas las fases de la actuación penal*» y por vía de la sentencia C 209 de 2007, la Corte Constitucional otorgó a la víctima la misma facultad de postulación que ostenta el Fiscal en punto de la solicitud de medidas de aseguramiento, resulta improcedente que la defensa pretenda la nulidad de la actuación porque el apoderado del perjudicado ejerció tales prerrogativas dentro del proceso».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 204, arts. 11, 137, 306, 316 y 342

2.3 Causales de libertad

2.3.1 Vencimiento de términos

2.3.1.1 Derecho a ser juzgado dentro de plazo razonable

Extracto n. ° 191.

Número de radicado	48947
Número de providencia	AHP6640-2016
Fecha	29/09/2016
Tipo de providencia	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	HÁBEAS CORPUS

«En las providencias CSJ STP 11 mayo 2016, rad. 84957, STP6017-2016 y CSJ AP, 22 agosto 2016, rad. 48682, AP5408-2016, se ha insistido en la necesidad de diferenciar los dos ámbitos que involucra la garantía fundamental de toda persona a ser juzgada dentro de un **plazo razonable**. Por un lado, la duración del proceso, en conjunto, hasta que se produzca una decisión judicial definitiva y, por otro, la permanencia del sujeto en detención preventiva mientras se adelanta la investigación o juzgamiento.

En los precedentes reseñados también se ha destacado que el “*derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad*”, tiene una conexión primaria con la presunción de inocencia porque, en casos extremos, la detención o prisión provisional de la persona procesada podría ser equivalente a la condena fijada para el delito por el cual se le procesa y, en consecuencia, traducirse en una anticipación de la pena.

Además, esa garantía fundamental se encuentra reconocida en el Artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵⁰ y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵¹, que al ser instrumentos internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados por el Estado colombiano, integran el bloque de constitucionalidad¹⁵².

Aunque la norma constitucional y las disposiciones convencionales, en tanto están referidas a los conceptos “*dilaciones injustificadas*” y “*plazo razonable*”, no indican un término concreto, cuantificado en días, meses o años, el Estado colombiano ha cualificado los mecanismos legales tendientes a superar esa indeterminación.

En concordancia, las causales de libertad por vencimiento de términos, contenidas en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, creadas o modificadas por las Leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, constituyen un caso de especificación de esa garantía convencional¹⁵³, en tanto regulan los “*términos perentorios*”¹⁵⁴ entre diferentes actuaciones procesales y las consecuencias jurídicas relacionadas con la libertad del procesado, en caso de su incumplimiento.

¹⁵⁰ *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 juzgada dentro de un plazo razonable o 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, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución de fallo.* –Resalta el Despacho-

¹⁵¹ *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.* –Resalta el Despacho-

¹⁵² CST STP, 20 abril 2016, rad. 85216, STP4883-2016

¹⁵³ Esa afirmación no se opone a la tesis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual, el plazo razonable para la prisión preventiva «no puede ser establecido en abstracto» y tampoco «ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley» — Informe N° 2/97, 11.3.1997, punto 18.—, porque en manera alguna se ha dicho que la razonabilidad de la duración de la medida de aseguramiento o su reconocimiento esté condicionada a las razones o la voluntad del legislador. En cambio, se resalta que la expedición de esas normas soluciona, de manera aproximada, la indeterminación que ha contribuido a la ineficacia material de esa garantía convencional.

¹⁵⁴ Cfr. Sentencia C-390 de 2014.

Esa es la razón por la cual se afirmó, en la providencia CSJ AP, 22 agosto 2016, rad. 48682, AP5408-2016, que tales normas, sin lugar a dudas, también tienen un carácter sustancial.

Por otro lado, en la sentencia de tutela CSJ STP 11 mayo 2016, rad. 84957, STP6017-2016, se aclaró que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando está en juego la libertad de las personas, la indeterminación de los términos conduce a la violación de los principios y derechos constitucionales.¹⁵⁵ Además, que el legislador ordinario, y probablemente también el constituyente, carece de competencia para derogar el “*derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad*”, por ser esa una garantía fundamental contenida en el bloque de constitucionalidad.

En ese contexto, corresponde a los jueces constitucionales, de control de garantías o de *habeas corpus*, evaluar si la dilación denunciada es injustificada y, por tanto, el tiempo de la detención preventiva resulta desproporcionada, conforme a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el “*plazo razonable*” y de la Corte Constitucional en relación con el concepto “*dilaciones injustificadas*” contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

En conclusión, en el marco del Estado social de derecho colombiano, el respeto estricto de las causales de libertad por vencimiento de términos y la evaluación de las circunstancias que dieron lugar a la prolongación de la actuación judicial, en los casos de indeterminación legal —total o parcial, definitiva o temporal— del “*derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad*”, constituyen un imperativo de orden constitucional.

En ese sentido, cuando el funcionario judicial acude a criterios diferentes a los previstos en el Código de Procedimiento Penal para negar el pedido de libertad o se apoya en la inexistencia de una norma sobre la materia, incurre en la vulneración de las garantías fundamentales del procesado y en una inaceptable denegación de justicia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 9-3
Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 7-5
Ley 906 de 2004, art. 317 numerales 4, 5 y 6
Ley 1760 de 2015
Ley 1786 de 2016

¹⁵⁵ Sentencia C-390 de 2014.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 17 may. 2013, rad. 41330; CSJ AHP4621-2014, CSJ STP6017-2016, y CSJ AP5408-2016.

2.3.1.2 Cuando transcurridos ciento cincuenta (150 días) contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente

2.3.1.2.1 La aplicación de este término a los procesos tramitados ante la justicia penal especializada; en los que sean tres (3) o más los acusados, contra quienes estuviere vigente la detención preventiva; o cuando se trate de investigación o juicio de los actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000, entrará a regir a partir del 1° de julio de 2017.

Extracto n. ° 192.

Número de radicado	:	35691
Número de providencia	:	AP4481-2016
Fecha	:	13/07/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«Vigencia de la Ley 1760 de 2015.

El artículo 5 de la referida Ley, estableció que la misma *“rige a partir de la fecha de su promulgación salvo el artículo 1° y el numeral 6 del artículo 4°, los cuales entrarán a regir en un (1) año a partir de la fecha de su promulgación, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”*.

Pues bien, según lo prescrito expresamente, las siguientes eran las puntuales normas que solo entraban a regir el 6 de julio de 2016:

“Artículo 1°: Adiciónanse dos párrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor:

Parágrafo 1°. Salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las

medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso de surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la prevención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, dicho termino podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía o del apoderado de la víctima, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2°. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.”

Artículo 4°. Modifícase el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 317. Causales de Libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

(...)

6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.

Recuérdese que es precisamente la causal sexta, acabada de citar, la que sirve de soporte al defensor para solicitar la libertad de LARB.

Sin embargo, recientemente se expidió la Ley 1786 del 1 de julio de 2016, sobre la que omitió referirse el defensor en su escrito.

Pues bien, allí se consignaron algunas modificaciones a la Ley 1760 de 2015, sin que se constate cambio en el contenido de la causal ya reseñada, pero sí se prorrogó nuevamente su vigencia en los siguientes términos:

“Artículo 5. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Los términos a los que se hacen referencia en el artículo 1° y el numeral 6 del artículo 2° de la presente ley, respecto de los procesos ante justicia penal especializada, en los que sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o cuando se trate de investigación o juicio de los actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), entrarán a regir en un (1) año contado a partir de su fecha de promulgación.” (Subraya la Sala).

Valga precisar que la disposición contenida en el numeral 6 del artículo 2° de la Ley 1786 de 2016, reproduce la causal de libertad que alega el defensor, lo que permite concluir que aún si se pudiera aplicar por favorabilidad al presente asunto, la particularidad del mismo torna no vigente tal mandato.

Nótese que el delito por el cual está siendo encausado RB (concierto para delinquir agravado) es de aquellos cuya competencia está originalmente atribuida a la justicia penal especializada, de conformidad con lo señalado en el numeral 7° del artículo 5° transitorio de la Ley 600 de 2000.

Así las cosas, la procedencia de la causal 6 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, sólo entrará en vigencia a partir del 1° de julio de 2017.

La anterior constatación objetiva, torna innecesario referirse a las demás manifestaciones consignadas en el escrito del defensor.

Sin embargo, sobre las deshilvanadas referencias y citas relativas al tema del plazo razonable de detención preventiva que efectúa el apoderado de RB, la Corte se está a lo ya considerado y resuelto en la providencia adoptada en este mismo asunto el 11 de noviembre del año anterior.

En tanto que en lo atinente a la igualmente aislada mención que hace el memorialista de la disposición que tiene su representado de someterse a cualquier otra medida de aseguramiento, se advierte la improcedencia de ello, ante la carencia de fundamentación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 307 y 317 - 6
Ley 1474 de 2011
Ley 1760 de 2015
Ley 1786 de 2016, arts. 1, 2, 4-6 y 5

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ AHP7471-2016 y CSJ AP5408-2016.

2.3.1.3 Incidencia de las solicitudes de aplazamiento, inasistencia u otros actos ejecutados por parte de la defensa

Extracto n. ° 193.

Número de radicado	:	46708
Número de providencia	:	AHP5012-2015
Fecha	:	03/09/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«El despacho considera que no le asiste razón al apelante en cuanto afirma que las solicitudes de aplazamiento de la audiencia de acusación programada para el primero de diciembre de 2014 y, luego, para el 20 de enero de 2015, no inciden el cálculo del término de privación de la libertad, porque de todos modos las audiencias no se hubieran podido realizar toda vez que la Fiscalía se enteró tardíamente de la programación.

Lo cierto es que en ambos casos el aplazamiento de las audiencias estuvo determinado por las solicitudes presentadas por el defensor de OM. En el primer evento, la defensa allegó la solicitud de cambio de fecha el 27 de noviembre de 2014, cuando recién había ocurrido la dimisión del abogado que tenía a cargo la representación judicial del procesado, que fue reemplazado por el actual defensor. Así, desde ese momento era claro que la audiencia no se podía realizar, lo que le resta trascendencia a cualquier error o situación que se haya presentado en la comunicación a la Fiscalía.

Lo mismo sucedió con la audiencia programada para el 20 de enero de 2015, pues cinco días antes la defensa solicitó el aplazamiento, a lo que accedió el Juzgado mediante auto proferido al día siguiente. Una vez tomada la decisión de aplazamiento, lo atinente a la notificación a la Fiscalía perdía relevancia para el análisis que ahora nos convoca, pues resulta difícil adivinar lo que hubiera hecho o dejado de hacer el Juzgado en cuanto a la notificación de las partes si no hubieran mediado las solicitudes de aplazamiento presentadas por la defensa.

Tampoco es aceptable lo expresado por el libelista en torno a la imposibilidad de descontar el tiempo de dilación asociado a una solicitud de aplazamiento presentada conjuntamente por la Fiscalía y la defensa. En estos casos el análisis no se centra en establecer la manera como las partes se comportan entre sí, sino en verificar si la defensa contribuyó al vencimiento del término previsto en la ley para otorgar la libertad al procesado, independientemente de que haya obrado de manera individual o decida hacerlo mancomunadamente con su contraparte.

El hecho de solicitar el aplazamiento de una audiencia contribuye, sin duda, a que el caso no se pueda resolver en los términos que consagra la ley, máxime si se tiene en cuenta que la realización de la audiencia de acusación se había visto truncada varias veces por solicitudes en el mismo sentido, en esos casos presentadas exclusivamente por la defensa.

Visto de esta manera, no es cierto lo que plantea el impugnante en torno a que habían transcurrido 252 días de privación de la libertad, porque, como bien lo anota el ad-quo, era necesario descontar lo concerniente a los aplazamientos de la audiencia de acusación solicitados por el defensor de OM, y ello incluye lo sucedido con las audiencias programadas para el primero de diciembre de 2014, el 20 de enero de 2015 y el 17 de febrero del mismo año.

Así las cosas, aun si se aceptara, en gracia de discusión, que la defensa no pudo acudir a las audiencias programadas para el ocho de julio y el 6 de agosto porque no le fue notificada la fecha y hora dispuesta por el juzgado para tales efectos, al tiempo calculado por el ad-quo (140 días) sólo se le podría agregar el transcurrido entre el ocho de julio y el momento de la presentación de la acción de hábeas corpus. En este evento, incluso si se toma como referente la fecha actual, el término de privación de la libertad de OMG dista, y mucho, de alcanzar el tope de 240 días a que hace alusión el artículo 317 de la Ley 906 de 2004 para que proceda la libertad por vencimiento de términos en casos de competencia de la justicia especializada.

Lo anterior hace innecesario analizar lo concerniente al tiempo destinado a la definición de competencia, porque, como bien lo anotó el Tribunal de primera instancia, no hay lugar al vencimiento del término tantas veces analizado, así se dejen de descontar los días que estuvo paralizada la actuación mientras se resolvía ese aspecto.

Así, el impugnante no presentó argumentos que desvirtúen la presunción de legalidad y acierto que tiene la decisión emitida por el ad-quo, razón por la cual será confirmada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 317

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AHP, 05 ago. 2009, rad. 32368; CSJ AHP, 12 dic. 2009, rad. 33240; CSJ AHP, 28 may. 2010, rad. 34283; CSJ AHP, 01 dic. 2010, rad. 35467; CSJ AHP5623-2014, CSJ AHP024-2014, y CSJ AHP807-2015.

Extracto n. ° 194.

Número de radicado	:	47819
Número de providencia	:	AHP1755-2016
Fecha	:	01/04/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«Si bien le asiste la razón al impugnante cuando afirma que las audiencias preliminares fijadas para el 31 de diciembre de 2015 y 26 de febrero y 10 de marzo de 2016, con el propósito de pedir la revocatoria de la medida de aseguramiento, así como las señaladas para el 12 y 17 de febrero de esta última anualidad, con la finalidad de solicitar la libertad por vencimiento de términos –art. 317, num. 5, C.P.P.–, no se realizaron por los jueces de control de garantías asignados para tal efecto; conviene hacer algunas precisiones sobre el punto en cuestión, en orden a evidenciar que la pretensión del accionante está llamada al fracaso.

[...]

En efecto, según se indicó, es requisito indispensable para que el juez constitucional aborde el estudio de fondo de la causal de libertad que invoca el accionante, que previamente éste haya agotado los mecanismos ordinarios previstos al interior del proceso penal para la protección del derecho fundamental de la libertad, valga decir, que haya acudido al juez natural que legalmente está habilitado para resolver peticiones de ese jaez pues, recuérdese, la acción de *hábeas corpus* no está diseñada para suplir los procedimientos judiciales dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad, ni puede utilizarse para desplazar al funcionario judicial competente.

En ese orden, como en la audiencia preliminar de revocatoria de la medida de aseguramiento, según el artículo 318 del C.P.P., lo que se pretende es acreditar ante el funcionario judicial que han desaparecido los requisitos previstos en el canon 308 ídem, que sirvieron de fundamento para su imposición, siendo necesario presentar elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida que permita inferir razonablemente esa circunstancia; surge patente entonces, que en dicha diligencia ningún debate surge en torno a las causales de libertad previstas en el artículo 317 ejusdem, de donde se sigue que acudir a tal mecanismo no satisface la carga de agotar previamente los medios previstos en el ordenamiento legal para la protección del derecho fundamental de la libertad.

De otro lado, situación distinta se presenta en relación con las audiencias preliminares fijadas para los días 12 y 17 de febrero de la cursante anualidad, a instancia de la defensa, habida cuenta que su finalidad era precisamente que la judicatura resolviera sobre la solicitud de libertad por vencimiento de términos, procedimiento idóneo para garantizar el derecho fundamental que el accionante afirma conculcado, por lo que solo en el evento que tales diligencias no se hubieren llevado a cabo por motivo imputable a la administración de justicia, que no al demandante de *hábeas corpus*, este juez constitucional quedaría facultado para asumir el estudio de fondo de la causal de libertad prevista en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

Empero, según las constancias que obran en la presente actuación, se tiene que si bien las referidas audiencias preliminares resultaron fallidas, la razón de su no práctica es achacable única y exclusivamente a la parte interesada, valga decir, al accionante DA y a su defensor.

En efecto, según lo certificó el Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, la diligencia dispuesta para el 12 de febrero de 2016, a las 2:00 p.m., no se cumplió debido a la ausencia de las partes, esto es, del defensor que la solicitó y del delegado de la Fiscalía, presentándose el primero de los citados al despacho judicial después de transcurridos 30 minutos de la hora señalada, por lo que se procedió a reprogramarla para el día 17 del mismo mes y año¹⁵⁶.

Ahora bien, en esta última ocasión, la audiencia preliminar que correspondió al Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, tampoco se realizó, pero contrario a lo afirmado por el accionante en la impugnación, la razón por la que resultó fallida fue porque «*el interesado retira la solicitud*», valga decir, el defensor del aquí demandante de *hábeas corpus* desistió de la petición de libertad por

¹⁵⁶ Folios 51 y 52 del cuaderno principal.

vencimiento de términos, según consta en el acta allegada al presente trámite en esta sede, por el mencionado despacho judicial¹⁵⁷.

En esa medida, como en las dos oportunidades en que el abogado del accionante promovió la práctica de audiencia preliminar de libertad por vencimiento de términos, éstas no se llevaron a cabo por razón imputable a esa parte, según quedó visto, la no resolución de la pretensión de la defensa no puede entenderse como la negación del legítimo acceso a la justicia.

En conclusión, el Despacho encuentra que no es procedente el amparo constitucional invocado por TADA, puesto que, de una parte, éste se encuentra privado de la libertad legalmente en razón de medida de aseguramiento de detención preventiva en domicilio proferida en su contra por un juez de control de garantías y, de otro lado, la petición de libertad por vencimiento de términos que a su favor se formuló no ha sido resuelta por el funcionario judicial competente, debido a la inasistencia del peticionario y al desistimiento de las respectivas audiencias preliminares».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 308, 317-5 y 318

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AHP2480-2017.

2.3.1.4 Contabilización de los términos cuando hay varios defensores y es uno de ellos quien solicita el aplazamiento de las diligencias

Extracto n. ° 195.

Número de radicado	:	40819
Fecha	:	01/03/2013
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«[...] observado que el juicio oral no se ha cumplido dentro del término de los 120 días fijados en los supuestos del motivo de libertad que se aduce, pero por razón de las múltiples solicitudes de aplazamiento de la audiencia

¹⁵⁷ Folio 10 del cuaderno de la Corte.

preparatoria que uno de los defensores ha reclamado en pos de ejercer con plenas garantías el derecho de defensa y que, precisamente, tras acoger dichas peticiones, el Juez de conocimiento lo ha diferido desde el mes de agosto, el juicio de razonabilidad sobre los motivos que rechazan la libertad sale adelante en las decisiones así adoptadas y por ende nugatoria la viabilidad misma de la acción por no configurar esas decisiones vías de hecho.

Obsérvese que es el criterio de unidad de defensa cuanto se ha aducido para hacer notar que debido a peticiones de aplazamiento no ha logrado encaminarse la actuación hacia el juicio oral, al margen de que, en efecto, quien haya provocado dicha postergación fuera el procurador judicial de RS y no quien apodera a AC.

Si bien la tesis de la unidad de defensa no se comparte, en atención a que esta sería predicable del procesado y su defensor, o de varios acusados con la asistencia de un profesional del derecho, lo cierto es que el criterio consignado en la providencia impugnada no se ofrece ostensiblemente caprichoso o arbitrario, luego se desvanece el concepto de vía de hecho que tornaría procedente el hábeas corpus.

Por lo demás, también lo ha señalado la doctrina de la Corte desde antiguo la eventual libertad por vencimiento de términos, configura una típica sanción al Estado por la inercia demostrada en el regular adelantamiento de los procesos, pero no cuando superar los mismos se explica a través de la propia dinámica de cuantos intervienen en su consolidación integral, esto es, cuando el propio devenir de la actuación comporta su eventual superación. Hace tiempo que estos factores escapan a un criterio de mera verificación objetiva inconsulta de las propias vicisitudes procesales que los determinan».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AHP, 07 jul. 2011, rad. 36900.

2.3.1.5 La libertad por vencimiento de términos no procede si la diligencia pendiente se realiza antes de decidirse aquélla solicitud

Extracto n. ° 196.

Número de radicado	:	45227
---------------------------	---	-------

Número de providencia	:	AHP182-2015
Fecha	:	22/01/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«[...] no puede entenderse arbitraria la privación de la libertad de los procesados atendiendo a que ya se presentó el escrito de acusación y, por ende desapareció el fundamento temporal que daría paso a la causal de liberación deprecada.

Al respecto, obsérvese que en un caso similar esta Sala argumento:

No se niega que la Fiscalía, por motivos que aquí no se discutirán, hizo el registro del escrito de acusación después de transcurridos 60 días desde la formulación de imputación. Pero esa situación que mientras ocurría satisfacía la exigencia contemplada en el numeral 4 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, se encontraba superada cuando la defensa solicitó la libertad provisional del procesado e igualmente, como es obvio, al momento de instaurarse la presente acción de hábeas corpus. (CSJ AP. 4 Mar. 2014, rad. 43312).

El anterior criterio ratifica lo expresado por esta Sala en auto de 18 de enero de 2010, dentro del radicado 33324, en el cual se indicó:

Así las cosas, procedería ocuparse de los argumentos de fondo planteados por el impugnante para rebatir la decisión, si no fuera porque la protección del derecho a la libertad, inherente a la acción de hábeas corpus, en este momento se torna innecesaria, dado que el supuesto de hecho contenido en la norma que se invoca en pro de ..., previsto en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 30 de la Ley 1142 de 2007, se ha desvirtuado.

(...)

En efecto, si la causal de libertad pretextada en esta normativa procesal pende de que no se haya iniciado la audiencia del juicio oral, es claro que una vez acaecido ese supuesto el motivo pretextado desaparece, como ocurre en los casos en que, por ejemplo, bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 se habían sobrepasado los términos para definir situación jurídica de una persona privada de la libertad y antes de que se fallara la acción de hábeas corpus se profería la decisión echada de menos.

Por ello, esta causal no produce efectos automáticos o de oficio, es primordial que la parte afectada lo denuncie y demuestre, atendiendo la naturaleza adversarial del nuevo sistema procesal, si no lo hace, como aconteció aquí, entran en juego, los principios resaltados atrás, pues la ley no permite que situaciones como la peticionada, pueda manejarse en diversos estadios

procesales sino en los actos delimitados en la misma: entre formulación de imputación y escrito de acusación.

Bajo ese rasero, es claro que desde ningún punto de vista jurídico, se le ha prolongado de manera indebida el derecho de locomoción al inculcado desde el día siguiente en que se formuló la imputación y se radicó el escrito de acusación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 317-4
Ley 1142 de 2007

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 18 en. 2010, rad. 33324; CSJ AP, 25 abr. 2012, rad. 38836; CSJ AP, 19 dic. 2012, rad. 40459; CSJ AP, 03 sep. 2013, rad. 42154; CSJ AHP024-2014, CSJ AHP046-2014, CSJ AHP5455-2014, CSJ AP1002-2015, CSJ AHP182-2015, CSJ AHP2266-2015, CSJ AHP6168-2015, CSJ AHP5738-2015, CSJ AHP5955-2015, CSJ AHP228-2016, CSJ AHP6741-2016, CSJ AHP7100-2016, CSJ AHP7820-2016, CSJ AHP029-2017, y CSJ AHP2893-2017.

2.3.2 Audiencia de libertad por vencimiento de términos

2.3.2.1 El juez de control de garantías debe verificar que las partes, testigos, peritos y demás personas que deben intervenir en la audiencia sean debidamente notificados

Extracto n. ° 197.

Número de radicado	:	48682
Número de providencia	:	AP5408-2016
Fecha	:	22/08/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«La Juez Quinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga no dio curso a la audiencia de libertad provisional por

vencimiento de términos pretextando que el contradictorio no estaba debidamente conformado, porque el apoderado de las víctimas no fue convocado a esa diligencia, situación que podía dar lugar a la vulneración de los derechos de contradicción y defensa de dichos intervinientes.

Esa determinación fue calificada de razonable, tanto por la propia funcionaria, en los descargos de 10 de agosto de 2016, como por el Magistrado *a quo*, en el fallo impugnado en principio, con respaldo en el auto CSJ 19 marzo 2015, rad. 45620, AHP 1420 – 2015, en el cual, ante un caso similar, se dijo:

... frente al caso concreto de la petición de libertad por parte de los defensores de los procesados, la presencia en la audiencia de los representantes de la Fiscalía y de las víctimas, no se tornaba obligatoria, bastando con garantizar a ellos su posible intervención en la audiencia a través de la oportuna notificación de la fecha de su celebración. De allí que sólo en el evento de no haber sido notificados o de presentación por parte de ellos de una excusa válida para el juez, podía suspenderse la audiencia en razón de su ausencia.

En concordancia, ambos funcionarios sostuvieron que la ausencia del apoderado de las víctimas tornaba en inviable la realización de la diligencia, so pena de vulnerarse el debido proceso de dichos intervinientes y que esa situación era imputable al solicitante, quien tenía el «*deber de suministrar los datos correctos y evitar desgastes innecesarios de la administración de justicia*»¹⁵⁸

Sin embargo, ese entendimiento no concuerda con la lectura integral del artículo 171 de la Ley 906 de 2004, cuyo texto es el siguiente:

CITACIONES. Procedencia. Cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación.

La citación para que los intervinientes comparezcan a la audiencia preliminar deberá ser ordenada por el juez de control de garantías. –Resalta el Despacho-

De conformidad con esa norma, es un deber del juez de control de garantías ordenar la citación oportuna de las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación, actividad que no está limitada a la mera transliteración de los datos consignados por el solicitante en el formato suministrado por la Oficina o Centro de Servicios Judiciales.

[...]

¹⁵⁸ Fl. 34.

El defensor de RQB cumplió con la carga mínima que le correspondía al suministrar los datos de identificación del proceso, la autoridad a cargo del juzgamiento, el delegado de la Fiscalía y de las víctimas acreditadas en la actuación.

Era deber de la Juez de Control de Garantías, con independencia de lo realizado por el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales, verificar que las partes, testigos, peritos y demás personas que debían intervenir en la audiencia de libertad por vencimiento de términos fueran debidamente notificados, tal y como lo ordena la norma citada.

La negativa a realizar la diligencia invocada, sustentada en la creencia de que la notificación echada de menos tuvo origen en la simple negligencia del solicitante, difumina el referido deber legal e impone una carga excesiva sobre el peticionario. Además, tal comportamiento es contrario a los principios de lealtad procesal y buena fe, pues como la propia Juez Quinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga adujo en el presente trámite constitucional, la condición de apoderado judicial de las víctimas se encontraba debidamente reconocida en el proceso».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 171

2.3.2.2 No es obligatoria la comparecencia de la Fiscalía y del representante de las víctimas, basta con garantizar a ellos su posible intervención en la audiencia a través de la oportuna notificación de la fecha de su celebración

Extracto n. ° 198.

Número de radicado	:	45620
Número de providencia	:	AHP1420-2015
Fecha	:	19/03/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«Tratándose de una audiencia en la que se habría de solicitar el restablecimiento del derecho a la libertad de los acusados, no resultaba para nada aconsejable supeditar su realización a la presencia de la Fiscalía y del

representante de las víctimas, pues si existiera el interés de alguno de ellos por oponerse a la pretensión de los defensores era su deber hacerse presente en la fecha y hora señalada para tal efecto.

De hecho, bien se sabe que las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo, deben ser tramitadas en audiencia preliminar, con la presencia obligada de los imputados y sus defensores. Obviamente, cuando son éstos quienes demandan el restablecimiento del derecho fundamental por vencimiento de términos, tienen la carga de la argumentación y del ofrecimiento de los elementos de juicio ante los jueces con función de control de garantías.

En este sentido, frente al caso concreto de la petición de libertad por parte de los defensores de los procesados, la presencia en la audiencia de los representantes de la Fiscalía y de las víctimas, no se tornaba obligatoria, bastando con garantizar a ellos su posible intervención en la audiencia a través de la oportuna notificación de la fecha de su celebración. De allí que sólo en el evento de no haber sido notificados o de presentación por parte de ellos de una excusa válida para el juez, podía suspenderse la audiencia en razón de su ausencia, circunstancias que no se desprenden de la constancia secretarial de no realización de la audiencia (fls. 125)».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AHP6168-2015, CSJ AHP7422-2015, y CSJ AHP7793-2016.

2.3.2.3 Compete al juez de conocimiento decidir respecto a la solicitud de libertad presentada con posterioridad al anuncio del sentido del fallo y antes de que la sentencia cobre ejecutoria

Extracto n. ° 199.

Número de radicado	:	49070
Número de providencia	:	AHP7019-2016
Fecha	:	13/10/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HÁBEAS CORPUS

«En el presente caso el defensor no solicitó la libertad de su representado al juez competente para concederla según el estado actual del proceso. La conclusión de que la competencia para decidir ese tipo de solicitudes con

posterioridad al anuncio del sentido del fallo es del juez de conocimiento surge de las claras siguientes consideraciones:

La Ley 906 de 2004 solamente prevé tres clases de jueces: de control de garantías (artículo 39), de conocimiento (artículo 40) y de ejecución de penas y medidas de seguridad (artículo 41).

Esa normatividad dispone que las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral (que son audiencias de conocimiento), se resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías (artículo 153). Tal es el caso, entre otras, a título de enunciación: *“Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo”* (artículo 154-8).

En consecuencia, necesario es concluir que si únicamente las solicitudes de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo son resueltas en audiencia preliminar por el juez de control de garantías, las que se formulen con posterioridad a ese momento no serán decididas en ese tipo de acto ni por esa clase de funcionario.

Por tanto, como –según se vio– solamente existen jueces de garantías, de conocimiento y de ejecución, el de la primera clase queda descartado por el precepto citado y el último solamente adquiere competencia a partir de la ejecutoria de la sentencia (artículo 41). Por ello, el único que tiene la potestad para decidir ese tipo de pedimentos en el momento procesal señalado es el **juez de conocimiento**.

Y así lo corroboran los artículos 449, 450 y 451, que, en su orden, lo autorizan a disponer, en el momento mismo de anunciar el sentido del fallo, la libertad inmediata del absuelto, la continuación de la libertad del que no está detenido, el encarcelamiento del acusado libre o la excarcelación del enjuiciado que sea acreedor a la concesión de un subrogado penal.

Por último, que el vencimiento de términos que sirve de sustento a la solicitud de libertad sea atribuible al juez de conocimiento no es obstáculo para elevar la petición, pues, según se extrae de la solicitud, dicho funcionario hasta el momento no se ha declarado impedido y es opción del defensor recusarlo o no».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 39, 40, 41, 153, 154-8, 449, 450 y 451

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP4315-2016.

CAPÍTULO V

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1.1 Aplicación del principio de oportunidad cuando se trata de conductas que afectan de forma irrelevante el bien jurídico tutelado

Extracto n. ° 200.

Número de radicado	:	31362
Fecha	:	13/05/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En lo que respecta a las implicaciones procesales que acarrea la afectación irrelevante del bien jurídico, el máximo Tribunal en sede de control constitucional ha señalado en fallos como C-591 y C-673 de 2005, C-098 de 2006 y C-095 de 2007, que el modelo acusatorio del acto legislativo 03 de 2002 contempla la aplicación del principio de oportunidad no sólo como un instrumento para enfrentar el crimen organizado, sino esencialmente para excluir del ejercicio de la acción penal a los delitos de resultado de bagatela, tal como lo reiteró la Sala en la sentencia de 18 de noviembre de 2008 (29183).

“Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

”Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador,

aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

”La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta”¹⁵⁹.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha precisado que las causas de extinción de la acción penal tienen que ser asumidas por el funcionario de conocimiento, excepto cuando se trata de una circunstancia susceptible de aplicación del principio de oportunidad, pues, por expreso mandato constitucional, tal competencia es del resorte exclusivo del juez de control de garantías

“En efecto, en los casos de ocurrencia de una causal de extinción de la acción, le corresponde a la Fiscalía solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, salvo el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que tiene unas reglas particulares definidas en el artículo 250 de la Constitución, que asignó su control de legalidad al juez de control de garantías y definió para el efecto unas reglas especiales en el artículo 327 de la ley 906 de 2004”.

En este orden de ideas, aun en el evento de considerar que la ausencia de afectación relevante del bien jurídico sea un problema de atipicidad, lo procedente no sería solicitar ante el funcionario de conocimiento la preclusión con base en el numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la atipicidad del hecho investigado, toda vez que el juez natural para conocer de la extinción de la acción penal por comportamientos insignificantes es, de acuerdo con el acto legislativo 03 de 2002 y las causales que para tal efecto consagró el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, el juez de control de garantías y medidas de seguridad.

De ahí que la Sala, en el referido fallo de 18 de noviembre del año pasado, hizo un llamado a los operadores de la norma para que funcione el principio de oportunidad como mecanismo idóneo que evite el adelantamiento de investigaciones por conductas en las que no se haya afectado de manera significativa el bien jurídico:

“Frente a esa gama de posibilidades de justicia mejor, la Corte exhorta a los funcionarios judiciales, especialmente de la Fiscalía General de la Nación, a hacerlos operantes de manera que los grandes esfuerzos institucionales se concentren en los asuntos que realmente sean trascendentes, para evitar así el daño que en la sociedad genera el delito”.

NORMATIVIDAD APLICADA:

¹⁵⁹ Sentencia de 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

Ley 906 de 2004, arts. 323, 324-10, 324-11, 324-12, 324-13, 324-14 y 324-15

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ, SP, 18 nov. 2008, rad. 29183.

1.2 Cuando quiera que una persona sea requerida en extradición por un delito respecto del cual esté siendo investigada o haya sido juzgada en Colombia, el Fiscal General de la Nación no podrá ejercer la atribución señalada en el artículo 323 del C.P.P, entre otras situaciones, cuando ese delito sea el de concierto para delinquir que tenga como finalidad cometer delitos de narcotráfico, según lo consagra el parágrafo 3° del artículo 324 del C.P.P.

Extracto n. ° 201.

Número de radicado	:	25436
Fecha	:	01/02/2007
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	EXTRADICIÓN

«Es cierto, como lo sostiene el recurrente, que el principio de oportunidad regulado por los artículos 321 a 330 de la Ley 906 de 2004 no opera en todos los casos.

En efecto, de acuerdo con el artículo 323 de ese Código, la Fiscalía General de la Nación puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal cuando, entre otras causales, la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible (artículo 324.2 *ibídem*).

También es cierto que el fiscal no puede hacer uso del principio de oportunidad cuando se trata, además de otros, de delitos de narcotráfico, según lo establece el parágrafo 3° del citado artículo 324.

El impugnante entiende que su caso está comprendido en esa excepción, pues considera que el país requirente lo reclama por delitos de narcotráfico.

Si se examina el contenido del *indictment* que en contra de H MV fue proferido en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida el 11 de agosto de 2005, se podrá advertir, como lo precisa también

la Embajada de Estados Unidos en la nota verbal n.º 0858 del 7 de abril de 2006, que los tres cargos que se le imputan, si bien están relacionados con delitos de narcotráfico, no están referidos al narcotráfico mismo, toda vez que se contraen al concierto para ejecutarlo.

En otras palabras expresado, las autoridades estadounidenses no le imputan en el mencionado acto a H MV la ejecución de delitos de narcotráfico, sino el de concierto para llevarlo a cabo.

La figura del concierto según el contenido de las normas penales de Estados Unidos de América, equivale, como ha sido sostenido por la Corte en múltiples oportunidades, al concierto para delinquir que consagra el artículo 340 del Código Penal colombiano, más precisamente con su inciso 2º, modificado por el artículo 8º de la Ley 733 de 2002 y por el 19 de la Ley 1121 de 2006, preceptiva que establece una pena que hoy va de 8 a 18 años de prisión y multa que va de 2.700 a 30.000 smlmv., cuando el concierto se produce para cometer, entre otros, delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Aunque esa especie delictiva no está comprendida dentro de las excepciones que el parágrafo 3º del mentado artículo 324 de la Ley 906 de 2004 consagra para la ejecución del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General de la Nación, debe entenderse que por su teleología, es decir, por tener la finalidad de llevarlos a cabo, queda incorporada en las mentadas excepciones.

De otro modo expresado, cuando quiera que una persona sea requerida en extradición por un delito respecto del cual esté siendo investigada o haya sido juzgada en Colombia, el Fiscal General de la Nación no podrá ejercer la atribución señalada en el artículo 323 de la Ley 906, cuando ese delito sea el de concierto para delinquir que tenga como finalidad cometer delitos de narcotráfico o que signifiquen graves infracciones al derecho internacional humanitario, que constituyan crímenes de lesa humanidad, genocidio o terrorismo, según lo consagra el parágrafo 3º del artículo 324 *ibidem*.

Sin embargo, no por esa razón adquiere prevalencia el derecho aducido por el recurrente de ser juzgado en Colombia como para que se erija en motivo impediendo de la extradición, pues frente a una tal circunstancia, si la Corte encuentra satisfechos por parte del país requirente los requisitos que el ordenamiento interno establece para concederla y emite concepto favorable, será el Gobierno Nacional, debidamente informado de la situación, como supremo director de las relaciones internacionales y consultando los altos intereses de la Nación, el estamento que decidirá si accede o no a la entrega de la persona requerida.

Como quiera, entonces, que las razones aducidas por HMV no tienen la capacidad de hacer que la Corte modifique el pronunciamiento recurrido, en cuanto ningún acto irregular que signifique agravio al derecho de defensa o al debido proceso se ha manifestado en el presente trámite, éste se mantendrá».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 323, 324-2 y 324-3

1.3 No procede la aplicación del principio de oportunidad cuando la indemnización integral a la víctima se realiza después de la audiencia de juzgamiento, pero si se dan los supuestos del artículo 42 de la Ley 600 de 2000, procede la extinción de la acción penal por aplicación del principio de favorabilidad

Extracto n. ° 202.

Número de radicado	:	35946
Fecha	:	13/04/2011
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Previamente a resolver sobre la petición elevada de manera conjunta por los defensores de los procesados y la víctima en el sentido de que se extinga la acción penal por indemnización integral, bien está recordar que este instituto no aparece expresamente regulado en la Ley 906 de 2004, como sí obra en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, circunstancia ante la cual los profesionales del derecho deprecian someramente su aplicación en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal.

En efecto, en la Ley 906 de 2004 se aborda la figura de la indemnización integral como constitutiva de una causal de procedencia del denominado principio de oportunidad, según aparece en el numeral 1° del artículo 324, modificado por el 2° de la Ley 1312 de 2009, en los siguientes términos:

“1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.”

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior...” (subraya fuera de texto).

También así lo ha concebido esta Sala al subrayar que:

“No hay duda, entonces, que la ponderación como criterio auxiliar y a su vez modulador de la actividad procesal, impulsa a que prevalezcan los derechos de la víctima y mucho más cuando un reconocimiento de este talante en nada afecta los intereses del sindicato en la medida que fue éste por su iniciativa quien abrió paso al restablecimiento del derecho. En ello se explica el por qué de la cesación de procedimiento por indemnización integral.”

Finalmente quiere dejar en claro la Sala que el procedimiento acabado de reseñar se estructura al interior de la L 600/00, pero asimismo que nada impide que similares consideraciones y conclusiones puedan adoptarse de cara al trámite de una actuación regida por la L 906/04, en este último evento -claro está- cuando se vean enfrentadas la prescripción y la simultánea aplicación de la causal primera del artículo 324 reguladora del principio de oportunidad en su manifestación de extinción de la acción penal”¹⁶⁰ (subrayas fuera de texto).

No obstante, al tenor del artículo 323 de la Ley 906, modificado por el 1° de la Ley 1312 de 2009, la aplicación del principio de oportunidad es procedente “*hasta antes de la audiencia de juzgamiento*”, lo cual implica que para el actual momento procesal, cuando ya se ha proferido fallo de segunda instancia, resulta inviable.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse si, ante la ausencia de regulación de un mecanismo de extinción a esta altura procesal, es posible acudir, como lo plantean los defensores, al instituto de cesación de procedimiento por indemnización integral contemplado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

La Corte encuentra atinada la petición de los defensores de acudir al principio de favorabilidad de la ley penal para permitir esa posibilidad.

Ciertamente, según el criterio reiterado de la Sala, el principio de favorabilidad de la ley penal en tratándose de materias sustanciales o procesales con proyección sustancial es perfectamente viable no sólo frente a la sucesión de leyes en el tiempo sino también cuando coexisten, como ocurre con la simultánea vigencia de las Leyes 600 y 906.

¹⁶⁰ Auto de 31 de marzo de 2009, rad. 31466.

Usualmente las situaciones que ha afrontado la Corte comportan la aplicación de la Ley 906 de 2004 a asuntos tramitados bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, por lo que se ha dicho, para dar vía libre a su aplicación, que se debe tratar de normas reguladoras de institutos procesales análogos, contenidos en una u otra legislación, siempre que no hagan parte de la esencia y naturaleza jurídica del sistema penal acusatorio.

Sin embargo, así como es viable aplicar el principio de favorabilidad para asuntos regidos por el sistema de Ley 600 con disposiciones de la Ley 906, bajo la misma lógica lo es proceder en sentido contrario, esto es, traer institutos de la Ley 600 a asuntos tramitados por la 906, como aquí ocurre, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza del sistema acusatorio¹⁶¹.

En el caso de la especie, como ya se dijo, de lo que se trata es de establecer si resulta procedente acudir al instituto de la reparación integral consagrado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, como causal de extinción de la acción penal, para momentos posteriores a la audiencia de juzgamiento o de juicio oral cuando ya ha expirado la posibilidad de tramitarlo por la vía del principio de oportunidad, esto último en la medida en que se cumplan sus condicionamientos, según lo ya visto.

Para la Corte, la aplicación de esta figura en las condiciones reseñadas, no sólo no pervierte la naturaleza del sistema acusatorio, sino que político criminalmente se ajusta a sus necesidades y a la voluntad del legislador al implementarlo.

Ello se refleja porque resulta compatible con el modelo de justicia restaurativa inmerso en el sistema acusatorio, no sólo porque en el Libro VI se regula un programa en tal sentido, sino porque tal propósito es latente en las siguientes disposiciones de la Ley 906, con carácter de principio rector. Así, para empezar, en el artículo 10°, inciso cuarto, según el cual:

“El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales...”

De la misma forma, con los derechos de las víctimas y, particularmente con el estipulado en el literal c del artículo siguiente, en donde se prescribe que tienen derecho:

“c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código”.

¹⁶¹ Ente otras, sentencia de noviembre 14 de 2007, rad. 26190.

E, igualmente, con el principio rector del restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 22, en donde se expresa que:

“Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal...”.

De modo que, ningún obstáculo encuentra la Sala para aplicar en esta coyuntura procesal la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral, más aún si con la solución aparecen satisfechas las demandas de justicia y verdad de la víctima quien, precisamente, como atrás se reseñó, se une a la petición de procesados y defensores en el sentido de que se declare la extinción de la acción penal en favor de *RGQ y MGCR*.

Sin embargo, la aplicación del figura se tornará procedente siempre y cuando se satisfagan los presupuestos establecidos en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

En esa dirección conviene advertir que de tiempo atrás esta Corporación ha señalado que la solicitud de extinción de la acción penal por indemnización integral puede presentarse hasta antes de que se profiera fallo de casación¹⁶².

Por ello, mientras no se dicte sentencia que decida sobre el libelo de casación o en tanto no se decida mediante auto inadmitir la respectiva demanda, asiste la oportunidad de solicitar la declaración de extinción de la acción penal por indemnización integral y la consecuente cesación de procedimiento, en cuanto que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado artículo de la Ley 600 de 2000, esto es, que el delito corresponda a alguno de los relacionados por el legislador en tal precepto, que se ha reparado integralmente el daño ocasionado de conformidad con el dictamen pericial –a menos que medie acuerdo sobre su valor o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado– y que dentro de los cinco años anteriores no se haya proferido en otro proceso preclusión de la investigación o cesación de procedimiento en su favor por el mismo motivo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 600 de 2000, art. 42

¹⁶² Auto del 21 de julio de 1998, rad. 9660; sentencia del 24 de febrero del 2000, rad. 13711; sentencia del 10 de noviembre de 2005, rad. 24032 y auto del 20 de febrero de 2008, rad. 29003.

Ley 906 de 2004, arts. 323 y 324-1

JURISPRUDENCIA RELACIONADAS:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 38865; CSJ AP, 30 abr. 2013, rad. 40838; CSJ AP, 12 jun. 2013, rad. 41144; CSJ AP232-2014, CSJ AP4983-2014, CSJ AP5230-2014, CSJ AP5790-2014, CSJ AP5736-2014, CSJ AP5852-2014, CSJ AP6222-2014, CSJ AP7224-2014, CSJ AP7639-2014, CSJ AP210-2015, y CSJ AP5171-2016.

1.4 El principio de oportunidad no se podrá aplicar en casos adelantados por delitos de lesa humanidad

Extracto n. ° 203.

Número de radicado	:	32672
Fecha	:	03/12/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«La necesidad de una especial respuesta punitiva contra los responsables de los delitos de lesa humanidad ha sido considerada últimamente por el legislador nacional al establecer que el principio de oportunidad es posible aplicarlo a los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley (Ley 1312 de 2009, artículo 2.17, reformatorio del 324 de la Ley 906 de 2004), pero respetando la siguiente salvedad:

Parágrafo 3°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 324
Ley 1312 de 2009, art. 2-17

1.5 El principio de oportunidad no aplica por favorabilidad a casos que se adelantan bajo la Ley 600 de 2000

Extracto n. ° 204.

Número de radicado	:	27339
Fecha	:	18/03/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«[...] Sobre el particular impera señalar que la jurisprudencia de esta Corporación, al igual que la emitida por la Corte Constitucional, ha decantado que figuras jurídicas del sistema penal acusatorio, introducido mediante el Acto Legislativo N° 3 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, pueden aplicarse a procesos adelantados bajo la égida de la Ley 600 de 2000, siempre y cuando se trate de idénticos institutos, esto es, que el precepto del nuevo estatuto procesal cuya aplicación favorable se invoca, no se entienda solamente en el marco de la nueva sistemática de investigación y juzgamiento.

Dicha condición surge porque el principio de favorabilidad es predicable frente a figuras jurídicas contempladas tanto en la Ley 906 de 2004 como en la Ley 600 de 2000, en tanto ambas coexisten, y el de igualdad solo se aplica frente a quienes se encuentren en similar situación, atendida la estructura interna adoptada por cada sistema para desarrollar y concretar las garantías constitucionales previstas en favor del individuo.

No puede ignorarse, por otra parte, que la Ley 600 de 2000 y la 906 de 2004 consagran sistemas procesales expedidos en desarrollo de normas constitucionales diferentes y, por tanto, para establecer si uno de los institutos contemplados en éste puede imbricarse en el otro, es necesario compararlos.

Para este ejercicio, ha de recordarse cómo la jurisprudencia de la Sala - referida a la aplicación favorable de normas de la Ley 906 de 2004 a procesos tramitados por la Ley 600 de 2000-, ha precisado reiteradamente *"que ella está condicionada básicamente al cumplimiento de tres requisitos, a saber: (i) que la figura a aplicar esté regulada en ambas legislaciones, sin requerirse para el efecto que lo sea bajo el mismo nomen iuris, pues basta una identidad sustancial en torno al fenómeno jurídico inmerso en ambas normatividades. (ii) que la aplicación de la norma favorable se haga sobre la base de la existencia de similitud de presupuestos fácticos o procesales. Y (iii) que para hacer efectiva la garantía no se desvertebre o resquebraje el sistema llamado*

a gobernar la respectiva actuación, vale decir que, entre otras cosas, no se omita algún paso del esquema procesal. O dicho de otro modo, que se aplique la favorabilidad en lo estrictamente necesario".

Tal confrontación, tratándose del principio de oportunidad resulta imposible, dado que ésta es una figura exclusiva de la Ley 906 de 2004 frente a la cual, en la ley 600 de 2000, no existe otra con la cual guarde equivalencia.

Es por ello que la Corte Constitucional, en específica referencia al principio de oportunidad, desechó su aplicación, por favorabilidad, a hechos anteriores a la vigencia de la Ley 906 de 2004, "*...pues ese es un elemento esencial del nuevo sistema que no encuentra su equivalente en el sistema anterior regulado por la Ley 600 de 2000 y por tanto no se dan en relación con este último los presupuestos lógicos para la aplicación del principio de favorabilidad*".

Ahora, si bien los hechos atribuidos a la ex Congresista tuvieron desarrollo el 2006, cuando ya regía en este Distrito Judicial la Ley 906 de 2004, ninguna discusión ofrece que, por expresa disposición de su artículo 533, esta investigación debe sujetarse a las preceptivas de la Ley 600 de 2000, a la cual resulta ajeno el instituto citado.

En esa medida, implementar el principio de oportunidad por razones de equidad e igualdad en los procesos seguidos contra miembros del Congreso, conforme sugiere el defensor, no se ofrece viable en tanto, además de ser ajeno a la ley 600 de 2000, quebranta el modelo procesal seguido para la investigación y juzgamiento de aquellos, el cual no estatuye trámite a seguir en este evento ni en otro que pueda tenerse como similar, al punto que los operadores llamados a ejecutarlo -fiscalía y juez de control de garantías-, carecen, en estas actuaciones de cualquier función.

Por esta misma causa, la práctica pretendida resultaría, de igual forma, lesiva de la estructura básica de la Ley 906, pues sería necesario, en este escenario, adoptar un procedimiento acorde con el fuero de los congresistas, no previsto por el constituyente ni por el legislador cuando introdujo el sistema acusatorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 600 de 2000
Ley 906 de 2004, arts. 323 y 328

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ, AP, 07 sep. 2005, rad. 23700; CSJ, SP, 02 dic. 2008, rad. 27523, y CSJ AP, 07 dic. 2011, rad. 37321.

1.6 Trámite para la aplicación del principio de oportunidad: remisión normativa a la Ley 906 de 2004 en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley

Extracto n. ° 205.

Número de radicado	:	34557
Fecha	:	05/08/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] advierte inicialmente la Colegiatura que no es aplicable a este caso el instituto de la *definición de competencia* reglado en la Ley 906 de 2004 que invoca la Juez Primera Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de Neiva, por las siguientes razones:

El proceso se encuentra en el despacho de la referida funcionaria pendiente de realizar la correspondiente audiencia de imposición de sanción, una vez la adolescente se allanó a los cargos formulados en la audiencia de imputación por la Fiscalía, como presunta autora del delito de rebelión (artículo 157 Ley 1098 de 2006).

Por tanto, si la Defensoría de Familia ha sugerido la aplicación del principio de oportunidad de conformidad con lo establecido en el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, es evidente, de una parte, que la potestad de proceder es exclusiva de la Fiscalía de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, por remisión que a tal ordenamiento realiza el artículo 144 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Y de otra, que si la Fiscalía decide aplicar dicho principio, corresponde al Juez de Control de Garantías pronunciarse en audiencia dispuesta para tal efecto sobre la legalidad del mismo (artículo 66 de la Ley 906 de 2004).

De conformidad con lo expuesto, es claro que si aún la Fiscalía no se ha pronunciado sobre la eventual aplicación del principio de oportunidad en

los términos del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, carece de sentido debatir acerca del funcionario competente para decidir sobre la legalidad de dicho proveído, el cual, en todo caso, sería el Juez de Control de Garantías, de acuerdo con las previsiones establecidas en los artículos 165 a 167 de la citada legislación.

No sobra advertir que si conforme a la preceptiva del artículo 140 de la Ley de Infancia y Adolescencia, "*para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema*" (subrayas fuera de texto), y de acuerdo con el artículo 174 del mismo ordenamiento "*las autoridades judiciales (...) tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad*" (subrayas fuera de texto), no hay duda que en este asunto resulta imperioso, previo a la imposición de la sanción, definir lo relacionado con la aplicación del artículo 175 de la dicha normatividad».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 327

2. EFECTOS CUANDO EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN NIEGA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Extracto n. ° 206.

Número de radicado	:	36118
Fecha	:	13/04/2011
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] en este caso hubo de decretarse la ruptura de la unidad procesal, no de forma caprichosa como pretenden ahora hacerlo creer los recurrentes, sino a instancia de la misma procesada que resolvió de forma libre, consciente, voluntaria y debidamente informada aceptar parcialmente su responsabilidad penal en los delitos de concierto para delinquir y prevaricato por acción concierto para delinquir y prevaricato por acción, para que el Fiscal le diera trámite a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad respecto de la falsedad ideológica en documento público y la concusión.

En esas condiciones, resulta apenas lógico afirmar que, denegada la aplicación del principio de oportunidad, la Fiscalía tenía la obligación de presentar el escrito de acusación por las restantes conductas punibles y tal circunstancia implica que necesariamente deberán emitirse varias sentencias.

[...]

La aplicación del principio de oportunidad, es una función asignada exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación que, de aceptarla, podría suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal (art. 323). En el presente evento, el Fiscal General de la Nación consideró que no debía suspenderse el procedimiento a prueba en acogimiento de la referida figura. En virtud de ello, el delegado a cuyo cargo estaba la investigación por los delitos de falsedad ideológica en documento público y concusión, tenía la obligación de continuar el trámite presentando el escrito de acusación, so pena de incurrir en mala conducta y propiciar la configuración de una causal de preclusión (art. 175, 294 y 332-7), sin que el cumplimiento de esa obligación constitucional y legal constituya la arbitrariedad que pretenden entronizar los impugnantes argumentando que se le vulneraron a la señora **GP** los derechos al debido proceso y defensa.

El hecho de que la procesada y su defensor hubiesen formulado una petición ante el Fiscal General de la Nación, con la pretensión de que reconsidere la aplicación del principio de oportunidad, no constituye motivo para que se suspenda, interrumpa o se renuncie a la acción penal.

No puede decirse, entonces, que por haberse presentado el escrito de acusación, ahora perderá la procesada la posibilidad, contingente por cierto, de que se suspenda a prueba el procedimiento mientras se verifica su colaboración en la desarticulación de bandas de delincuencia organizada y que sirvió como testigo de cargo contra los otros procesados, mucho menos si se tiene en cuenta que en caso de variarse la decisión del Fiscal General de la Nación en ese sentido, tal posibilidad puede concretarse hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento (art. 323, inc. 1° y 324, numerales 4° y 5°).

Así las cosas, la posibilidad de obtener una rebaja de pena de hasta la mitad por aceptar la responsabilidad penal en los delitos de falsedad ideológica en documento público y concusión, no la perdió la procesada porque se hubiese agravado el atentado contra la fe pública, sino porque rehusó aceptar los cargos antes de que se le formulara la acusación y, en cambio, se sometió a la eventualidad que implicaba la admisión del principio de oportunidad, atendiendo a que el acogimiento de tal figura no es obligatoria para el Fiscal General de la Nación, sino que es facultativo. Lo obligatorio para ese funcionario y sus delegados es el ejercicio de la acción penal, con contadas excepciones que quedan a su consideración y al estricto control de los jueces.

Además, no es cierto que la procesada, por razón de la ruptura de la unidad procesal y la declaratoria de ilegalidad parcial del preacuerdo, será condenada varias veces por los mismos hechos. Tal afirmación sólo causa perplejidad, pues, son diferentes los delitos que constituyen objeto de estudio, sin que se hubiese evidenciado que por cada uno de ellos cursen varios procesos. Cada caso está sometido a juzgamiento. Como ya se indicó se sigue un trámite por concierto para delinquir y prevaricato por acción y otro corresponde a falsedad ideológica en documento público y concusión.

Entonces, de dictarse varias sentencias, tratándose de delitos conexos que se fallaron independientemente, resulta procedente su acumulación jurídica (art. 460 C.P.P.), misma que, contrario a lo que afirma el defensor, deberá sujetarse a las disposiciones que regulan la dosificación de la pena en caso de concurso, es decir, a las reglas previstas en el artículo 31 del Código Penal, circunstancia que enerva la equivocada tesis de que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en tales eventos, al individualizar la sanción, se ciñen a otros parámetros y a unos reglamentos diferentes de los que tiene en cuenta el fallador.

En conclusión, se advierte que la procesada desplegó toda una estrategia jurídica en orden a obtener mayores beneficios de los pudo alcanzar de haberse allanado a todos los cargos que se le imputaron. Para lograr esa finalidad, fue ella quien propició la ruptura de la unidad procesal; y, acudiendo al frágil argumento de la violación de garantías fundamentales, pretende que se invalide la actuación, cuando –se itera– de acogerse su petición encaminada a que se reconsidere el principio de oportunidad, éste podría aplicarse, en su caso, hasta antes de que se inicie la audiencia de juzgamiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 325

CAPÍTULO VI

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. CAUSALES DE PRECLUSIÓN

1.1 Generalidades

Extracto n. ° 207.

Número de radicado	:	27873 ¹⁶³
Fecha	:	27/08/2007
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] en un derecho penal de acto, como el nuestro, la comisión u omisión de una conducta legítima el ejercicio de facultad punitiva del Estado, correspondiendo a la Fiscalía General de la Nación el deber de realizar la investigación sólo de aquellas que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia, a través de un procedimiento constituido por distintas etapas, que culmina normalmente con una sentencia y extraordinariamente con preclusión de la investigación de concurrir alguna de las hipótesis contempladas por el canon 332 de la ley 906 de 2004, pues ninguna justificación tendría cursar todo el trámite, si se ha demostrado la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la potestad punitiva.

Desde este ángulo, el legislador consagró unos motivos referidos únicamente a la conducta que originó la investigación, la inexistencia del hecho investigado y su atipicidad, cuya aplicación produce como efecto la prohibición de impulsar otro proceso por la misma conducta, es decir, la fuerza de la cosa juzgada cubre tanto a la conducta como a sus autores y partícipes, sean o no conocidos, y al trámite.

¹⁶³ Esta decisión se profirió dentro de un proceso adelantado en el marco de la Ley de Justicia y Paz, que se incluye en esta publicación debido a que se hacen consideraciones respecto al artículo 332 de la Ley 906 de 2004

Otros, atinentes exclusivamente al sujeto activo de la acción penal, como son: la concurrencia de una causal excluyente de la responsabilidad en orden a las previsiones del artículo 32 del Código Penal, la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado y la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. En estos eventos sus efectos cobijan la conducta, al beneficiado con la decisión y al trámite, imposibilitando adelantar un nuevo proceso por los mismos hechos en relación con esa persona en concreto, terminando el ejercicio de la acción exclusivamente para ella, continuando en relación con el verdadero autor, y los demás autores y partícipes, según la causal considerada.

Y, los alusivos a las circunstancias que impiden iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal previstas en el artículo 77 de la ley 906 de 2004, contemplativas de situaciones especiales cuya concurrencia expira la atribución investigadora y sancionadora del Estado, hipótesis en las cuales sus efectos cubren la conducta, a todos los autores y partícipes y al trámite, de suerte que impide abrir un nuevo proceso por esos hechos.

Los tres grupos de causales, tienen como común denominador que los efectos de la preclusión declarada unen de manera inseparable a la conducta investigada con sus beneficiarios, y el trámite en relación con estos, impidiendo acometer un nuevo proceso por los mismos hechos. Ello es lógico, si como ya se vio, es la conducta específica con connotaciones delictivas la que autoriza al Estado para poner en funcionamiento su aparato jurisdiccional en la averiguación de su concurrencia y de sus posibles autores.

Estas peculiaridades evidencian que la renuncia al trámite de justicia y paz hecha por el postulado y la exclusión del procedimiento de un desmovilizado en concreto hecha de oficio o a petición de parte por no concurrir alguno de los presupuestos legales, no constituye causal de preclusión, pues apareja como consecuencia la terminación del trámite y la imposibilidad de disfrutar a futuro de los beneficios de la ley de justicia y paz, pero pervive la obligación de la fiscalía de investigar las conductas eventualmente punibles conocidas, por el trámite ordinario. En otras palabras, la decisión que así lo declare no hace tránsito a cosa juzgada puesto que la acción penal no expira, correspondiendo a la justicia ordinaria investigar las conductas delictivas y al postulado».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, art. 32

Ley 906 de 2004, arts. 77 y 332

Extracto n. ° 208.

Número de radicado	:	28908
Fecha	:	08/02/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«De acuerdo con el sistema acusatorio colombiano (artículos 250 de la Constitución Política y 200 de la Ley 906 de 2004), corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de la misma. Despojada, por regla general de funciones jurisdiccionales, deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

Este instrumento jurídico reglamentado en los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004, debe ser utilizado por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, inclusive antes de la formulación de la imputación a instancia de la fiscalía, cuando no encuentre acreditada la existencia de mérito para acusar, por la demostración de una de las siguientes causales, según el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. **Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.**
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. **Atipicidad del hecho investigado.**
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código.

De presentarse en la etapa de juzgamiento cualquiera de las causales relativas a la imposibilidad de continuación del ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público o por la defensa.

La preclusión también se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez comprobada la existencia de cualquiera de las causales de extinción de la acción penal del artículo 77 del Código Penal, como son: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento.

Bajo este contexto, la preclusión de la investigación sólo podrá ser decretada por el juez de conocimiento a petición de la fiscalía de comprobarse alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y en tratándose de la segunda, a las que se refiere el artículo 32 del Código Penal».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250
Ley 599 de 2000, art. 77
Ley 906 de 2004, arts. 200, 331, 332, 333, 334 y 335

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 26 en. 2009, rad. 30847.

1.2 Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal

1.2.1 Prescripción de la acción penal: los casos que hayan sido archivados tras considerarse carentes de tipicidad objetiva no ameritan ser llevados al juez para que decrete la preclusión por prescripción, salvo que la investigación se haya reactivado con fundamento en nuevos elementos que indiquen la posible configuración de un determinado delito, caso en que corresponderá a la Fiscalía examinar el tiempo transcurrido y dado el caso, solicitar la preclusión de la investigación

Extracto n. ° 209.

Número de radicado	:	48759
Número de providencia	:	AP336-2017
Fecha	:	25/01/2017

Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La Corte Constitucional ha dejado claro que la persecución penal o el ejercicio de la acción penal, presupone la existencia de una conducta típica o, lo que es lo mismo, que se esté frente a “hechos que revistan las características de un delito” (Art. 250 C.N.) Así se concluye de sus sentencias C- 591 y C-1154 de 2005. En la primera de estas decisiones, señaló:

«Después de la reforma aprobada mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2003, la función de la Fiscalía es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación;

(...)

[E]l primer párrafo del nuevo artículo 250 Superior hace uso de diferentes categorías jurídicas cuyo alcance precisará el Legislador; entre ellas, son especialmente relevantes las siguientes nociones constitucionales: (i) ejercicio de la acción penal, (ii) investigación de los hechos que revistan las características de un delito, (iii) persecución penal, (iv) suspensión de la persecución penal, (v) interrupción de la persecución penal, (vi) renuncia a la persecución penal, (vii) principio de oportunidad, (viii) control de legalidad, y (ix) control de garantías.

(...)

Los rasgos estructurales del procedimiento penal han sido objeto de una modificación considerable a través del Acto Legislativo No. 3 de 2002, en la medida en que... los poderes atribuidos a quienes participan en el proceso fueron objeto de una regulación constitucional expresa que modificó su alcance en varios aspectos:

(...)

El poder de investigación se mantiene esencialmente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, ya que ésta continúa, con posterioridad al Acto Legislativo, investida de la responsabilidad de realizar la investigación de las posibles violaciones a la ley penal... [Empero, cuando] en el artículo 250 reformado se le atribuye la obligación de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo” [, e]l texto enmendado introduce, así, una condición para el ejercicio del poder de investigación por parte de la Fiscalía: que existan motivos y circunstancias de hecho suficientemente sólidas como para apuntar hacia la posible comisión de un delito.

(...)

[E]n lo que concierne al ejercicio de la acción penal, el nuevo sistema procesal consagra, como regla general, la aplicación del principio de legalidad, según el cual la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento “cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. De tal suerte que el Estado realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrellables, interviniendo en la investigación de todos los hechos punibles de que tenga noticia.» (Subrayas fuera del texto principal)

Claramente se evidencia, entonces, que con la implementación del nuevo sistema procesal con tendencia **acusatoria**, cambió el concepto de “acción penal” que se tenía en el sistema de corte inquisitivo anterior; variación que, a su vez, muta, entre otras nociones, las funciones adscritas a la Fiscalía General de la Nación, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la referida decisión, al afirmar:

«las funciones de la Fiscalía se mantienen iguales, en lo esencial, algunas de ellas, pero con un significado que habrá de determinarse en el nuevo contexto; tal sucede con las funciones descritas en los numerales 3 y 4 del artículo 250 en su formulación inicial de 1991, que quedaron redactadas de manera similar en los numerales 8 y 7, respectivamente, del artículo 250 reformado; pero las atribuciones que contemplaban los numerales 1 y 2 ibídem, así como lo dispuesto en el último inciso del texto original de 1991, fueron objeto de varias reformas, que se indican a continuación:

(...)

(e) El numeral 5°, tal como fue modificado por el Acto Legislativo, **despoja a la Fiscalía General de la Nación de la función de declarar precluidas las investigaciones penales en los casos en que no exista mérito para formular una acusación**, atribución que le había sido asignada por el numeral 2 del artículo 250 original, en virtud del cual era la Fiscalía la encargada de “calificar y declarar precluidas” dichas investigaciones. Ahora, la función de decidir sobre la preclusión corresponde al juez de conocimiento de la causa correspondiente, por regla general a petición de la Fiscalía; la reforma constitucional también deja en claro que la decisión de declarar la preclusión de una investigación penal únicamente podrá adoptarse de conformidad con lo dispuesto en la ley.»

(...)

Cabe recordar, que el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 establece como **causales de extinción de la acción penal** las siguientes: muerte del imputado o acusado, **prescripción**, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y los demás casos contemplados en la ley.

(...)

Al respecto cabe señalar que la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002 fijó nuevos parámetros al legislador al momento de establecer las ritualidades del proceso penal, en especial, por la creación del juez de control de garantías; el establecimiento de un juicio oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; la consagración del principio de oportunidad con control judicial, al igual que la preservación de precisas facultades judiciales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, al legislador le está vedado romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio, acordarle adicionales facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, como es aquella de decretar con efectos de cosa juzgada la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal y en consecuencia, ordenar el archivo de unas actuaciones, antes de la formulación de la imputación, cuya constatación, como quedó visto anteriormente, no es meramente objetiva o automática, sino que, en todos los casos, requiere de una valoración ponderada.

En efecto, en los casos previstos para la extinción de la acción, se trata de la toma de una medida preclusiva, acto de contenido jurisdiccional asignado por la Constitución, numeral 5 artículo 250, al juez de conocimiento por solicitud del fiscal; por lo tanto, tal facultad no le fue asignada por la norma Superior a la Fiscalía.

(...)

Aunado a lo anterior, la facultad que el legislador le acordó a la Fiscalía General de la Nación para archivar unas actuaciones con efecto de cosa juzgada cuando se presente una causal de extinción de la acción penal, mediante una orden sucintamente motivada que escapa a cualquier control judicial, y antes de la formulación de la imputación, vulnera gravemente los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

Sin lugar a dudas, la decisión de archivar unas actuaciones con efectos de cosa juzgada no puede ser considerada un mero trámite sino que se trata de un asunto de carácter sustancial. De allí que no sea de recibo la distinción que estableció el legislador en el sentido de que si el hecho generador de la extinción de la acción tiene lugar antes de la imputación de cargos el fiscal pueda motu proprio decretarla; en tanto que si la misma se produce con posterioridad a la mencionada audiencia, únicamente lo pueda hacer el juez de conocimiento, previo requerimiento de la Fiscalía. De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión. (Subrayas y negrillas fuera del texto principal).

En efecto, en el transcrito pronunciamiento se despejó la incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la “orden de archivo”. Explícitamente se

determinó que la orden de archivo no es una decisión judicial, y por tanto no pueden predicarse de ella efectos de cosa juzgada.

Luego, entonces, si la Fiscalía carece de funciones judiciales en esta fase pre-procesal a la que se le denominó: “indagación”, en consideración a que en ésta se adelantan pesquisas o averiguaciones con la exclusiva finalidad de determinar o lograr establecer si se debe o no adelantar el ejercicio de la acción penal ¿Cuál es, entonces, su naturaleza jurídica? La Corte Constitucional respondió a ese interrogante en la sentencia C-1154 de 2005, pues en esta oportunidad al demandarse por inconstitucional el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, precisó:

*El Acto Legislativo 03 de 2002 estableció la obligación de la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal **siempre y cuando** medien motivos suficientes y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión de un delito.*

La regla general es el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal y la excepción es el principio de oportunidad.

(...)

*Como excepción a la anterior regla se encuentra establecido el principio de oportunidad. **Para poder aplicar el principio de oportunidad, que implica la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal, se debe dar un primer supuesto: la posibilidad del ejercicio de la acción. Es decir, que se haya constatado la ocurrencia de un delito y la Fiscalía puede entonces iniciar su labor de investigación y acusación.***

***En el archivo de las diligencias no se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, pues para que se pueda ejercer dicha acción se deben dar unos presupuestos mínimos que indiquen la existencia de un delito.** Así, hay una relación inescindible entre el ejercicio del principio de oportunidad y la posibilidad de ejercer la acción penal por existir un delito, ya que lo primero depende de lo segundo. Pero para poder ejercer la acción penal deben darse unos presupuestos que indiquen que una conducta sí puede caracterizarse como un delito. Por lo tanto, cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito.*

El artículo 79 de la Ley 906 de 2004 regula de manera específica el archivo de las diligencias por parte del fiscal. Esta norma dispone que ante el conocimiento de un hecho el fiscal debe i) constatar si tales hechos existieron y ii) determinar

*si hay motivos o circunstancias que permitan caracterizar el hecho como delito. Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. **La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.***

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.” Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

(...)

*[La orden de archivo] Tampoco se trata de una preclusión pues ésta sucede en un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito. Igualmente, el análisis que advierte la preclusión puede comprender la constatación de causales eximentes de responsabilidad entre otros, lo que no es posible para **el análisis del archivo de las diligencias que se restringe a los elementos objetivos del tipo,** como quiera que no hay elementos para caracterizar la conducta o para creer que éste ocurrió frente a los cuales sea posible examinar la conducta del indiciado.*

(...)

El archivo de las diligencias, como se ha señalado, tampoco es una renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal pues estas actuaciones implican que los presupuestos para ejercer la acción penal están presentes.

*Adicionalmente, el artículo prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción. Por lo tanto, el archivo de las diligencias no reviste el carácter de cosa juzgada. **Así, el archivo de las diligencias previsto en el artículo 79 bajo estudio, es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.***

La previsión de la reanudación de la investigación busca también proteger a las víctimas. Éstas, al igual que el fiscal, en cualquier momento pueden aportar elementos probatorios orientados a mostrar la existencia de la tipificación objetiva de la acción penal o la posibilidad de su existencia, lo que de inmediato desencadenaría la obligación de reanudar la indagación.

(...)

La decisión de archivo de las diligencias, independientemente de la forma que adopte, se encuentra clasificada como una orden... y procede cuando se constata que no existen “motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito”. *La amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva. También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al Fiscal. No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma.» (Subrayas y negrillas fuera del texto principal).*

Adicionalmente, como se advierte en la cita anterior, cuando la Fiscalía emite una orden de archivo no ejerce la acción penal, porque no está frente a hechos con peculiaridades aparentemente delictivas; reiterase que la orden de archivo se produce precisamente porque el ente acusador ha podido descartar la necesidad de ejercer la acción penal al constatar que las circunstancias fácticas sobre las que se adelantó la indagación o pesquisas no se adecuan a los elementos objetivos de los tipos penales contenidos en la legislación penal, o lo que es igual, no permite «su caracterización como delito» o no son indicativas de «su posible existencia como tal».

Esa es la razón por la cual no es dable entender que se trate de iniciación o prosecución de la acción penal que imponga, en consecuencia, por el curso del tiempo, acudir ante el juez de conocimiento para decretar la prescripción, en cuanto, claramente, no es el *hecho* el que prescribe, sino el ejercicio de la jurisdicción.

Respecto a ese tópico, la sentencia C-893 de 2012 resulta, igualmente, ilustrativa respecto de las diferencias que existen entre los conceptos de “orden de archivo” y la “decisión en la que se declara la prescripción”. Dijo la Corte Constitucional en esa oportunidad:

“La decisión de archivo no tiene un carácter definitivo ni produce efectos de cosa juzgada, de modo que debe ordenarse la reapertura del caso cuando aparece nuevo material probatorio, incluso por solicitud de las víctimas.

(...)

El archivo tiene una naturaleza, un fundamento material y unos efectos jurídicos distintos a la prescripción.”

Y a pie de página de esa afirmación explica:

«Las razones de esta distinción son las siguientes: Primero, el archivo se predica exclusivamente de las diligencias y actividades investigativas que se adelantan con ocasión de la noticia criminis, se ha activado en cabeza de los fiscales; no versa y no tiene incidencia en la acción penal, ni en la función persecutoria de los delitos, y mucho menos en la definición de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal; es más, estas gestiones pueden adelantarse incluso sin que se hayan individualizado tales sujetos. Por este motivo, el propio artículo 79 del C.P.P. se refiere al archivo de las diligencias. Por el contrario, la prescripción extingue la acción penal, hace cesar la función persecutoria de los delitos en cabeza del Estado, y tiene una repercusión concreta, directa y específica en la definición de la responsabilidad penal de los indiciados y procesados. Segundo, el fundamento de la prescripción es el paso del tiempo (art. 83 C.P.), mientras que el archivo se decide cuando existen motivos que indiquen la inexistencia de los hechos indicados en la noticia criminis o la atipicidad de la conducta investigada. // Por último, los efectos jurídicos son distintos en uno y otro caso. La prescripción extingue la acción penal, hace cesar definitivamente la función persecutoria de los delitos, y tiene efectos de cosa juzgada. Por el contrario, el archivo no tiene efectos definitivos ni da lugar al fenómeno de la cosa juzgada; dado su carácter provisional, el caso puede ser desarchivado cuando aparezcan nuevos elementos de juicio que permitan inferir la existencia de los hechos identificados en la noticia criminis, así como la presencia de los elementos objetivos del tipo penal; esto es justamente lo que establece el artículo 79 del C.P.P. cuando dispone que “si surgieren nuevos elementos probatorios, la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”.// Lo que sucede es que ante el silencio de la legislación sobre el plazo de la indagación preliminar, esta Corporación entendió el plazo coincide con el término de prescripción de la acción penal.»¹⁶⁴

En consonancia con los criterios jurisprudenciales anteriormente reseñados, dos normas de la legislación penal sustantiva nos confirman que a la prescripción precede el concepto de acción penal y a este, a su vez, el de conducta típica; ellos son los artículos 82 y 83 de la Ley 599 de 2000, cuyo tenor literal es como sigue:

«Artículo 82. Son causales de extinción de la acción penal:

(...)

4. La prescripción.»

¹⁶⁴ En similar sentido las sentencias: C-412 de 1993; C-1194 de 2005; C-025 de 2009 y C-127/11.

Artículo 83. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.
Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.
En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.» (Subrayas fuera del texto principal).

De las normas previamente transcritas es posible concluir que si la prescripción de la acción penal es la sanción que se le impone al Estado porque fue incapaz de agotar el ejercicio de la facultada punitiva dentro del término previamente establecido en la ley, tal concepto no es abstracto. Por el contrario, solo puede definírsele o determinarse a partir de la adecuación que de los hechos indagados se haga en alguna de las conductas jurídico penalmente desaprobadas contenidas en el código penal, toda vez que para el cálculo del lapso prescriptivo es tan relevante la naturaleza del comportamiento punible (acción/omisión, de ejecución instantánea/permanente) como los extremos punitivos previstos en cada tipo penal.

Verbigracia, en el artículo 26 de la Ley 599 del 2000 se prevé: «*La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción penal o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado.*»

Lo anterior para evidenciar cómo si del instituto de la prescripción se trata, el referente será infaliblemente la *acción penal*, por lo que, una vez más se reitera la regla conforme a la cual solo se podrá contabilizar el término prescriptivo cuando previamente se constate la existencia de una conducta presuntamente delictiva, porque aquella supone el ejercicio de poder punitivo por parte del Estado y un derecho de tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un comportamiento que fue previamente desaprobado por el legislador al tipificarlo como delito.

Solo resta señalar que la preclusión es el mecanismo establecido en la ley procesal penal para que la prescripción, una figura de derecho sustancial, cumpla sus efectos, tal como se puede evidenciar en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, que consagra:

“Art.334 – Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocará todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.” (Subrayas fuera del texto original).

Luego, entonces, de las anteriores disposiciones surge que el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, únicamente ejercerá la acción penal en aquellos eventos en que los hechos denunciados tengan alguna característica delictiva. No siendo así, la Constitución y la legislación procesal penal facultan al Fiscal a archivar la actuación, caso en el cual no habrá referente fáctico ni jurídico para plantear que el término prescriptivo se ha cumplido, pues aunque se sabe cuándo ocurrió el hecho, al no poderse encuadrar en un tipo penal determinado, resulta imposible contabilizar algún término prescriptivo de la acción punitiva del Estado.

Descendiendo a las particularidades planteadas por el recurrente en su solicitud, se advierte con nitidez que en el presente caso no se adelantó la investigación penal porque la Fiscalía encontró que los hechos por los cuales se compulsaron copias contra la funcionaria denunciada no reunían las características propias de ningún delito, luego tampoco puede entenderse la concurrencia de una situación posterior a la orden de archivo que encaje en los presupuestos exigidos para decretar la preclusión de la actuación por prescripción de la acción penal.

Es decir, en el asunto en estudio «*la Fiscalía General de la Nación [no estuvo] obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación*

de los hechos», pese a la compulsión de copias emitida por la Juez 46 Penal Municipal de Bogotá contra la entonces Fiscal 331 Delegada ante los Jueces Penales Municipales, NAGN, porque las resultas de la indagación que adelantó la Fiscal 2º Delegada ante el Tribunal de Bogotá permitieron establecer que aquellos elementos fácticos no «*revestían las características de un delito*» y, en consecuencia, ordenó el archivo de las pesquisas por *atipicidad objetiva*.

De otra forma dicho, en el presente caso no se activó la acción penal porque «*no existi[eron] motivos o circunstancias fácticas que permit[ieran] caracteriza[r los hechos indagados] como [un] delito*»¹⁶⁵, razón por la cual emerge impropio solicitar «*la declaratoria judicial de prescripción*» de una conducta no delictiva y menos aún requerir la preclusión de una investigación que nunca inició.

Bajo esos mismos parámetros ha de calificarse como inadecuado el “*trámite interno*” adelantado por la Fiscalía 35 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto a proceder a *desarchivar* una indagación, so pretexto de obtener una declaración judicial que “*finiquitara*” o “*cesara*” la acción penal que nunca “*nació*” a la vida jurídica, sin el hallazgo de un nuevo elemento material probatorio que suscitara reactivar el interés del Estado en la persecución de unos hechos que “*revisitieran las características de un delito*”, tal como lo exige el segundo inciso del precitado artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

En síntesis, con el criterio que aquí se adopta en manera alguna se afecta el principio de seguridad jurídica que emerge de la cosa juzgada, empero si se fija una regla razonable conforme a la cual para solicitar la preclusión de una actuación es necesario que la Fiscalía, como ente de persecución penal que es, considere que se está frente a hechos penalmente relevantes. De suerte que los casos que hayan sido archivados por el ente acusador tras considerarlos carentes de tipicidad objetiva no ameritan ser llevados al juez para que decrete la preclusión por prescripción de la acción penal. No obstante, si en alguno de ellos se reactiva la investigación con fundamento en un elemento de convicción nuevo que indique la posible configuración de un determinado delito, ahí si corresponderá a la Fiscalía examinar el tiempo transcurrido y de estimar que ha operado el fenómeno prescriptivo, solicitará al juez de conocimiento que realice el pronunciamiento preclusivo de rigor, el cual hará tránsito a cosa juzgada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250

¹⁶⁵ Artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

Ley 906 de 2004, arts. 79 y 332

1.3 Inexistencia del hecho investigado

Extracto n. ° 210.

Número de radicado	:	33642
Fecha	:	18/06/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

« [...] se tiene establecido que ante el fallador de primer grado, expresamente anunció el solicitante que recurría a la causal tercera del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que remite a la *“inexistencia del hecho investigado”*.

No soslaya la Corte que la circunstancia delimitada como propia de la solicitud de preclusión adviene si se quiere objetiva, pues, parece claro que para separarla de otras causales insertas en la norma, dígase la atipicidad del hecho o la existencia de una causal que excluya responsabilidad, el numeral remite a que fenoménicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tenga manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos.

Entonces, para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo, en otras palabras, que no fue expedida ninguna resolución, o un dictamen o concepto a partir de los cuales advertir si se halla o no conforme a derecho.

En otras palabras, la causal de preclusión se encontraría técnicamente alegada cuando, por ejemplo, los bienes no fueron sustraídos, y se atribuye un hurto, o se pregona un secuestro y se demuestra que la persona voluntariamente huyó de su casa o, en fin, todos aquellos casos en los que objetivamente la conducta básica, acción u omisión, no tuvo ocurrencia objetiva».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art.332

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver También, entre otras, las providencias: CSJ AP, 15 Jul. 2009, Rad. 31780; CSJ AP, 06, dic. 2012, rad. 37370; CSJ AP893-2014; CSJ SP9245-2014; CSJ AP1618-2014; CSJ AP4491-2016; AP6930-2016; CSJ AP357-2017

1.4 Diferencia entre las causales de inexistencia del hecho y la atipicidad de la conducta

Extracto n. ° 211.

Número de radicado	:	48969
Número de providencia	:	AP8356-2016
Fecha	:	30/11/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 consagra como como causales de preclusión, entre otras, la “*inexistencia del hecho investigado*” (numeral 3°) y la “*atipicidad del hecho investigado*” (numeral 4°).

En el párrafo se establece que “*durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1° y 3°, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión*”.

La literalidad de la norma no se presta a equívocos, porque la inexistencia del hecho no puede tener un entendimiento diferente al sentido fenomenológico, mientras que la tipicidad, como bien se sabe, no es otra cosa que la adecuación de la conducta a uno de los tipos penales. Esta diferenciación puede hacerse a la luz del entendimiento más básico del derecho penal.

Además, asumir que el legislador quiso decir exactamente lo mismo cuando se refirió a la inexistencia del hecho y a la atipicidad del mismo, no sólo contraviene el sentido natural y obvio de estos conceptos, sino que además va en contravía del principio de interpretación del efecto útil, porque implicaría que la diferenciación que se hizo en los numerales 3 y 4 del artículo 332 no tiene consecuencias o efectos jurídicos».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 332-3 y 332-4

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 06 dic. 2012, rad. 37370; CSJ AP, 27 nov. 2013, rad. 38458; CSJ AP893-2014, CSJ AP2531-2014, y CSJ AP4491-2016.

1.5 Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado

Extracto n. ° 212.

Número de radicado	:	37185
Fecha	:	22/02/2012
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Esta causal se configura cuando, conforme a la evidencia física o elementos probatorios aportados al expediente, se obtiene certeza sobre la total ausencia de compromiso del indiciado en el hecho materia de investigación porque no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, determinador o cómplice en la conducta punible, vale decir, es totalmente ajeno a ella».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 17 jun. 2009, rad. 31537.

1.6 Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia

Extracto n. ° 213.

Número de radicado	:	42949
Número de providencia	:	AP6363-2015
Fecha	:	28/10/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] cuando se trata de la causal sexta -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- el Ente Acusador deberá acreditar que ha realizado una investigación exhaustiva y que a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y su correlato, el *in dubio pro reo*.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha expresado: (C-205/03)¹⁶⁶

“El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Así pues, la presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos¹⁶⁷.

“En un Estado Social de Derecho corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Por ello, a luz del principio del in dubio pro reo si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al acusado, y toda duda debe resolverse a su favor implicando su absolución”.

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía, alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal.

¹⁶⁶ MP Clara Inés Vargas Hernández

¹⁶⁷ Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Significa lo anterior que en etapa de indagación o de instrucción, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, no se pueda afirmar con probabilidad de verdad que el hecho delictivo existió o que el implicado es su autor o participe.

En consecuencia, si evaluada la indagación o la investigación no se alcanza el estándar de conocimiento necesario para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por la causal sexta, dado que es constitucionalmente inadmisibles, mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para acusar o para precluir por una causal diversa a la enlistada en el numeral sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 332 – 6

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP314-2016.

Extracto n. ° 214.

Número de radicado	:	45851
Número de providencia	:	AP6930-2016
Fecha	:	05/10/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«El Tribunal señaló que podría adoptarse una decisión favorable de preclusión, una vez se haya agotado el programa metodológico con la consecución de los elementos materiales probatorios y evidencia física factible de obtenerse, de la que pueda afirmarse contundentemente que el *hecho no ocurrió*.

Esto lo expuso el *a quo*, por cuanto advirtió que no obran medios de conocimiento que den cuenta de: (i) los movimientos de dinero que se pudieron presentar en las cuentas de MC, PNPR y HPR; (ii) las versiones de estos tres; y (iii) la declaración de “Mario”, quien puede ser identificable, por haber estado privado de la libertad al tiempo que estuvo alias La [...]. Tampoco advirtió resultado alguno respecto de la orden a policía judicial del

21 de julio de 2014 para inspeccionar el proceso adelantado por la Sala de Casación Penal, con el fin de verificar si hubo llamadas entre HPR y MC, o entre éste y PNPR o entre alguno de los hermanos R y alias La [...].

La apelación señala que: (i) sería violatorio de derechos fundamentales recabar sobre las cuentas del fiscal indiciado; (ii) es imposible ubicar a una persona de nombre Mario y aunque se hiciera, sería un testigo de oídas; y (iii) entrevistar a alias La [...], no tendría ningún resultado, por cuanto -el impugnante- no cree que declare afirmativamente sobre la entrega de dinero, pues eso sería tanto como incriminarse. Esto, aunado a que los elementos de conocimiento con los que se cuenta sólo generan duda, en virtud del *in dubio pro reo*, no hay otro camino que precluir.

En este punto cabe aclarar, que el *in dubio pro reo* se constituye en un argumento válido y pertinente para efectos de demostrar la concurrencia de la causal de preclusión contenida en el numeral 6° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, cuya certeza sobre su configuración exige acreditar que: (i) los elementos de convicción hallados no permiten sustentar la acusación -situación entre la que se cuenta, por ejemplo, la imposibilidad de superar el estadio de la duda- y (ii) no es posible obtener otros medios de conocimiento que puedan eventualmente cumplir esa función, o que *“ya la investigación fue decantada hasta su límite máximo en lo racional”*.

Ciertamente, el a quo advirtió *“deficiencia probatoria”* y mencionó los elementos de conocimiento sobre los que la Fiscalía no recabó, sin embargo esa manifestación no la hizo para sustentar *la no concurrencia de la causal 6ª, en el entendido de que sí es posible aún desvirtuar la presunción de inocencia*, en tanto la misma no fue objeto de debate, sino para indicar que la preclusión por *inexistencia del hecho investigado* podría *“estructurarse”* si la Fiscalía hubiese culminado debidamente la indagación.

En este sentido, desatinados resultan los argumentos del fiscal encaminados tanto a señalar que algunos de los elementos de prueba mencionados no son recaudables, como a justificar por qué con una de las entrevistas sugeridas no lograría sustentar el hecho investigado; pues el Tribunal, -insiste la Sala-, relacionó medios de conocimiento que podrían allegarse, pero no bajo la consideración de que con ellos la Fiscalía lograría sustentar la acusación o desvirtuar la presunción de inocencia, sino para indicar que de haberse culminado el programa metodológico se hubiese podido demostrar la inexistencia del hecho [...].

En otras palabras, aunque el delegado de la Fiscalía tuviese razón en el sentido de que algunos de los medios de convicción indicados por el Tribunal son de imposible recaudo y otros no conducirían a acreditar el pago de dinero objeto de indagación, de allí no se sigue la configuración de la causal

3ª de preclusión, pues igualmente permanecería sin demostración la “*inexistencia del hecho investigado*”, por cuanto la información y elementos materiales de prueba allegados no la sustentan, como en efecto lo aceptó el recurrente al proponer que sólo conducen a la duda».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 332

1.7 Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código

Extracto n. ° 215.

Número de radicado	:	33255
Fecha	:	30/06/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En relación con el **cargo segundo**, el reparo carece de fundamentación en la medida que si bien el artículo 175 del cpp de 2004 establece que la Fiscalía dispone de un término que no podrá exceder de treinta (30) días para formular la acusación o aplicar el principio de oportunidad, lapso que se contará desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 ibídem.

Esta disposición señala que vencido el término previsto en el artículo 175 el funcionario investigador deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento. De no hacerlo, perderá la competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su superior inmediato.

En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de treinta (30) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. Vencido el plazo, si la situación permanece en indefinición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento.

Esta causal de preclusión (art. 332-7 cpp) no opera ipso facto por el simple transcurso del tiempo, esto es, no es mecánica porque como lo tiene definido

la jurisprudencia está de por medio el interés y derecho fundamental de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación.

En otras palabras, la causal séptima de preclusión, consagrada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, debe ser entendida de conformidad con la Constitución, lo cual significa que, no basta con el transcurso de sesenta (60) días para que automáticamente se deba decretar la preclusión de una investigación. De llegar a entenderse la norma legal en esos términos, allí sí, se estarían desconociendo los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, por cuanto un delito grave quedaría impune debido a la falta de diligencia del órgano investigador. En efecto, recuérdese que, en principio, la Fiscalía cuenta con tan sólo con un término de treinta (30) días, contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad (art. 175 del C.P.P.), y que sólo, excepcionalmente, dispondrá de otros treinta (30) días adicionales, previa remoción del fiscal del caso, para “adoptar la decisión que corresponda” (art.294 del C.P.P.). De allí que no se justificaría constitucionalmente que estos casos, en términos de víctimas, la negligencia o la incapacidad del órgano de investigación conllevara la procedencia automática de una causal de preclusión, decisión que, como se sabe, hace tránsito a cosa juzgada¹⁶⁸».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 175, 294 y 332-7

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP5168-2015.

¹⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-806 de 2008.

2. LA CASUAL DE PRECLUSIÓN DEBE ACREDITARSE DEBIDAMENTE POR QUIEN LA INVOCA ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO

Extracto n. ° 216.

Número de radicado	:	46572
Número de providencia	:	AP7034-2016
Fecha	:	12/10/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«El Ente Acusador, según se desprende del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No 003 de 2002, tiene la obligación de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito; sin embargo, el mismo artículo superior en su numeral 5°, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando no hubiese mérito para acusar.

Esta última prerrogativa viene reiterada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 y, según lo dispuesto en la sentencia C-591 de 2005, puede ejercitarse en cualquier momento de la actuación, es decir, aun con anterioridad a la formulación de la imputación. Para tal finalidad, debe acreditarse el conocimiento más allá de toda duda razonable de la causal pregonada para finiquitar el ejercicio de la acción penal de manera anticipada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 228 y 250 inc. 5
Ley 906 de 2004, arts. 32-3 y 331

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 08 feb. 2008, rad. 28908; CSJ AP, 26 en. 2009, rad. 30847; CSJ AP, 06 dic. 2012, rad. 38709; CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604, y CSJ AP3288-2014.

3. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR UNA CAUSAL DIFERENTE A LA INVOCADA POR EL SOLICITANTE

Extracto n. ° 217.

Número de radicado	:	42422
Número de providencia	:	SP8175-2014
Fecha	:	25/06/2014
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] sin desconocer que la titularidad de la acción penal recae, según lo establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, en la Fiscalía General de la Nación, y que el carácter de adversarios y el sistema de partes previsto en la mencionada reforma constitucional excluye actuaciones de la judicatura diversas a las propuestas por esta institución, que es la llamada a promover su actividad, este asunto plantea una tensión entre la rigurosidad de tal postulado y la eficacia en la administración de justicia que, como principio rector de la actuación procesal¹⁶⁹ y criterio de orientación hermenéutico¹⁷⁰, conlleva a que deba modularse aquel axioma. Lo anterior, porque el discurso de la Fiscalía permite entrever, aun cuando fue vacilante, la atipicidad de la conducta.

Esta postura no es novedosa, ya que la Sala, en el pronunciamiento citado con antelación, ha admitido que *“la tendencia actual se dirige a que no solo con relación a la causal alegada se pueda decretar la preclusión, sino que también es válido hacerlo por otra, cuando sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen, es decir que en la audiencia se haya puesto de conocimiento de los jueces, los motivos que la estructura”*, sin que ello signifique inmiscuirse en el rol de la Fiscalía atendiendo hipótesis en las que, como en el *sub examine*, se brinden por parte de sus Delegados elementos de juicio encaminados a la demostración de tal circunstancia, o sea, de que opera la preclusión.

Además, se debe aplicar el principio de caridad que en lenguaje argumentativo implica trascender, dado el caso, de la presentación formal

¹⁶⁹ Ley 906 de 2004, artículo 10, *“La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial [...]”*

¹⁷⁰ Artículo 26 ibidem, *“Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”*.

del discurso jurídico al análisis conceptual que formula, siempre que sin dificultad se pueda deducir.¹⁷¹

[...]

En síntesis, el escenario auscultado acarrea reconocer con independencia de las consideraciones acerca de la inexistencia del hecho, que la denuncia penal versa sobre un comportamiento atípico y hay lugar a la preclusión, como lo solicitó, y a la postre lo respaldó, el Delegado de la Fiscalía».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Acto legislativo 03 de 2002

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 17 nov. 2010, rad. 34919; CSJ AP, 6 dic. 2012, rad. 37370, y CSJ AP5151-2016.

¹⁷¹ Acerca de este principio pueden consultarse CSJ AP, 10 de marzo de 2009, Rad. 30822; CSJ SP, 20 Oct 2010, 33022

4. MOMENTOS PROCESALES Y LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 En las etapas de indagación e investigación

4.1.1 En las etapas de indagación e investigación sólo la Fiscalía puede solicitar la preclusión de la investigación

Extracto n. ° 218.

Número de radicado	:	28984
Fecha	:	19/05/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«El artículo 332 de la aludida ley procesal establece: "*El fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos...*", es decir, que él, y sólo él, atendiendo su condición de titular de la acción penal, acorde con el esquema legal previsto para el sistema de procesamiento penal acusatorio, es quien, en principio, puede solicitar la terminación del proceso por el motivo citado, como que se trata de una prerrogativa procesal a él reservada en la fases de la indagación preliminar y la investigación, pues en la del juzgamiento el Ministerio Público y el defensor también pueden solicitar al juez de conocimiento la preclusión sólo por las causales señaladas en los numerales 1 y 3 del referido artículo 332, es decir, "*por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal*" o "*inexistencia del hecho investigado*", respectivamente.

Tanto el aludido interviniente como el sujeto procesal pueden solicitar en la investigación la preclusión, pero solamente por los motivos expresamente referidos en los artículos 175 y 294 de la ley 906 de 2004.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 332 respecto a la facultad privativa del fiscal de solicitar la preclusión en las fases de indagación e investigación, precisó:

"En este sentido, se ha venido sosteniendo reiteradamente que el principio de igualdad de armas puede admitir limitaciones, especialmente justificables en la etapa de investigación penal, puesto que a pesar de que es fundamental que las partes cuenten con los medios procesales suficientes para defender sus intereses en el proceso penal, esa igualdad de trato no puede conducir a

la eliminación de la estructura de partes que consagra el sistema penal acusatorio. De hecho, incluso, algunos doctrinantes sostienen que, por la naturaleza misma del sistema penal acusatorio, el principio de igualdad de armas es incompatible y no se hace efectivo en la investigación, en tanto que el equilibrio procesal a que hace referencia esta garantía solamente puede concretarse cuando las partes se encuentran perfectamente determinadas, por lo que, sólo en el juicio, puede exigirse que el ataque y la defensa se encuentren en situación de igualdad. De todas maneras, a pesar de que la defensa también podría preparar el juicio mediante la búsqueda de elementos probatorios y de evidencias que desvirtúen la posible acusación, lo cierto es que en la etapa de la investigación el rol fundamental corresponde a la Fiscalía General de la Nación porque ella tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al imputado.

”[...]

”En consecuencia, no podría concluirse que para efectos de garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, la defensa también debería tener la posibilidad de solicitar la preclusión de la investigación penal con idénticas condiciones a las señaladas al órgano investigador, o que la defensa tendría absolutamente todas las facultades que tiene el ente acusador o que, por el contrario, la fiscalía debería tener todas las ventajas probatorias que con la presunción de inocencia ampara a la defensa, pues ello no sólo desconocería los diferentes roles que asumen las partes en el proceso penal, sino que dejaría sin efectos las etapas del proceso penal que el constituyente diseñó para que cada uno de los intervinientes desempeñen sus tareas dirigidas a lograr la justicia material. Luego, resulta evidente que, por la estructura misma del proceso penal acusatorio, la igualdad de armas entre la defensa y la Fiscalía se concreta y se hace efectiva principalmente en la etapa del juzgamiento”¹⁷².

De lo anterior, refule con claridad que el defensor carece de legitimidad para pedir la preclusión en las fases de indagación e investigación por la causal 1ª del artículo 332 de la ley 906 de 2004, por lo que su intervención en esta audiencia, incluso siendo recurrente, es limitada a lo que constituye el objeto de la decisión impugnada.

Además de lo explicado, si se admitiera su postura, la misma resultaría violatoria del principio de la doble instancia, en cuanto se estarían discutiendo asuntos jurídicos que no fueron propuestos ante el a quo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 175, 294, 332-1 y 332-3

¹⁷² Corte Constitucional, sentencia C-118 de 2008

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 05 oct. 2007, rad. 28294.

4.2 Durante el juicio

4.2.1 Presupuestos para que proceda la preclusión de la investigación durante la etapa del juicio

Extracto n. ° 219.

Número de radicado	: 39894
Número de providencia	: SP1392-2015
Fecha	: 11/02/2015
Tipo de providencia	: SENTENCIA
Clase de actuación	: CASACIÓN

« [...] la demanda de preclusión incoada con posterioridad a la presentación del escrito de acusación debe estar fundada en que *sobrevengan* las causales primera y tercera del artículo 332 *ejusdem*, pues el parágrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal dispone que:

*“Durante el juzgamiento, **de sobrevenir** las causales contempladas en los numerales 1° y 3°, el Fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.* (Negritas fuera de texto original).

Como puede advertirse, en estos supuestos la solicitud debe cumplir con el condicionamiento de ser sustentada en elementos de convicción que surjan con posterioridad a la radicación del escrito de acusación, pues no puede basarse en los mismos argumentos que sirvieron de base para su formulación.

Estas circunstancias no concurrieron en el caso bajo estudio, en donde la fiscal delegada, además de acudir a una causal improcedente en esta fase del proceso, la requirió con apoyo en los mismos medios de conocimiento que obraron en la etapa investigativa pero aduciendo una aproximación teórica diferente para arribar a la no tipificación del delito de secuestro simple, olvidando que según lo ha sostenido la Sala, *la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación*

procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal¹⁷³»

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 332

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP9245-2014.

Extracto n. ° 220.

Número de radicado	:	35304
Fecha	:	14/07/2011
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Ante todo es imperioso reiterar que las posibilidades de preclusión en la fase del juicio resultan bien limitadas, toda vez que, conforme a la estructura y filosofía del esquema procesal contemplado en la Ley 906 de 2004, éste se caracteriza por los principios de contradicción e inmediación de la prueba frente a los asuntos que tiendan a la definición del caso, esto es, los aspectos sustanciales con impacto sobre un pronunciamiento de ausencia o declaración de responsabilidad penal del acusado deben fundarse en la prueba practicada durante el juicio oral, contradictorio y público.

De tal manera que ampliar la pretensión de preclusión durante el juzgamiento a los mismos eventos que ameritan tal determinación en la fase de investigación, se funda en una concepción de la prueba basada en el principio de permanencia que regía el esquema procesal consagrado en la Ley 600 de 2000, es decir, la evidencia recaudada antes del juicio constituía prueba, visión que, como lo ha dicho la Sala, riñe con lo reglado en la Ley 906 de 2004, en virtud de los principios de concentración e inmediación que la rigen.

En consecuencia, la pretensión del recurrente de retrotraer el momento culminante de formación del juicio del juez sobre aspectos definitorios del

¹⁷³ Cfr. CSJ. SP. de 25 de mayo de 2005, Rad. 22856.

caso, a una fase anterior mediante una solicitud de preclusión que apunta a los mismos objetivos del juicio, constituye una perversión a la estructura del sistema, sin que tal opción se traduzca en una mayor garantía para el acusado. Es decir, éste debe contar con amplios espacios que le permitan desplegar una actividad probatoria y de argumentación jurídica, orientada a desvirtuar la probabilidad de verdad que ampara la acusación, tanto en relación con la existencia de la conducta delictiva como respecto de la autoría o participación.

Sin duda dicho espacio se lo brinda de manera mas adecuada el juicio oral, público y concentrado que una audiencia de preclusión, habida cuenta que trasladar la discusión sobre la complejidad fáctica y jurídica que implica la definición sobre la atipicidad de la conducta o la determinación sobre ausencia de participación en el hecho, a una audiencia de preclusión, una vez que se ha formalizado la acusación, limita no solamente las posibilidades de defensa del acusado, sino que reduce sustancialmente los mecanismos de intervención de los demás participantes legitimados para colaborar activamente en la definición del caso.

Conforme a los anteriores argumentos, es nítido que la causal de preclusión consagrada en el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, referente a la imposibilidad de seguir con el ejercicio de la acción penal, en este asunto no es procedente, en tanto la defensa no demostró que la misma no podía continuar, por cuanto operó el fenómeno de su extinción por razón de la prescripción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, etc.

En fin, el censor limita su argumentación apoyado en varias resoluciones de la Fiscalía incorporadas como pruebas sobrevenientes, aduciendo, desde su personal perspectiva, que las mismas se compaginan con la decisión que adoptó el doctor **BF** al resolver el amparo de hábeas corpus, discurso que, luego de la práctica de todas las pruebas decretadas, es propio de la esencia del juicio oral, y no del actual momento procesal.

Por último, con relación al argumento del recurrente, consistente en la inexistencia del hecho investigado según lo reglado en el artículo 332, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, su postura también es desafortunada frente al objeto del pedimento, puesto que, como lo afirmó el Tribunal de manera acertada, la hipótesis central de la defensa no radica sobre la inexistencia del hecho sino respecto de la atipicidad del comportamiento, toda vez que, en su criterio y con apego en las resoluciones dictadas por la fiscalía, se debe concluir que la providencia que resolvió el *hábeas corpus* no es manifiestamente contraria a la ley.

Como ha quedado reiterado a lo largo de esta providencia, sólo esa decisión se puede adoptar una vez que las pruebas se hayan incorporado al juicio oral, dado que la misma tiene efectos sustanciales y únicamente atañe resolverlo al juez de instancia cuando profiera el fallo de mérito.

En síntesis, las hipótesis presentadas por la defensa como sustento de su petición de preclusión tiene efectos sustanciales que sólo se pueden definir en la correspondiente sentencia.

En consecuencia, no se acogen los argumentos de la defensa a fin de revocar la providencia del 26 de octubre de 2010, por medio de la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, no declaró la preclusión, según lo dispuesto en el artículo 332, numerales 1° y 3°, de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 332-1 y 332-3

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 17 oct. 2012, rad. 39679; CSJ SP9245-2014, CSJ SP1392-2015, CSJ AP8356-2016, y CSJ AP1618-2017.

5. RECURSOS CONTRA LA PROVIDENCIA QUE DECIDE ACERCA DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

5.1 La parte que tiene legitimación para solicitar la preclusión de la investigación es quien la detenta para para interponer los recursos contra la decisión correspondiente

Extracto n. ° 221.

Número de radicado	:	31767
Fecha	:	15/02/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Para resolver la hipótesis planteada por el agente del Ministerio Público, resulta importante determinar quiénes están facultados para recurrir una providencia bajo los factores de la legitimación dentro del proceso y el interés jurídico para impugnar.

La legitimación dentro del proceso hace referencia a que el impugnante sea una parte o interviniente procesal, esto es, a quien el legislador, conforme a los lineamientos del Código de Procedimiento Penal del 2004 (Ley 906), reconoce como sujeto procesal para esos efectos. El estatuto faculta a la defensa para interponer y sustentar los recursos ordinarios (artículo 125.7), por manera que si el representante del indiciado fue quien acudió a esa vía, no queda duda de que se trata de una parte habilitada para hacerlo.

El interés jurídico para recurrir o legitimación en la causa se requiere no sólo que la parte o el interviniente se encuentren autorizados por la ley para recurrir, sino que con la providencia motivo de la impugnación se le hubiese ocasionado un daño, un perjuicio. Si, por el contrario, la decisión no le causa ningún agravio no puede importarle su contenido al extremo de pretender su revocatoria y, en consecuencia, una pretensión con ese alcance está llamada al rechazo

[...]

La Sala advierte que la postulación y sustentación de los recursos contra la decisión que ordena o no la preclusión, también debe tener origen en la parte habilitada para incoar esa petición.

En primer lugar, valga resaltar que en fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 marzo de 2006, adoptado en el radicado 24749, amparó los derechos al debido proceso, a la defensa y a la igualdad del accionante a fin de garantizarle el derecho a la segunda instancia respecto a la decisión tomada por el Tribunal Superior de Manizales, de negar la petición de preclusión elevada por la Fiscalía, aduciendo que carece de legitimidad.

El argumento que presentó la Corporación en aquella oportunidad se sustentó en los siguientes razonamientos:

a. Que la decisión en que se niega o se decreta la preclusión tiene el carácter de auto, en la medida en que a través de ese pronunciamiento se está resolviendo un aspecto sustancial de la actuación.

b. Que como quiera que se trata de un auto con las características señaladas anteriormente, se concluyó que contra esa providencia procedían los recursos ordinarios, de acuerdo con el artículo 176 del Código de Procedimiento Penal.

c. Que cuando un interviniente distinto al Delegado del Fiscal General de la Nación, en la etapa de indagación e investigación, se vea afectado por alguna decisión judicial tiene a su haber los medios de impugnación correspondientes, siempre y cuando la ley lo autorice.

d. En virtud a que el imputado es una parte trascendente del proceso, *“sin el cual la actuación penal no subsistiría, luego mal puede pensarse que carezca de legitimidad para oponerse a aquellas decisiones que lo afecten, mucho más si se tiene en cuenta que el artículo 130 de la Ley 906 de 2004 le confiere las mismas atribuciones que al defensor, entre las cuales obviamente se encuentra la de interponer recursos¹⁷⁴”*.

e. Y, como quiera que el nuevo sistema procesal penal se sustenta en el postulado de igualdad de armas, en especial, de quien es sujeto de la investigación en desarrollo del derecho de defensa y el de contradicción, también se encuentran habilitados para interponer los recursos contra decisiones que le resulten desfavorables, entre ella, la que niega la preclusión.

No obstante los anteriores planteamientos, la Corte precisó la jurisprudencia al respecto mediante providencias del 1° y 15 de julio de 2009, adoptados en los radicados 31763 y 31780, argumentando que la parte llamada a mostrar inconformidad con la decisión es aquella habilitada

¹⁷⁴ Artículo 125 numeral 7° “Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión”.

para hacer la petición y los demás intervinientes deben atenerse a los criterios de impugnación expuestos por la Fiscalía, para seguidamente actuar como no recurrentes, para respaldar su recurso o enfrentarlo, no para intentar uno novedoso».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 125, 130 y 176

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 01 jul. 2009, rad. 31763 y CSJ AP, 15 jul. 2009, rad. 31780.

5.2 Legitimidad de la víctima para interponer y sustentar directamente el recurso de apelación

Extracto n. ° 222.

Número de radicado	:	42814
Número de providencia	:	AP188-2015
Fecha	:	21/01/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Sobre la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la víctima no letrada, aunque la Sala inicialmente consideró que no tenía legitimidad para hacerlo por sí misma y que debía designar apoderado para garantizar su acceso efectivo y real a la administración de justicia (CSJ. AP. 9 dic. 2010. Rad. 34782), posteriormente recogió ese planteamiento para aceptar que la víctima podía impugnar y sustentar directamente la decisión, pero que corría con la carga de una debida sustentación, so pena de declarase desierto el recurso (CSJ. AP. 23 feb. 2011. Rad. 35678).

Luego midió la anterior postura para señalar que en la impugnación de la víctima no representada por abogado, es factible superar los defectos de fundamentación para admitir la alzada (CSJ. AP. 21 sep. 2011. Rad. 36852). Sin embargo, sobre este aspecto aclaró la Corte en el auto CSJ AP del 03 de julio de 2013, rad. 41.171, que:

*(...) bajo el entendido de que cuando no ostenta preparación jurídica y no está representada por profesional del derecho, puede admitirse la apelación superando los defectos de fundamentación en aras de garantizar el contradictorio, **siempre y cuando exprese las razones del disenso con lo decidido, lo cual comporta que se refiera directamente a los argumentos expuestos en la providencia impugnada.** Así se pronunció la Corporación sobre el punto,*

“Y al efecto, precisa la Sala, no es que se reclame del impugnante una específica técnica o el seguimiento estricto de líneas argumentales, sino que, cuando menos, para que se entienda una verdadera controversia, al apelante le corre la obligación de señalar en concreto las razones del disenso con lo decidido, para cuyo efecto, huelga anotar, el objeto sobre el cual debe recaer su discurso no puede ser otro diferente a la providencia misma.

Por lo tanto, aunque la víctima cuenta con legitimidad para interponer y sustentar directamente el recurso de apelación en contra del auto que decide la preclusión de la investigación, a pesar de que no ostente la condición de abogado, tal y como ocurre en el presente evento, tiene la carga de suministrar las razones de su disenso con la decisión recurrida.

En el caso que ocupa a la Sala, el denunciante fue convocado a la audiencia de preclusión a la que asistió con apoderada, quien no interpuso recursos contra la decisión preclusiva, mientras que aquél exteriorizó su deseo de impugnarla y además cumplió con el deber de argumentar los motivos por los cuales estaba en desacuerdo con la providencia proferida por el Tribunal.

Independientemente de la nula formación jurídica del apelante, éste realizó una amplia exposición en la que, aunque constantemente se desvió del objeto del debate, debiendo ser requerido un sinnúmero de ocasiones por el Magistrado para que se centrara en la situación fáctica que ocupó esta indagación, manifestó su inconformidad con el auto, por cuanto, esencialmente considera que no se practicaron diligencias necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, como escuchar en entrevista a su señora madre y a su hermano».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 9 dic. 2010, rad. 34782; CSJ AP, 23 feb. 2011, rad. 35678; CSJ AP, 21 sep. 2011, rad. 36852; CSJ

AP, 19 oct. 2011, rad. 37449; CSJ AP, 08 nov. 2011, rad. 36770, y CSJ AP, 03 jul. 2013, rad. 41171.

6. LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN TIENE EFECTOS DE COSA JUZGADA

Extracto n. ° 223.

Número de radicado	:	29533
Fecha	:	20/10/2010
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	REVISIÓN

«La preclusión es una institución, de amplia tradición en los sistemas procesales, la cual permite la terminación de la actuación penal sin el agotamiento de todas las etapas del sumario, **ante la ausencia de mérito para sostener una acusación (art. 331 Ley 906 de 2004)**. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, poner fin a la acción penal, dirimir de fondo el conflicto y por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada¹⁷⁵».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 331

¹⁷⁵ Corte Constitucional sentencia C- 920 de 2007

7. SI EN UN EVENTO PARTICULAR SE NIEGA LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR NO ESTAR DEBIDAMENTE DEMOSTRADA LA CAUSAL INVOCADA, ES FACTIBLE QUE LUEGO DE PROFUNDIZAR LA INDAGACIÓN SIN HALLARSE LOS PRESUPUESTOS PARA IMPUTAR O ACUSAR, CON OTROS Y MEJORES ELEMENTOS DE JUICIO, SE SOLICITE DE NUEVO TAL MEDIDA POR EL MISMO O DIFERENTE MOTIVO, SIEMPRE Y CUANDO LA PETICIÓN ESTÉ CIMENTADA EN EL MATERIAL PROBATORIO ACOPIADO

Extracto n. ° 224.

Número de radicado	:	39817
Fecha	:	31/10/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«En primer lugar, debe considerarse que la Ley 906 de 2004 no limita las oportunidades en las cuales es posible presentar una solicitud de preclusión y que, además, la negativa a declarar la preclusión investigativa no comporta la obligación de imputar cargos o presentar escrito de acusación, según sea el caso.

Lo anterior por cuanto la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, ejerce el poder punitivo estatal de manera reglada, esto es, siguiendo las precisas pautas constitucionales y legales que le indican cuando puede imputar cargos o acusar a los ciudadanos y cuando está autorizada para cesar la persecución penal.

Así, conforme al artículo 287 ibídem, *“El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es el autor o partícipe del delito que se investiga”*.

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

De esta manera, si en la actuación no se obtiene material probatorio del que se pueda inferir razonablemente la autoría o participación del indiciado en el delito que se investiga, la Fiscalía no estará habilitada para formular

imputación. Tampoco podrá radicar acusación si el material probatorio acopiado no refiere con probabilidad de verdad la existencia del delito y la responsabilidad del imputado.

En otro sentido, el artículo 250 numeral 5 de la Constitución Nacional faculta a la Fiscalía, como titular de la acción penal, para solicitar la preclusión de la investigación cuando “*no hubiere mérito para acusar*”, lo cual debe hacerse de cara a las causales establecidas en la ley.

Por tanto, si en un evento particular se niega la preclusión de la investigación por no estar debidamente demostrada la causal invocada, es factible que luego de profundizar la indagación sin hallarse los presupuestos para imputar o acusar, con otros y mejores elementos de juicio, se solicite de nuevo tal medida por el mismo o diferente motivo, siempre y cuando la petición esté cimentada en el material probatorio acopiado.

[...]

[...] la Corporación no desestimó la configuración de la causal invocada por la Fiscalía, como lo aducen los impugnantes, pues simplemente precisó que la causal preclusiva impetrada no estaba debidamente demostrada, quedando vigente la posibilidad de profundizar en torno al aspecto que la Corporación señaló como insuficientemente explicado.

En ese orden, resulta procedente analizar la nueva argumentación de la Fiscalía y el material de prueba aportado en esta oportunidad, conformado básicamente por el interrogatorio al indiciado y por múltiples determinaciones proferidas por diversos tribunales y por la Sala Civil de esta Colegiatura relacionadas con el momento a partir del cual resulta exigible la reestructuración como requisito de procedibilidad de la acción ejecutiva hipotecaria en los créditos de vivienda».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 287 y 336

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250

8. LA PRECLUSIÓN SE DECIDE A TRAVÉS DE AUTO INTERLOCUTORIO

Extracto n. ° 225.

Número de radicado	:	26517
Fecha	:	30/11/2006
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

«[...] el Juez Décimo Penal del Circuito, para rehusar el conocimiento del asunto en segunda instancia, sostiene que en cuanto el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 denomina "sentencia" la decisión que decreta la preclusión de la investigación, es de la incumbencia del Tribunal la definición de la apelación, norma que es del siguiente tenor:

"...Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto".

Para la Sala, la disposición transcrita en cuanto califica de "sentencia" la decisión de preclusión no puede interpretarse con sujeción exclusiva a su tenor literal sino de manera sistemática y tomando como eje hermenéutico la propia denominación que el legislador le asignó. Lo anterior porque, como se verá, la nueva normatividad procesal no implicó un cambio frente a la naturaleza jurídica que reviste dicha decisión.

En efecto, importa señalar, en primer término, que la regulación efectuada tanto en la Ley 600 de 2000 (art. 169) como en la Ley 906 de 2004 (art. 161) acerca de la clase y naturaleza de las providencias que se profieren en el decurso del proceso penal son en esencia similares, con las únicas modificaciones consistentes en que los autos interlocutorios ahora se denominan simplemente "autos" y los de sustanciación "órdenes", denominación esta última que igual se asigna a las decisiones de la Fiscalía. Pero la definición que el legislador asignó tanto en uno como en el otro estatuto procesal a cada una de esas providencias, se repite, es sustancialmente idéntica, de suerte que sentencias siguen siendo aquellas que *"deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión"*, en tanto que autos (los de naturaleza interlocutoria) continúan siendo aquellos que *"resuelven algún incidente o aspecto sustancial"*.

Frente a tales definiciones y con referencia al estatuto procesal penal de 2000, la jurisprudencia de esta Corte siempre entendió que la preclusión de la instrucción (o la cesación de procedimiento, según el estado del proceso en que se emita la decisión) revestía naturaleza interlocutoria, y de ahí que jamás se haya admitido la interposición contra decisión de esa naturaleza del recurso de casación, en tanto ese extraordinario medio de impugnación sólo procede contra sentencias de segunda instancia, conforme lo establece el artículo 205, mandato que -dicho sea de paso- se mantiene en la Ley 906 de 2004 (art. 180).

Y como atrás se señaló, se carece de razones para concluir que ese entendimiento legal ha variado con la expedición del nuevo estatuto procesal penal, sólo porque el artículo 334 antes citado utiliza la expresión "sentencia". Si no fuera así, resultaría inexplicable, por ejemplo, que el legislador hubiese distinguido entre sentencia y preclusión cuando en el artículo 32, numeral 2° de la Ley 906 de 2004 atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de la acción de revisión en caso de proferirse alguna de esas decisiones por parte de la propia corporación o de los Tribunales Superiores. E igual acontece con los artículos 33, numeral 3° y 34, numeral 3° al radicar en los Tribunales Superiores similar competencia si la sentencia o la preclusión es emitida por los Jueces Penales del Circuito Especializado, los Jueces del Circuito o los Jueces Municipales del respectivo distrito.

En ese mismo orden de ideas, obsérvese cómo el artículo 192 de la misma Ley 906 de 2004 estructura las causales de procedencia de la acción de revisión, según se trate de sentencias condenatorias, sentencias absolutorias o decisión de preclusión.

Así las cosas, si la Ley 906 de 2004 frente a la regulación de la acción de revisión distinguió entre sentencia y preclusión, es porque partió del presupuesto que se trata de providencias que revisten naturaleza jurídica diversa.

Una reflexión adicional que sustenta la anterior conclusión tiene que ver con la disposición contenida en el último inciso del artículo 176 de la misma Ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual *la "apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria"* (se subraya), porque si no se entendiera que la preclusión reviste carácter interlocutorio (o auto en la nueva sistemática procedimental penal), esa determinación no sería susceptible del recurso de apelación, puesto que la misma de ser considerada como "sentencia" ni es ni condenatoria ni tampoco absolutoria.

Tal conclusión, empero, no es consecuente con la connotación trascendental que ostenta la decisión de preclusión de la investigación, aspecto sobre el cual se pronunció recientemente la Sala, en sede de tutela, donde, incluso, expresamente le asignó el carácter de auto al que resuelve acerca de la solicitud de preclusión. En efecto, allí se precisó:

"Igualmente ha de dejarse en claro que el pronunciamiento que en la respectiva audiencia haya de hacer el cognoscente en uno u otro sentido, vale decir, negando o decretando la preclusión, tendrá el carácter de auto, en la medida en que a través de ese pronunciamiento está resolviendo un aspecto sustancial de la actuación (art. 161-2); tan trascendente que puede -con efectos de cosa juzgada- extinguir la acción penal.

Ahora, de cara a la posibilidad de impugnación no vacila el juicio para predicar la procedencia de los dos recursos ordinarios, esto es, la reposición (que procede para todas las decisiones, excluida la sentencia) y la apelación, porque esta la admiten "los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias" (cfr art. 176)".

Ahora bien, importa precisar, finalmente, que es desde la perspectiva de los efectos de la decisión de preclusión, en cuanto la misma reviste connotación de cosa juzgada, que se entiende la indebida pero insular inclusión de la expresión "sentencia" en la redacción del artículo 334 de la Ley 906 de 2004.

Más aún, si se revisa el contenido material del artículo 177, fácil se advierte que allí se encuentra consagrado el efecto en el cual se concede la apelación, y es así como al referir al suspensivo menciona en su numeral 2° el "auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión" (subraya la Sala), norma que no sólo confirma que la preclusión es un auto sino que contra él procede el recurso de apelación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 161, 176, 180, 192 y 334

9. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Extracto n. ° 226.

Número de radicado	:	46767
Número de providencia	:	AP6156-2015
Fecha	:	21/10/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, *"las víctimas tendrán derecho...a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto"*, así como *"a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar"*.

A su vez, el artículo 137 dispone que *"las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal"*.

Consecuente con ello, el canon 333 ibídem establece que en la audiencia en la que se reclama la preclusión de la investigación, luego de sustentada la pretensión, el funcionario de conocimiento *"conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado"* para que se pronuncien sobre el pedido.

En lo que tiene que ver con las facultades de la víctima en el desarrollo de la audiencia de solicitud de preclusión, la Corte Constitucional ha sostenido:

«Al igual que lo que sucede con la decisión de archivo de las diligencias, regulada en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, y examinada por la Corte en la sentencia C-1154 de 2005, precitada, la decisión de preclusión tiene incidencia directa sobre los derechos de las víctimas, en la medida en que afecta el esclarecimiento de la verdad y la obtención de justicia en el caso concreto.

*En este caso, dado que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, **no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la***

solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad... (negrilla fuera del texto)¹⁷⁶.

De acuerdo con lo anterior, en ese fallo declaró la exequibilidad condicionada del artículo 333 precitado, *«en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal»*.

En providencia más reciente, esa Corporación precisó:

*«...de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en el curso de la audiencia de solicitud de preclusión, las víctimas pueden (i) hacer uso de la palabra, precisamente “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”; (ii) se encuentran facultadas para allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física, encaminada igualmente para oponerse a la petición del fiscal; y (iii) pueden impugnar la decisión que les sea desfavorable»*¹⁷⁷.

También esta Sala ha ratificado el derecho que les asiste a las víctimas de concurrir a la audiencia en que se solicita la solicitud de preclusión para exteriorizar su postura sobre el particular, incluso, de manera personal y directa; facultad que abarca la de recurrir la providencia que resuelve sobre la pretensión sin necesidad de apoderado, siempre que "suministre las razones de su disenso con la decisión recurrida".

De los preceptos normativos aludidos y la jurisprudencia reseñada, se sigue entonces que la víctima del delito tiene derecho a pronunciarse sobre la solicitud de preclusión invocada por la Fiscalía o la defensa, según el caso, así como a aportar los medios de conocimiento que estime pertinentes para sustentar su postura y a recurrir la decisión que se adopte en caso de que resulte desfavorable a sus intereses.

Presupuesto del ejercicio de esos derechos lo es que el perjudicado tenga conocimiento de la solicitud de preclusión, haya sido previamente citado a la audiencia en que es impetrada, con cumplimiento de las formalidades previstas en los artículos 171 y siguientes de la Ley 906 de 2004, esto es, que haya sido enterado de manera oportuna sobre su celebración con precisión de fecha, hora y lugar, pues de ignorar la realización de la diligencia, como es obvio, le resultará imposible acudir a ella.

En esa comprensión, no admite controversia que pretermitir la convocatoria de las víctimas al trámite de la solicitud de preclusión comporta el desconocimiento de los derechos que, en tal condición, les reconoce la

¹⁷⁶ Sentencia C – 209 de 2007.

¹⁷⁷ Sentencia C – 648 de 2010.

legislación procesal vigente, lo cual, como coligió acertadamente el Tribunal, puede configurar causal de invalidación de la actuación por violación a las garantías fundamentales, en los términos del artículo 457 ibídem».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 11. 137, 171, 333 y 457

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 22 ag. 2008, rad. 30280 y CSJ AP, 18 jun. 2010, rad. 33642.

10. DIFERENCIA DE LA PRECLUSIÓN CON EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS

Extracto n. ° 227.

Número de radicado	:	30640
Fecha	:	03/12/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] es necesario hacer la distinción entre la causal cuarta de preclusión, consistente en "Atipicidad del hecho investigado" y la facultad autónoma otorgada por el artículo 79 ibidem al fiscal para ordenar el archivo de las diligencias, cuando constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, pues a pesar de que podría considerarse que existe coincidencia entre ellas, la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente la expresión "*motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*" en el entendido de que dicha caracterización corresponde a la tipicidad objetiva".

En ese orden de ideas, no le corresponde a la fiscalía hacer juicios de valor acerca del tipo subjetivo y de la existencia o no de causales de exclusión de responsabilidad, pues de adentrarse en éste ámbito, no podría ordenar el archivo de las diligencias y, por el contrario, tendría que acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la actuación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

ANEXO I

RELACIÓN DE PROVIDENCIAS

Nro.	Radicado	Fecha Prov.	No. Providencia	Clase de Actuación	Tipo de providencia
1	18103	02/03/2005		CASACIÓN	SENTENCIA
2	23700	07/09/2005		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
3	24468	30/03/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
4	23251	13/09/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
5	25738	09/11/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
6	26517	30/11/2006		DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
7	25436	01/02/2007		EXTRADICIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
8	25920	21/02/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
9	25583	21/03/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
10	27108	03/05/2007		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
11	27873	27/08/2007		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
12	26276	29/08/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
13	27788	03/09/2007		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
14	28294	05/10/2007		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
15	26878	01/11/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
16	28908	08/02/2008		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
17	28888	13/02/2008		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
18	28535	09/04/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
19	23022	09/04/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
20	28984	19/05/2008		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
21	29904	12/06/2008		DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
22	29991	02/07/2008		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
23	29992	14/07/2008		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
24	30022	16/07/2008		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
25	29373	22/08/2008		CASACIÓN	SENTENCIA

26	30280	22/08/2008		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
27	30214	17/09/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
28	29609	17/09/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
29	29338	08/10/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
30	29626	15/10/2008		REVISIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
31	29183	18/11/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
32	27523	02/12/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
33	30640	03/12/2008		ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
34	30847	26/01/2009		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
35	30598	19/02/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
36	27339	18/03/2009		ÚNICA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
37	31592	06/05/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
38	31362	13/05/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
39	31127	20/05/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
40	30711	27/05/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
41	31537	17/06/2009		ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
42	28935	01/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
43	31073	01/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
44	31763	01/07/2009		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
45	31280	08/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
46	31780	15/07/2009		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
47	30355	15/07/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
48	31614	22/07/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
49	30838	31/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
50	31898	05/08/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
51	32368	05/08/2009		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
52	31900	24/08/2009		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
53	31500	14/09/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
54	32193	21/10/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
55	32972	03/12/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

56	32672	03/12/2009		ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
57	33240	15/12/2009		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
58	27941	14/12/2009		ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
59	33324	18/01/2010		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
60	30612	03/02/2010		CASACIÓN	SENTENCIA
61	31767	15/02/2010		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
62	32868	10/03/2010		CASACIÓN	SENTENCIA
63	32730	24/03/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
64	33691	14/04/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
65	33573	12/05/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
66	34283	28/05/2010		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
67	33816	09/06/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
68	33642	18/06/2010		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
69	33255	30/06/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
70	34557	05/08/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
71	33559	18/08/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
72	34493	13/09/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
73	32361	15/09/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
74	31853	15/09/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
75	33993	15/09/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
76	34312	15/09/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
77	34733	15/09/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
78	33901	21/09/2010		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
79	29533	20/10/2010		REVISIÓN	SENTENCIA
80	32173	17/11/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
81	34919	17/11/2010		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO

82	35432	01/12/2010		DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
83	35416	01/12/2010		DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
84	35467	01/12/2010		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
85	34434	09/12/2010		CASACIÓN	SENTENCIA
86	34782	09/12/2010		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
87	35678	23/02/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
88	35946	13/04/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
89	36118	13/04/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
90	33651	18/05/2011		CASACIÓN	
91	36121	06/07/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
92	35304	14/07/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
93	36958	24/08/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
94	35532	24/08/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
95	36107	14/09/2011		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
96	36023	21/09/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
97	36827	21/09/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
98	35133	21/09/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
99	32136	21/09/2011		ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
100	36852	21/09/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
101	35186	19/10/2011		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
102	37449	19/10/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
103	37432	26/10/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
104	36661	26/10/2011		EXTRADICIÓN	CONCEPTO
105	36770	08/11/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
106	37431	23/11/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
107	37298	30/11/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

108	37321	07/12/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
109	36907	01/02/2012		CASACIÓN	SENTENCIA
110	37185	22/02/2012		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
111	37795	27/02/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
112	38067	18/04/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
113	38836	25/04/2012		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
114	38537	30/05/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
115	36562	13/06/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
116	39022	27/06/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
117	34867	27/06/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
118	37733	27/06/2012		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
119	38865	27/06/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
120	38285	11/07/2012		CASACIÓN	SENTENCIA
121	39602	12/09/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
122	39515	17/10/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
123	39679	17/10/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
124	39313	31/10/2012		REVISIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
125	39817	31/10/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
126	39222	28/11/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
127	37370	06/12/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
128	38709	06/12/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
129	40388	19/12/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
130	40459	19/12/2012		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
131	38773	27/02/2013		CASACIÓN	SENTENCIA
132	40535	27/02/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

133	39076	27/02/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
134	40819	01/03/2013		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
135	37992	06/03/2013		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
136	35127	17/04/2013		CASACIÓN	SENTENCIA
137	39276	17/04/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
138	40641	30/04/2013		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
139	40838	30/04/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
140	41330	17/05/2013		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
141	39835	29/05/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
142	34867	05/06/2013		CASACIÓN	SENTENCIA
143	41144	12/06/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
144	37951	19/06/2013		CASACIÓN	SENTENCIA
145	37130	03/07/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
146	41171	03/07/2013		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
147	41604	24/07/2013		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
148	39591	28/08/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
149	42154	03/09/2013		HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
150	40365	20/11/2013		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
151	38458	27/11/2013		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
152	40239	11/12/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
153	39449	11/12/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
154	42989	20/01/2014	AHP024-2014	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
155	43000	21/01/2014	AHP046-2014	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
156	42873	29/01/2014	AP192-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
157	42272	29/01/2014	AP191-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

158	41668	29/01/2014	AP232-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
159	43092	19/02/2014	AP640-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
160	36624	26/02/2014	AP822-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
161	39422	26/02/2014	AP893-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
162	43158	12/03/2014	AP1173-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
163	41357	19/03/2014	SP3380-2014	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
164	35803	02/04/2014	AP1618-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
165	37391	30/04/2014	SP5192-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
166	43490	30/04/2014	SP5278-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
167	42970	14/05/2014	CP078-2014	EXTRADICIÓN	CONCEPTO
168	41372	14/05/2014	AP2531-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
169	43572	18/06/2014	AP3466-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
170	42422	25/06/2014	SP8175-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
171	37361	02/07/2014	SP8473-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
172	34131	02/07/2014	SP8611-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
173	44043	16/07/2014	SP9245-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
174	43847	30/07/2014	AP4478-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
175	43691	05/08/2014	SP10303-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
176	41591	05/08/2014	SP10399-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
177	44366	11/08/2014	AHP4621-2014	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
178	42199	13/08/2014	AP4726-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
179	44066	27/08/2014	AP5013-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
180	44054	27/08/2014	CP147-2014	EXTRADICIÓN	CONCEPTO
181	43719	27/08/2014	AP4983-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
182	44039	03/09/2014	AP5230-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
183	44623	11/09/2014	AHP5455-2014	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
184	44694	18/09/2014	AHP5623-2014	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO

185	44131	24/09/2014	AP5714-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
186	44305	24/09/2014	AP5790-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
187	42217	24/09/2014	AP5736-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
188	41481	24/09/2014	AP5852-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
189	42452	01/10/2014	AP6049-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
190	44640	15/10/2014	AP6222-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
191	36573	22/10/2014	AP6541-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
192	40004	20/11/2014	SP15903-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
193	39900	20/11/2014	AP7224-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
194	44994	26/11/2014	AP7203-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
195	42738	10/12/2014	SP16817-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
196	42669	10/12/2014	AP7639-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
197	45114	21/01/2015	AP210-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
198	42814	21/01/2015	AP188-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
199	45227	22/01/2015	AHP182-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
200	45121	11/02/2015	AP624-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
201	39894	11/02/2015	SP1392-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
202	36306	18/02/2015	SP1481-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
203	45421	20/02/2015	AHP807-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
204	43618	25/02/2015	AP934-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
205	43173	25/02/2015	AP995-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
206	44796	25/02/2015	AP929-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
207	45462	26/02/2015	AP1002-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
208	44540	18/03/2015	AP1372-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
209	45620	19/03/2015	AHP1420-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO

210	45126	25/03/2015	AP1611-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
211	45328	25/03/2015	AP1515-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
212	43262	16/04/2015	SP4316-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
213	45393	16/04/2015	CP038-2015	EXTRADICIÓN	CONCEPTO
214	36784	28/04/2015	SP5065-2015	ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
215	45572	29/04/2015	AP2144-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
216	45533	29/04/2015	AP2194-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
217	45141	29/04/2015	AP2227-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
218	43211	29/04/2015	SP5543-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
219	45915	30/04/2015	AHP2266-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
220	40478	10/06/2015	SP7248-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
221	45666	17/06/2015	AP3429-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
222	43489	17/06/2015	SP7657-2015	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
223	42307	29/07/2015	SP9792-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
224	45916	05/08/2015	AP4390-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
225	43291	05/08/2015	AP4386-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
226	43297	05/08/2015	AP4494-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
227	46102	11/08/2015	SP10546-2015	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
228	46708	03/09/2015	AHP5012-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
229	45104	09/09/2015	SP12042-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
230	46235	09/09/2015	AP5217-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
231	46643	09/09/2015	AP5168-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
232	46489	23/09/2015	AP5518-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
233	46758	30/09/2015	AP5651-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
234	45435	30/09/2015	AP5746-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
235	46687	30/09/2015	AP5671-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
236	46571	30/09/2015	AP5721-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

237	46903	01/10/2015	AHP5738-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
238	46942	09/10/2015	AHP5955-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
239	46767	21/10/2015	AP6156-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
240	47000	22/10/2015	AHP6168-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
241	46842	28/10/2015	AP6401-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
242	45497	28/10/2015	AP6272-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
243	44056	28/10/2015	SP14844-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
244	42949	28/10/2015	AP6363-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
245	45479	25/11/2015	SP16189-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
246	45824	02/12/2015	SP16559-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
247	45759	16/12/2015	AP7394-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
248	46139	16/12/2015	SP17459-2015	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
249	47307	16/12/2015	AHP7422-2015	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
250	34099	18/01/2016	AP098-2016	ÚNICA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
251	46806	20/01/2016	SP134-2016	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
252	47435	25/01/2016	AHP228-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
253	47206	27/01/2016	AP314-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
254	47303	24/02/2016	AP1001-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
255	46569	24/02/2016	AP967-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
256	45883	24/02/2016	AP1022-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
257	43143	09/03/2016	AP1429-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
258	46589	16/03/2016	SP3657-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
259	43866	16/03/2016	SP3332-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
260	47819	01/04/2016	AHP1755-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
261	46847	06/04/2016	SP4107-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
262	45524	06/04/2016	AP1975-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO

263	47223	20/04/2016	AP2424-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
264	46193	27/04/2016	AP2508-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
265	T-84957	11/05/2016	STP6017-2016	ACCIÓN DE TUTELA	SENTENCIA
266	45627	25/05/2016	AP3177-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
267	47422	25/05/2016	AP3318-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
268	46000	22/06/2016	SP8283-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
269	48058	29/06/2016	AP4182-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
270	45779	29/06/2016	AP4218-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
271	48310	06/07/2016	AP4315-2016	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
272	47124	13/07/2016	SP9508-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
273	47830	13/07/2016	AP4491-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
274	35691	13/07/2016	AP4481-2016	ÚNICA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
275	48198	27/07/2016	AP4771-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
276	47354	28/07/2016	AP4813-2016	ÚNICA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
277	48078	10/08/2016	AP5171-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
278	48204	10/08/2016	AP5151-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
279	48682	22/08/2016	AP5408-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
280	44106	24/08/2016	AP5589-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
281	48584	31/08/2016	AP5768-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
282	43916	31/08/2016	SP12229-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
283	45619	31/08/2016	SP12158-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
284	48166	31/08/2016	AP5905-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
285	47884	28/09/2016	AP6562-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
286	48947	29/09/2016	AHP6640-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
287	48981	03/10/2016	AHP6741-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
288	45851	05/10/2016	AP6930-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO

289	46148	12/10/2016	AP7109-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
290	46572	12/10/2016	AP7034-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
291	49083	19/10/2016	AHP7100-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
292	49161	31/10/2016	AHP7471-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
293	48761	09/11/2016	AP7699-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
294	49258	16/11/2016	AHP7820-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
295	49246	16/11/2016	AHP7793-2016	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
296	48200	23/11/2016	SP16913-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
297	48847	30/11/2016	AP8423-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
298	48969	30/11/2016	AP8356-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
299	49511	13/01/2017	AHP029-2017	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
300	48128	18/01/2017	SP154-2017	CASACIÓN	SENTENCIA
301	44741	18/01/2017	SP160-2017	CASACIÓN	SENTENCIA
302	48759	25/01/2017	AP336-2017	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
303	49196	25/01/2017	AP357-2017	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
304	42656	30/01/2017	SP880-2017	CASACIÓN	SENTENCIA
305	48042	07/02/2017	AP626-2017	ÚNICA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
306	49423	22/02/2017	AP1140-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
307	46887	22/02/2017	AP1071-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
308	49313	22/02/2017	AP1145-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
309	49353	22/02/2017	AP1165-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
310	44599	08/03/2017	SP3168-2017	CASACIÓN	SENTENCIA
311	49708	08/03/2017	AP1618-2017	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
312	48175	15/03/2017	SP3623-2017	CASACIÓN	SENTENCIA
313	50125	19/04/2017	AHP2480-2017	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
314	46132	26/04/2017	AP2622-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

315	50233	08/05/2017	AHP2893-2017	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
316	50400	02/06/2017	AHP3538-2017	HÁBEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
317	43797	18/06/2014	AP3288-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
