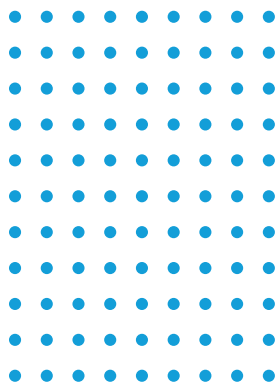


GUÍA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN ASUNTOS PENALES



PERSONERÍA DELEGADA PARA
ASUNTOS PENALES II
BOGOTÁ, D. C., MAYO DE 2022



GUARDIANES de tus DERECHOS



Personería de Bogotá, D. C.



Catalogación en la publicación – Personería de Bogotá, D. C.

Guía de Intervención del Ministerio Público en Asuntos Penales / Editores Julián Enrique Pinilla Malagón, Ricardo Hernán Medina Rico y Jaime Alfonso Cubides Cárdenas. Bogotá, D. C.: Personería de Bogotá, D. C., 2022

72 páginas : ilustraciones, gráficos y cuadros ; 21,6 cm. x 27,9 cm.

Incluye referencias bibliográficas

E-ISBN 978-958-8088-69-3

1. Guía de intervención del Ministerio Público en asuntos penales 2. i. Pinilla Malagón, Julián Enrique (Editor) ii. Medina Rico, Ricardo Hernán (Editor) iii. Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso (Editor) iv. Herazo Sabbag, Eduardo José (Autor) v. Álvarez Guerrero, Edilberto (Coautor) vi. Cancino Forero, Edgar Mauricio (Coautor) vii. Carreño Garzón, Ómar Hernando (Coautor) viii. Gaitán Montañez, Carlos Eduardo (Coautor) ix. Gómez Hernández, Luis Eduardo (Coautor) x. Colombia. Bogotá, D.C. Personería de Bogotá, D. C.

DEWEY: 345

THEMA: LX

2022 Personería de Bogotá, D.C.
Oficina Asesora de Comunicaciones
Carrera 7 No. 21 - 24
Teléfono. (601) 382 04 50/80

El contenido de este libro corresponde exclusivamente al pensamiento de los autores y es de su absoluta responsabilidad. Las posturas y aseveraciones aquí presentadas son resultado de un ejercicio académico e investigativo que no representa la posición oficial ni institucional de la Personería de Bogotá D.C.

Impreso en Colombia – Printed in Colombia.



Los libros publicados por la Personería de Bogotá D. C. son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Reconocimiento-NoComercial-SinObras-Derivadas.
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>

GUÍA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN ASUNTOS PENALES

Editores

JULIÁN ENRIQUE PINILLA MALAGÓN

Personero de Bogotá, D. C.

RICARDO HERNÁN MEDINA RICO

Personero Delegado para la Coordinación del
Ministerio Público y los Derechos Humanos

JAIME ALFONSO CUBIDES CÁRDENAS

Director de Gestión del Conocimiento e Innovación

EDUARDO JOSÉ HERAZO SABBAG

Personero Delegado para Asuntos Penales II
Autor

Edilberto Álvarez Guerrero

Edgar Mauricio Cancino Forero

Ómar Hernando Carreño Garzón

Carlos Eduardo Gaitán Montañez

Luis Eduardo Gómez Hernández

COAUTORES

Francisco José Angarita Cala

Yasmina Marcela Bayona Cubides

Pilar Patricia Cerquera Giraldo

Miguel Ángel Cruz Casallas

Sandra Yined Mejía Reyes

Edwin Andrés Urrego Galindo

Luis Felipe Gómez Hernández

GRUPO DE APOYO

Agentes del Ministerio Público Personería

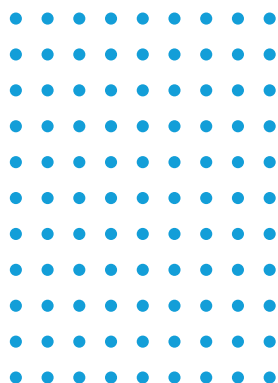
Delegada para Asuntos Penales II

COLABORADORES

Oficina Asesora de Comunicaciones

DISEÑO & DIAGRAMACIÓN

Agradecimientos



Dedicatoria

A la Personería de Bogotá, D. C.

Por habernos permitido ejercer nuestra profesión como abogados defensores del ordenamiento jurídico, debido proceso y derechos humanos; entre otros.

Por la formación, confianza, apoyo incondicional y gestión encomendada a los agentes del Ministerio Público en asuntos penales a partir del 1º de Julio de 1987, fecha en que entró en vigencia el Decreto 50 de 1987, y se nos asignó el ejercicio directo y riguroso de la función garantista dentro de los sistemas de investigación penal de corte inquisitivo -de la época- y acusatorio -en la actualidad-, ante los juzgados de instrucción criminal y fiscalía general de la nación, respectivamente.

A toda la comunidad:

A la que con esfuerzo y dedicación hemos representado en cada una de nuestras intervenciones orales y escritas. Especialmente a quienes ostentan mayor vulnerabilidad por edad, situación económica, género, discapacidad, desplazamiento, poblaciones étnicas y LGBTI, como también víctimas del conflicto armado.

A todos los servidores y servidoras de la Personería de Bogotá, D. C.:

Para quienes va dirigido este trabajo académico, fruto de nuestras experiencias y conocimientos acumulados a lo largo de los años, para que les sea útil como material de consulta, aprendizaje o información. Pero en especial para nuestras compañeras y compañeros de Penal I y Penal II, y quienes aspiran a ejercer y seguir dignificando el noble ejercicio del Ministerio Público.

Contenido

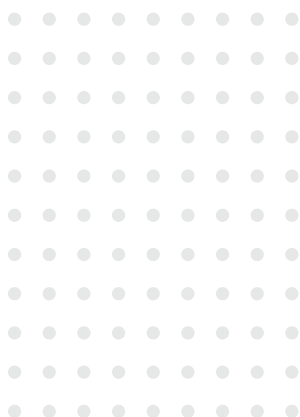
GUÍA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO
PÚBLICO EN ASUNTOS PENALES

Presentación.....	10
Introducción	11
I. Los principios rectores, las garantías procesales y el Ministerio Público en materia penal.....	15
II. Participación del Ministerio Público en las audiencias preliminares	17
1. AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA EN FLAGRANCIA.....	18
1.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	18
1.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	18
1.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	18
1.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	19
1.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	19
1.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	19
1.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASO DE MALTRATOS AL CAPTURADO	19
CLARIDAD SOBRE EL CONCEPTO.....	20
DE FLAGRANCIA.....	20
MODIFICACIÓN LEY 2111 DE 2021.....	20
SOBRE LAS 36 HORAS	20
2. AUDIENCIA DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:.....	20
2.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	20
2.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	20
2.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	21
2.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	21
2.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	21
2.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	22
2.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	22
2.8. OBSERVACIONES ADICIONALES FRENTE AL DELITO DE HURTO:.....	23
3. AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE DILIGENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO Y DE ELEMENTOS INCAUTADOS.....	24
3.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	24
3.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	24
3.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	24
3.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	25
3.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	26
3.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	26
3.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	27

4. AUDIENCIA DE OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO	27
4.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	27
4.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	27
4.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	27
4.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	27
4.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	28
4.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	28
4.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	29
4.8. OBSERVACIONES ADICIONALES.....	29
5. AUDIENCIA DE DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE	29
5.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	29
5.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	29
5.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	29
5.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	29
5.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA	30
5.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	30
5.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	30
5.8. OBSERVACIONES ADICIONALES	30
6. AUDIENCIA DE DECLARATORIA DE CONTUMACIA.....	31
6.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	31
6.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	31
6.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	31
6.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	31
6.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	31
6.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA	31
6.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	32
6.8. OBSERVACIONES ADICIONALES	32
7. AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN.....	32
7.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	32
7.2. OPORTUNIDAD PROCESAL	32
7.3. TÉRMINOS PROCESALES	32
7.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA	32
7.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	33
7.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	33
7.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO	34
7.8. OBSERVACIONES ADICIONALES.....	34
8. AUDIENCIA DE DESARCHIVO.....	38
8.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	38
8.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	38
8.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	38
8.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	38
8.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	38

Contenido

GUÍA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO
PÚBLICO EN ASUNTOS PENALES



8.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	38
8.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	39
9. AUDIENCIA DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	40
9.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	40
9.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	40
9.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	40
9.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	41
9.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	41
9.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	41
9.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	42
9.8. OBSERVACIONES ADICIONALES.....	42
10. AUDIENCIA DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.....	43
10.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	43
10.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	43
10.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	43
10.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	43
10.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	43
10.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	43
10.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	44
11. AUDIENCIA DE SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....	44
11.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	44
11.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	44
11.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	45
11.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	45
11.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	45
11.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	46
11.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	46
11.8. OBSERVACIONES ADICIONALES.....	46
12.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	47
12.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	47
12.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	47
12.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	47
12.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	47
12.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	47
12.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	48
13. AUDIENCIA DE LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS.....	48
13.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	48
13.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	48
13.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	48
13.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	49

13.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	49
13.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	49
13.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	50
13.8. OBSERVACIONES ADICIONALES.....	50
14. AUDIENCIA DE BUSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS.....	50
14.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	50
14.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	51
14.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	51
14.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	51
14.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	53
14.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	53
14.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	53
14.8. OBSERVACIONES ADICIONALES.....	54
15. AUDIENCIA DE SOLICITUD DE ORDEN DE CAPTURA RESERVADA - Art. 297 CPP.....	54
15.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	54
15.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	54
15.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	54
15.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	55
15.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	55
15.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	55
15.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	56
15.8. AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA POR ORDEN ESCRITA DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE Y LEGALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CAPTURA.....	56
16. AUDIENCIA DE INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - CONTROL POSTERIOR.....	57
16.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	57
16.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	57
16.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	57
16.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	57
16.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	58
16.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	58
16.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	58
16.8. OBSERVACIONES ADICIONALES.....	58
17. AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN DE PODER DISPOSITIVO ART. 85.....	58
17.1. PARTES E INTERVINIENTES.....	58
17.2. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	58
17.3. TÉRMINOS PROCESALES.....	58
17.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA.....	59
17.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA.....	59

Contenido

GUÍA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO
PÚBLICO EN ASUNTOS PENALES

17.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.....	59
17.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	59
III. Intervención del Ministerio Público penal ante la Fiscalía General de la Nación.....	60
INTRODUCCIÓN.....	61
1. SITUACIONES IRREGULARES.....	61
1.1. Restricción de acceso a la información por parte de la Fiscalía.....	61
1.2. Irregularidades en el archivo de las diligencias.....	62
1.3. Extravío de la carpeta.....	63
2. PROBLEMAS JURÍDICOS.....	63
3. HIPÓTESIS.....	64
4. DESARROLLO BASADO EN EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS Y FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	64
4.1. Facultades del Fiscal para negar solicitudes.....	64
4.2. Derechos al debido proceso y acceso a la justicia del agente del Ministerio Público negados.....	65
5. CONCLUSIONES.....	66
Reflexiones Finales.....	68
Referencia Normativa	70



Presentación

La Personería de Bogotá, D. C., en el marco de sus funciones como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales y como representante de la sociedad, presenta a continuación este Manual de Intervención del Ministerio Público en materia penal el cual busca fortalecer el rol que le ha sido asignado en la Constitución, la ley y los reglamentos.

El ejercicio del Ministerio Público, que va encaminado a salvaguardar el ordenamiento jurídico, vigilar la garantía de los derechos y representar a la sociedad, es desempeñado por los profesionales adscritos a la Personería Delegada para Asuntos Penales II, quienes a través de este trabajo buscan compartir experiencias y dejar un legado para los nuevos profesionales y en general para los funcionarios que son reubicados en esta dependencia, el cual servirá como guía y carta de navegación para el ejercicio de esta importante institución jurídica.

Su experiencia profesional es recogida en el presente documento y en cada capítulo se encontrará conocimiento especializado sobre diferentes temas, situaciones particulares que se les han presentado a los agentes del Ministerio Público y decisiones adoptadas para solución de las mismas.

Este legado construido por varios funcionarios, capacitados para el ejercicio del Ministerio Público en materia penal, permitirá a los funcionarios de la Personería de Bogotá, D.C., con perfil de abogados, adquirir conocimientos y destrezas a partir de las experiencias de sus compañeros, quienes por muchos años han ejercido esta labor en diferentes despachos

judiciales, brindando orientación e información sobre la revisión y visitas especiales a las carpetas donde se recoge buena parte del material investigativo por parte de los funcionarios judiciales e investigadores de las Fiscalías Locales y Seccionales asignadas. Interviniendo en las audiencias judiciales que se realizan ante Jueces Penales, y haciendo efectivo el Debido Proceso, el Derecho de Defensa de los capturados y/o detenidos, y los Derechos de las Víctimas, entre otras no menos importantes actividades que desarrolla este grupo de servidores públicos.

Se trata de un catálogo conductual y de estilo sobre lo que debe hacer y no hacer el Agente del Ministerio Público (en adelante AMP). Ayudados para estos propósitos, de la experiencia real de cada Agente del Ministerio Público, a lo largo del ejercicio de su función. Las formas y procedimientos del catálogo serán en buena parte enunciativas, algunas brevemente explicativas, pero todas con el sello del saber teórico-práctico que las acompaña.

Introducción

En materia penal, el parágrafo 1 del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, estableció que el Ministerio Público “continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”.

Ley 906 de 2004, Título III, artículo 109, ordena al Ministerio Público intervenir en los procesos penales cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, y señala que los personeros distritales y municipales “actuarán como agentes del Ministerio Público en el proceso penal y ejercerán sus competencias en los juzgados penales y promiscuos del circuito y municipales y ante sus fiscales delegados, sin perjuicio de que en cualquier momento la Procuraduría General de la Nación los asuma y en consecuencia los desplace”. Para el cumplimiento de esta misión, en el parágrafo del mismo artículo se establece que “los fiscales, jueces y la Policía Judicial enterarán oportunamente, por el medio más expedito, al Ministerio Público de las diligencias y actuaciones de su competencia”.

El artículo 111 establece las funciones específicas del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento, diferenciando de una parte, las que corresponden a su condición de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, y de otra, como representante de la sociedad.

No obstante, a pesar de los enunciados normativos, por vía jurisprudencial se ha venido acotando el rol del Ministerio Público en materia penal. En seguida se citan tres (3) pronunciamientos de las Altas Cortes al respecto:

1. Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Teniendo en cuenta las diferentes funciones asignadas al Ministerio Público en el proceso penal, señaló que no pueden ser interpretadas como piezas con las cuales se desvirtúa enteramente la fisonomía adversarial y acusatoria del procedimiento penal. Y por ello, tras indicar que sus facultades son limitadas, puntualizó: 52. Las consideraciones que preceden permiten a la Corte concluir que el Ministerio Público es a la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal.

2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 30592, cinco (5) de octubre de dos mil doce (2012), M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Indicó:

“De lo expuesto se tiene que, aun cuando la enumeración de las facultades asignadas al Ministerio Público en el marco de los códigos de procedimiento penal de 2000 y 2004, permite identificar marcadas coincidencias respecto de las actividades que le compete desarrollar en la actuación penal, la forma distinta de caracterizar su participación, como sujeto procesal en el primero, y como órgano propio del proceso en el segundo, genera importantes diferencias en punto a la forma en que desarrolla sus cometidos constitucionales, de defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales del procesado y la víctima”.

3. Corte Constitucional, Sentencia T-582 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa. Acción de tutela presentada por Karime Chávez Niño, en su condición de Procuradora 240 Judicial Penal I, contra la Fiscalía 11 Seccional Unidad de Vida Bogotá señala que “la Ley 906 de 2004 se refirió a las funciones del Ministerio Público en las etapas de indagación, investigación y juzgamiento en el proceso penal, posicionándolo como “sujeto especial” y no como parte o interviniente, aun cuando reiteró sus facultades de intervención, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”.

De lo brevemente transcrito, se concluye que los pronunciamientos jurisprudenciales dejan ver que no existe uniformidad en la apreciación de la naturaleza del Ministerio Público en el proceso penal, pues se le denomina como “interviniente principal y discreto”, “órgano propio del proceso”, o también “sujeto especial” y “no interviniente”.

No obstante, si se observa la nomenclatura del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, se tiene que, en efecto, el Ministerio Público se regula en el Título III, mientras que las partes e intervinientes son reguladas en el Título IV, de lo cual se puede inferir que resulta acertado en principio indicar que el Ministerio Público no es “parte” del proceso penal.

Pero como la función del Ministerio Público, al amparo del artículo 277.7 de la Constitución Política, es la “intervenir en los procesos y ante las autoridades...”, resulta innegable también que el Ministerio Público si es “interviniente” pero no ordinario sino especial; y como las intervenciones

solo las pueden realizar los sujetos procesales, resulta válido concluir que el Ministerio Público es un “sujeto especial” que debe intervenir en el proceso penal en cumplimiento del mandato constitucional, aunque con las limitaciones derivadas del carácter adversarial del proceso penal introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002.

La línea jurisprudencial y las limitaciones que de ella se desprenden pueden encuadrarse en la posición doctrinal que aboga por la eliminación del Ministerio Público en el proceso penal, lo cual impone una alerta en el sentido de que no se puede aceptar pasivamente que a esa nota distintiva del proceso penal colombiano —tendencia acusatoria con rasgos propios— se le dé un tratamiento de proceso penal acusatorio puro que excluye la figura del Ministerio Público. (En sentido contrario, ver anexo).

Así las cosas, ante el desafío latente que afronta la institución del Ministerio Público, además del monitoreo de eventuales reformas legales, resulta importante fortalecer el perfil profesional del agente del Ministerio Público y de sus intervenciones, para lo cual son pertinentes, entre otras, las siguientes observaciones:

El AMP representa a la colectividad y no a individualidades en particular.

El AMP interviene residualmente cuando sea necesario, mediante la emisión de conceptos o requerimientos para que el destinatario cumpla sus funciones.

El AMP no ejerce intermediación probatoria entre las partes y la fiscalía, máxime que no tiene rol alguno dentro de la cadena de custodia. No obstante, puede servir de medio para allegar solicitudes que no han sido recibidas por la Fiscalía o que por alguna circunstancia el peticionario se encuentra en imposibilidad de presentarla directa y personalmente. Por ejemplo, en el caso de menores de

edad o de personas que se encuentran en situación de marginalidad o inferioridad.

Se considera imperiosa la intervención del AMP cuando está de por medio un derecho de petición, otro derecho fundamental, o, una solicitud en particular dentro de la indagación o la investigación preliminar.

El AMP debe abstenerse de replicar o coadyuvar a las solicitudes de la Fiscalía como tampoco de la Defensa, pero debe confrontarlas con las exigencias Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales para objetar o abstenerse de hacerlo, pasando por la verificación, el estudio y el cotejo de los fundamentos fácticos.

El AMP dentro de las fases, preliminar e investigativa no solicita pruebas, pero puede proponer o plantear la ejecución de Actos de Investigación para darle dinámica a la actuación, especialmente cuando haya falta de diligencia o inactividad investigativa.

El AMP no puede desequilibrar la igualdad entre las partes salvo que una de estas se encuentre en condiciones de marginalidad, pobreza extrema, debilidad manifiesta o se trate de sujetos de especial protección constitucional y además reforzada, lo que hace necesaria la intervención para nivelar las diferencias y distancias, en materia de derechos y acceso a la justicia.

El AMP tiene funciones verticales respecto de sus competencias y transversales con otras autoridades por factores comunicantes y por las temáticas que las comprenden. Por ejemplo, el AMP de la Unidad de Delitos Sexuales maneja temas y materias comunes a nivel interno con las Delegadas de Familia y de Derechos Humanos; a nivel externo, con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y las Secretarías de la Mujer y Educación, entre otras. Luego debe estar dispuesto a

asumir las demás competencias que le surjan, debido a que ejerce una función jurídica con énfasis en lo humano y lo social.

El AMP deberá invertir los mayores esfuerzos en la actualización y formación como garante de derechos, con avances permanentes en conocimientos jurídicos y socio-jurídicos según la experiencia le vaya dictando y las necesidades le requirieran.

Igualmente, ejerce funciones de orientación e información, aunque no de asesoramiento ni de consejería. Debe expresarse de manera respetuosa y cortés. Manejar toda situación agresiva, afrentosa o abiertamente hostil con la prudencia y neutralidad que el cargo y la función le imponen.

El AMP deberá hacer uso racional del tiempo, tratar cada tema de manera directa y concreta, soportar sus intervenciones en elementos materiales de prueba, informaciones veraces o evidencias obrantes en la carpeta. Debe alejarse de las conjeturas, las subjetividades y las generalizaciones, pero sí hacer énfasis en las reglas de la sana crítica —lógica, ciencia y experiencia—.

La defensa del orden jurídico y el debido proceso es una de las principales funciones del AMP y debe adelantarla independientemente de quien se vea beneficiado o afectado con su intervención. En particular, en materia de audiencias, se trata de revisar y verificar el cumplimiento de las exigencias de cada planteamiento, no de repetir el argumento del solicitante o del impugnante; para ello ha de cotejar el criterio jurídico con los aspectos

fácticos y probatorios, pasando por los lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios.

En la práctica diaria, el ejercicio del Ministerio Público se adelanta de manera escrita u oral, mediante solicitudes de trámite, impulso o de fondo. También de forma presencial en audiencias, diligencias judiciales y atención a víctimas, indiciados e imputados y sus familiares, abogados, fiscales, investigadores judiciales, testigos y otros funcionarios que de alguna manera se encuentran ligados al ejercicio del control y vigilancia del AMP.



I. Los principios rectores, las garantías procesales y el Ministerio Público en materia penal

Los agentes del Ministerio Público Penal, como garantes de la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales (art. 277.7 C. Política), deben tener presente en todas sus actuaciones los principios rectores, las garantías procesales y requerir su observancia y rigurosa aplicación.

Los principios rectores, entendidos como aquellas normas fundamentales prevalentes que gobiernan la actividad procesal deben guiar la actuación de las partes e intervinientes en el ámbito penal, en particular del Ministerio Público. Asimismo, las garantías procesales, que hacen referencia a los derechos y deberes fundamentales que obran como herramientas necesarias para asegurar la eficacia de los derechos sustanciales, exigen su permanente observancia.

El Título Preliminar de la Ley 906 de 2004 consagra los Principios Rectores y las Garantías Procesales, a saber:

1. Dignidad humana.
2. Libertad.
3. Prelación de los tratados internacionales.
4. Igualdad.
5. Imparcialidad.
6. Legalidad.
7. Presunción de inocencia e in dubio pro-reo.
8. Defensa.
9. Oralidad.
10. Actuación procesal.
11. Derechos de las víctimas.
12. Lealtad.
13. Gratuidad.
14. Intimidad.
15. Contradicción.

16. Inmediación.
17. Concentración.
18. Publicidad.
19. Juez natural.
20. Doble instancia.
21. Cosa juzgada.
22. Restablecimiento del derecho.
23. Cláusula de exclusión.
24. Ámbito de la jurisdicción penal.
25. Integración.
26. Prevalencia
27. Moduladores de la actividad procesal.

Otros principios se consagran en diversos apartados del Código de Procedimiento Penal, a saber: proporcionalidad en las medidas cautelares (art. 94 CPP), afirmación de la libertad (art. 295 CPP), libertad probatoria (art. 373 CPP), congruencia (art. 448 CPP), taxatividad (art. 458 CPP), etc.

La aplicación de las normas rectoras del procedimiento penal debe darse en todo momento, pues su fuerza gravita sobre todo ese ordenamiento. Como lo consagra el artículo 26 CPP “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

La adecuada relación de tales principios y garantías con los casos concretos constituye, en potencia, una fortaleza argumentativa de la intervención del Ministerio Público en los distintos ámbitos jurídicos en que le corresponde desempeñarse. En particular, en las audiencias públicas o reservadas a las que asista, puesto que las mismas constituyen el rasgo distintivo del sistema penal oral de tendencia acusatoria instaurado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 que, de otro modo, se convierten en ejercicios mecánicos de aplicación técnica de las normas sin referencia a los principios rectores que informan el ordenamiento procedimental.



II. Participación del Ministerio Público en las audiencias preliminares

De acuerdo con lo señalado en el marco normativo expuesto, los agentes del Ministerio Público adscritos a la Personería Delegada para asuntos Penales II intervendrán en las audiencias preliminares que se tramitan ante los jueces penales municipales con función de control de garantías cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

El artículo 154 de la ley 906 de 2004, señala que se tramitará en audiencias preliminares:

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

A continuación, se expondrá la estructura básica de las principales Audiencias Preliminares en las cuales pueden intervenir los agentes del Ministerio Público Penal, cuando sea necesario.

Como podrá advertirse, el estudio de cada una de las audiencias examinadas, cuyos textos

constituyen el referente, no solo normativo y jurisprudencial, sino empírico de los agentes del Ministerio Público, recogen buena parte de la experiencia práctica acumulada durante varios lustros de vigencia del sistema penal oral de tendencia acusatoria introducido en Colombia a comienzos del siglo XXI.

1. AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA EN FLAGRANCIA

1.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Fiscalía
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado víctima y/o víctima
- Ministerio Público

1.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Casos de captura en flagrancia (en vía pública) o captura en diligencia de allanamiento y registro con incautación de elementos materiales probatorios y personas que, presuntamente, sean AUTORAS o PARTÍCIPIES.

1.3. TÉRMINOS PROCESALES

Con inmediatez y en el término de la distancia la persona capturada debe ser puesta a disposición de la Fiscalía por parte de los miembros de la Policía Judicial o por parte de la Policía de Vigilancia según sea el caso.

El término máximo que tiene la Fiscalía para acudir ante el juez para obtener el control de legalidad de la captura son 36 horas contadas a partir de la materialización de la captura.

La línea de tiempo debe ser manejada con un criterio de razonabilidad de acuerdo con lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia C-251 de 2002. (Ver art. 6° Ley 2111 de 2021).

1.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

La Fiscalía radica ante el Centro de Servicios Judiciales, la solicitud de audiencia de legalización de captura. Es recurrente que se soliciten, además, las audiencias de formulación de imputación y de imposición de medida de aseguramiento, denominadas como audiencias concentradas.

Instalada la audiencia por el Juez con Función de Control de Garantías a quien corresponda por reparto, la Fiscalía sustenta la legalidad del procedimiento de captura, tanto fáctica como jurídicamente, y por disposición del art. 306 de la Ley 906 de 2004 pone en conocimiento de las partes e intervinientes los elementos materiales probatorios que sirven de fundamento, y, el Juez les corre traslado para que se pronuncien sobre la solicitud de la Fiscalía.

El Ministerio Público debe velar por el cumplimiento de lo normado en los artículos 301, 302 y 303 del C.P.P, para lo cual emite concepto, luego interviene la defensa para lo de su cargo. Finalmente, el Juez resuelve sobre la legalidad o no de la captura.

La decisión es susceptible de los recursos de reposición y apelación, los cuales deberán ser interpuestos y sustentados dentro de la misma audiencia. Si el Ministerio Público no interpone recurso deberá descorrer el traslado como no recurrente, en cuyo caso su concepto estará dirigido a solicitar que se mantenga incólume la decisión o que se confirme por el superior funcional.

1.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Verificar que se haya dado cumplimiento a lo normado en los artículos 28, 29 y 32 de la Constitución y en la ley artículos 301, 302 y 303, 295 y siguientes del C.P.P., sobre inviolabilidad del derecho fundamental a la libertad personal salvo en circunstancia de captura en flagrancia.

1.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- SENTENCIA C-645 de 2012, M.P. Nilson Pinilla. Declara EXEQUIBLE condicionado el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, sobre beneficio de rebaja de la pena en casos de flagrancia.
- SENTENCIA C.S.J. Rad. 38285 de 2012 M.P. Fernando A. Castro Caballero, que dedica uno de sus apartes a la precisión jurisprudencial acerca del alcance y contenido del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.
- SENTENCIA C.S.J. Rad. 37733 de 2012 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, que sirve como fundamento de intervención respecto al término de treinta y seis (36) horas siguientes a la retención en flagrancia.

1.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASO DE MALTRATOS AL CAPTURADO

El agente del Ministerio Público debe verificar que la persona aprehendida haya recibido previamente y durante la audiencia un trato físico y psicológico acorde con su condición humana, por parte de la autoridad captora.

En caso de que presente signos evidentes de maltrato físico debe sugerir en primer lugar, el traslado del capturado a un centro asistencial para recibir atención médica, y segundo, su remisión a examen ante el médico legista para que se dictamine sus lesiones y secuelas lo que sirve de insumo al JUEZ para establecer si la fuerza utilizada por los agentes captores fue apenas proporcional para reducir al presunto infractor o si hubo exceso. De otra parte, si los maltratos fueron infligidos por la comunidad, puede tener visos de ilegalidad si los institucionales actuaron de manera permisiva

frente los atacantes, en cuyo caso se puede plantear la ilegalidad de la aprehensión, pues los servidores públicos son responsables por acción, por omisión o extralimitación.

CLARIDAD SOBRE EL CONCEPTO DE FLAGRANCIA

El Ministerio Público deberá estar muy atento a la reseña de los hechos que haga la Fiscalía para estructurar la flagrancia, la cual deberá guardar concordancia con el numeral respectivo seleccionado por la Fiscalía de conformidad con el artículo 301 del CPP Ley 906 de 2004. Así mismo el Ministerio Público deberá tener claro el concepto de flagrancia, esto es, que la captura se produzca inmediatamente después de que la persona sea sorprendida cometiendo el delito.

MODIFICACIÓN LEY 2111 DE 2021 SOBRE LAS 36 HORAS

La ley 2111 del 29 de julio de 2021 “Por medio del cual se sustituye el Título XI “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones” estableció:

“ARTÍCULO 6o. El artículo 302 de la Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo inciso que quedará así:

Cuando la captura en flagrancia se produzca en ríos o tierra donde el arribo a la cabecera municipal más cercana solo puede surtirse por vía fluvial o siempre que concurren dificultades objetivas de acceso al territorio como obstáculos geográficos, logísticos, ausencia de infraestructura de transporte o fenómenos meteorológicos que dificulten seriamente el traslado del aprehendido, se realizarán todas las actividades para lograr

la comparecencia del capturado ante el juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin que en ningún caso exceda las 36 horas siguientes, contadas a partir del momento de la llegada al puerto o municipio más cercano, según el caso. La autoridad competente deberá acreditar los eventos descritos en el presente inciso”.

2. AUDIENCIA DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:

2.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Fiscalía
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado víctima y/o víctima
- Ministerio Público

Nota: La presencia de la víctima (quien debe ser citada en debida forma) y el Ministerio público no es obligatoria para adelantar la audiencia.

2.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Con posterioridad a la formulación de imputación, la Fiscalía como titular del ejercicio de la acción penal es la legitimada para promover la audiencia de medida de aseguramiento.

Cuando la imposición de medida de aseguramiento no es solicitada por la Fiscalía, quedan legitimados para hacerlo la víctima o su apoderado (inciso 4 del artículo 306 del CPP, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011). El Ministerio Público puede solicitar al juez que se informe a la víctima o a su representante sobre la no solicitud o retiro de la medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía.

Aunque la norma no lo señala, también debe ser escuchado el concepto del ministerio público al respecto, fundamentado en el art. 277, numeral 3 de la C. Política, y el art.111 numeral 1, literal B y numeral 2, literal C de la ley 906 de 2004 - CPP.

2.3. TÉRMINOS PROCESALES

No existe un término establecido. Requisito previo: la Formulación de Imputación.

2.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

El Juez verifica la presencia de las partes necesarias para integrar el contradictorio: la Fiscalía, la defensa y el imputado, salvo que éste haya sido vinculado mediante Declaratoria en Contumacia o Persona Ausente.

Los Jueces revisan que la víctima o su representante hayan sido debidamente citados y con antelación. Su presencia no es obligatoria pero su convocatoria sí. Especialmente, porque si la Fiscalía se abstiene de solicitar medida de aseguramiento, la víctima o su apoderado podrán hacerlo.

La intervención de la Fiscalía deberá:

1. Demostrar la inferencia razonable de autoría o participación del imputado en los hechos que se investigan.
2. Sustentar el factor objetivo, esto es, la procedencia de la detención preventiva en establecimiento carcelario, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 313 del C.P.P.
3. Sustentar el factor subjetivo, esto es, alguno de los fines constitucionales de la medida de aseguramiento para prevenir los riesgos futuros de obstrucción del ejercicio de la justicia, de peligro para la sociedad o para la víctima y de no comparecencia o fuga, que contempla el artículo 308 y desarrollan los artículos 309, 310, 311 y 312 del C.P.P.

Prever el riesgo futuro no implica poderes para predecir si el imputado va o no a seguir delinquir, sino que ese riesgo se deduce de la valoración de los elementos de conocimiento aportados y de la conducta desplegada y ello es lo que permite establecer si el imputado en algún momento podría estar inmerso en las exigencias de los fines constitucionales de la medida de aseguramiento.

4. Probar que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar el fin o los fines constitucionales de la medida de aseguramiento.

5. Sustentar la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida y su urgencia (artículo 295 del CPP). En torno al juicio de proporcionalidad de la medida de aseguramiento solicitada, debe tenerse en cuenta que está constituido por criterios de idoneidad (¿la medida es adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue?); necesidad (¿la medida puede ser reemplazada por un medio alternativo menos lesivo?); gradualidad (¿se ha realizado un escalonamiento desde la menos lesiva hasta la más restrictiva de derechos?); proporcionalidad en estricto sentido (es el balance de intereses entre los derechos fundamentales que se afectan y el fin constitucional que se pretende proteger).

Esa argumentación debe soportarse en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, los cuales deberán trasladarse a la defensa y a los intervinientes (Ministerio Público y apoderado de víctima).

Surtido el traslado el Juez proferirá decisión de fondo, la cual es susceptible de los recursos de reposición y apelación. Si el agente del Ministerio Público no interpone recursos, pero sí alguna de las partes, se le realizará traslado como no recurrente para que exponga sus argumentos.

2.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Establecer si se requiere o no imponer una medida de aseguramiento para proteger alguno(s) de los fines constitucionales, esto

es, evitar la obstrucción de la justicia, proteger la seguridad de la sociedad o de la víctima, o asegurar la comparecencia del imputado.

2.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Dada la afectación a derechos fundamentales tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han emitido prolíficas sentencias en esta materia. Entre ellas se destacan las siguientes:

- SENTENCIA C.S.J. 54938 14 de octubre de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuellar (prohibición de imposición oficiosa de la medida por parte del juez y exigencias normativas de su solicitud e imposición).
- SENTENCIA C 209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 21 de marzo de 2007. Declaró exequible condicionadamente el artículo 306 de la ley 906 de 2004, en el entendido que la víctima también puede acudir directamente al juez de control de garantías a solicitar la medida de aseguramiento.
- SENTENCIA C-567 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos (exequibilidad condicionada del numeral 4 del Art. 313 del C.P.P.).
- SENTENCIA C-469 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (control de constitucionalidad sobre el fin de protección a la comunidad).
- SENTENCIA C-318 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño (determinación de la medida de aseguramiento y sus requisitos).
- SENTENCIA C-805 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (referencia y alcance al principio de proporcionalidad en el derecho comparado).
- SENTENCIA T-293 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa (El agente del Ministerio Público no está legitimado para solicitar la medida

de aseguramiento en ningún caso, ni siquiera cuando la víctima no la solicite).

2.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

La audiencia de imposición de medida de aseguramiento realizada dentro de las audiencias concentradas puede ser aplazada, dado que, aunque las tres audiencias guardan relación procesal, cada una es autónoma e independiente.

El Ministerio Público ha de empezar por revisar el proceso de adecuación típica de manera estricta en orden a determinar que se cumpla con alguno de los eventos consagrados en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 60 de la ley 1453 de 2011, que tornan procedente la detención preventiva. Así se tendrá por satisfecho el Factor Objetivo.

Luego se debe revisar la exigencia del inciso primero del artículo 308 ibídem, esto es que, de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe (no responsable, término que erróneamente se usa) de la conducta punible imputada.

A diferencia de la formulación de imputación que se predica como un acto de mera comunicación, en la audiencia de la medida de aseguramiento sí puede ser objeto de controversia la ajenidad del imputado en la conducta punible, así como la calificación jurídica de la conducta punible, por ejemplo, si es tentada o consumada, la concurrencia de circunstancias de agravación, entre otras.

Por otro lado, se debe revisar la motivación de la Fiscalía para acreditar, de una parte, EL FIN O LOS FINES constitucionales invocados, y de otra parte, LA URGENCIA de la medida. La Fiscalía también deberá acreditar que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes.

Finalmente, por cuanto se trata de determinar la procedencia de la imposición de una Medida de Aseguramiento, el Ministerio Público debe verificar que la Fiscalía cumpla con la carga argumentativa dirigida a acreditar que la medida sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los fines constitucionales.

2.8. OBSERVACIONES ADICIONALES FRENTE AL DELITO DE HURTO:

Se presenta debate en torno a la concurrencia de aparentes concursos de tipos penales. Por ejemplo, no siempre es posible tipificar un hurto como calificado por la violencia sobre las personas o por la existencia de lesiones personales dolosas.

Existe discusión sobre la tentativa, pues generalmente en los hurtos perpetrados en establecimientos de comercio, los elementos no salen de la esfera de dominio de quien realiza la vigilancia; sin embargo, la Fiscalía en algunas ocasiones sostiene que la conducta es consumada.

Frente al delito de hurto calificado y agravado, la Fiscalía utiliza mucho como fin constitucional, la protección de la comunidad contra el riesgo de reiteración (Art 310 C.P.P.) para solicitar la medida de aseguramiento. Se debe tener especial atención a la motivación que presente la Fiscalía, pues la naturaleza de este fin es determinar si atendidas las circunstancias subjetivas hay un pronóstico de reiteración del hurto.

Con independencia del delito por el cual se proceda, frente al peligro para la víctima por riesgo de reiteración (Art. 311) se exigen motivos fundados para inferir que el imputado representa un peligro para la víctima o su familia. Es importante tener presente elementos materiales probatorios de conocimiento sobre, v. gr., conocimiento previo entre el autor y la víctima, vecindad entre ellos o amenazas contra la víctima, su familia o sus bienes.

Cuando se trata de delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro cometidos contra niños, niñas o adolescentes, la Fiscalía está exonerada de probar la insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad, pues el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, por ser una ley especial y atendiendo el interés superior del menor, estableció que no son aplicables para esos delitos y señala que si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, ésta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión.

La Ley 2197 de 2022 de Seguridad Ciudadana introdujo, entre otras, las siguientes modificaciones:

ARTÍCULO 21. Modifíquese el numeral 5 y adiciónese el numeral 8 al artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 310. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

5. Cuando se utilicen armas de fuego; armas convencionales; armas de fuego hechizas o artesanales; armas, elementos y dispositivos menos letales; o armas blancas definidas en la presente ley.

h). Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración

autónoma del peligro para la comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico.

ARTÍCULO 24. Adiciónese el numeral 4 al artículo 312 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 312. No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

h). La resistencia al procedimiento de captura mediante actos violentos contra el funcionario o servidor que la realice, el intento de emprender la huida, o dificultar su individualización.

3. AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE DILIGENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO Y DE ELEMENTOS INCAUTADOS

3.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de garantías
- Fiscalía
- Ministerio Público
- Funcionarios de Policía Judicial (eventualmente)
- Testigos o peritos que declararon bajo juramento para la obtención de la orden (eventualmente)
- Persona que atendió la diligencia, eventualmente (C-025 de 2009)
- Capturado o imputado y defensor

- Víctima

3.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

La audiencia debe adelantarse cuando se cumplan dos condiciones:

1. Que los funcionarios de POLICIA JUDICIAL hayan terminado el procedimiento de ALLANAMIENTO Y REGISTRO en el inmueble, nave o aeronave descrito en la ORDEN.
2. Que el FISCAL que ordenó el procedimiento solicite la audiencia ante el juez de control de garantías.

3.3. TÉRMINOS PROCESALES

La audiencia debe realizarse en los términos previstos en los artículos 250.2 de la Constitución Política, art. 237 del CPP, con la aclaración efectuada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-014 de 2018, esto es, dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la diligencia, las cuales deberán distribuirse así:

- a) Informe de Policía Judicial al Fiscal del caso dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las 12 horas. Si hubiere persona capturada, inmediatamente concluida la diligencia se pondrá a disposición del Fiscal, junto con el informe.
- b) Audiencia de control de legalidad de la diligencia dentro de las 24 horas siguientes al recibo del informe de Policía Judicial.

También se debe controlar el término para cumplimiento de la orden: 30 días, si se trata de la indagación; 15 días, si se trata de la investigación.

3.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

Una vez autorizado por el juez de control de garantías para intervenir, en relación con la ORDEN corresponde al FISCAL:

- a) Explicar las presunta(s) conducta(s) ilícitas y la(s) persona(s) involucradas;

b) Exponer la finalidad de la diligencia (Art. 219 C.P.P.).

c) Señalar que emitió la orden o bien para obtener la captura del indiciado, imputado o condenado o para recaudar elementos materiales probatorios (EMP) y evidencia física (EF).

d) Exponer los motivos fundados y su respaldo en medios cognoscitivos (E.M.P.) (Arts. 220 – 221 C.P.P.), que permitan inferir cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que la ocurrencia del delito investigado tenga como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, o al que transitoriamente se encontrare en él.
2. Que en su interior se hallen los instrumentos con los que se ha cometido la infracción.
3. Que allí se encuentren los objetos producto del ilícito.

e) Precisar el lugar objeto del allanamiento (Art. 222 C.P.P.).

f) Realizar juicio de proporcionalidad respecto a los derechos de intimidad e inviolabilidad del domicilio:

- Idoneidad: Procedimiento adecuado para lograr el fin propuesto.
- Necesidad: Si no existe otra medida igualmente idónea pero menos restrictiva con la cual se pueda cumplir el mismo fin.
- Proporcionalidad stricto sensu: Balance de intereses entre el derecho fundamental que se afecta y el fin que se pretende.

g) Exponer el plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento.

En cuanto al PROCEDIMIENTO realizado por POLICIA JUDICIAL corresponde al FISCAL verificar:

a) Que se adelantó exclusivamente en los lugares autorizados; si se extendió a otros lugares, sustentar que ello aconteció

por encontrarse nuevas evidencias de los delitos investigados o por flagrancia.

b) Que la diligencia se cumplió dentro del plazo establecido en la orden.

c) Que no se afectaron derechos de terceros ni se violó la expectativa razonable de intimidad.

d) Que los bienes incautados se limitaron a los señalados en la orden, a menos que medie flagrancia.

e) Que se elaboró acta de la diligencia indicando: lugares registrados, objetos ocupados o incautados y personas capturadas. Si hubo oposición o medidas policivas y firma de personas que atendieron la diligencia.

f) Que se cumplió en el horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. (si se realizó fuera de este horario explicar la razón y acreditar la citación al ministerio público respectivo).

Finalmente, sobre los RESULTADOS el FISCAL debe:

a) Exhibir el informe de Policía Judicial sobre resultados de la diligencia, indicando que se allegó en término.

b) Acreditar que se encuentra dentro del término de legalización de la diligencia de allanamiento (Art. 237 C.P.P.).

Luego de las demás intervenciones, el juez hace la argumentación legal y constitucional de la decisión y seguidamente decreta la legalidad, o no, de la orden, procedimiento y resultados.

De declararse ilegal se ordena la exclusión de

E.M.P.y E.F. (Art.232 C.P.P.). Anuncia la procedencia de recursos (reposición y/o apelación).

3.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

La Finalidad de la audiencia es que el juez revise la legalidad de LA ORDEN, EL PROCEDIMIENTO Y LOS RESULTADOS.

En cuanto a la ORDEN, se examina si había motivos razonablemente fundados para considerar que el delito investigado tiene como autor o partícipe al propietario o tenedor del bien objeto de allanamiento y registro y que resultaba razonable y proporcional afectar los derechos fundamentales a la intimidad y al domicilio.

En cuanto al PROCEDIMIENTO, se revisa si fueron atendidas las reglas previstas en los artículos 223, 225 y 227 del CPP.

En cuanto a LOS RESULTADOS, si estos se corresponden con los esperados según la orden y los demás que se determinen en caso de flagrancia.

3.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- SENTENCIA C-014 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera. El plazo de 24 horas para realizar el control de legalidad de las diligencias de Policía Judicial se cuenta a partir del recibo del informe correspondiente por parte del fiscal y no infringe el plazo de 36 horas previsto en la Constitución.
- SENTENCIA C-212 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Inviolabilidad del domicilio.

CONTROL POSTERIOR ANTE JUEZ DE CONTROL GARANTIAS DE LOS REGISTROS Y ALLANAMIENTOS SIN ORDEN Y VOLUNTARIOS:

- SENTENCIA C-806 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa: “(...) el allanamiento excepcional previsto en el numeral 1 del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, debe someterse al examen del juez de control de garantías, quien valorará en cada caso si el consentimiento dado por el afectado por la diligencia de allanamiento fue libre y expreso, o si por el contrario fue fruto de un acto arbitrario o abusivo”.
- SENTENCIA C-176 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Inviolabilidad de domicilio. “(...) Sin embargo, al igual que para la restricción del derecho a la libertad, los artículos 32 y 250 de la Constitución también consagran excepciones a la regla general de garantía de la orden judicial para autorizar los allanamientos o registros, sin que exista autorización del juez”. (...) es necesario dejar constancia escrita de la actuación no sólo para que el juez competente pueda ejercer el control de legalidad de la actuación sino también para que se adelante el control penal y disciplinario correspondiente en casos de exceso o de abuso de poder”.
- SENTENCIA C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Enfatiza en el control posterior, los presupuestos de la diligencia y la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos.

3.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

La agencia del Ministerio Público en ejercicio su función de control y vigilancia debe empezar por examinar muy bien los EMP para establecer si se acreditaron motivos razonablemente fundados necesarios para la expedición de la orden de registro.

Es importante diferenciar entre ingreso voluntario y allanamiento, este último es fruto de la franca oposición de los moradores o que no haya nadie, en ese orden de ideas, deviene el uso de la FUERZA, proporcional, adecuada y

razonable generando el mínimo de daños materiales o invasivos a la intimidad, pues si existe ingreso voluntario, no puede hablarse de ALLANAMIENTO (este es la excepción). La persona que atendió la diligencia puede asistir porque hay jueces que solicitan que se le haya citado para auscultar si el permiso otorgado a la Policía Judicial para el ingreso fue libre, consciente y voluntario y que no hubiese sido fruto de un acto arbitrario o abusivo (Sentencia C-025 de 2009 y art. 237 CPP).

Otro aspecto de especial importancia, es DIFERENCIAR el mero INGRESO para captura en FLAGRANCIA como es recurrente en los delitos de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, esto lo clarificó la CORTE CONSTITUCIONAL en SENTENCIA C-212-2017. Dado que se ordenó en esos casos hacer control posterior del INGRESO DE LA POLICIA, se insiste INGRESO, ya que no debe confundirse con ALLANAMIENTO, porque usualmente la víctima o el morador dan permiso verbal o escrito para ese ingreso aunque solo para la captura y no se hace ningún registro, salvo que a la vista exista un arma, droga o cuerpo que permitan inferir la flagrancia del numeral 3 del art. 301 del CPP.

4. AUDIENCIA DE OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO

4.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez
- Fiscalía
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado víctima y/o víctima
- Ministerio Público
- Imputado
- Policía Judicial (por excepción)

4.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Cuando la Fiscalía de manera expresa lo solicite o, por excepción, la Policía Judicial en casos de “extrema urgencia”.

4.3. TÉRMINOS PROCESALES

No existe un término establecido, pero sí unos requisitos previos:

1. Que se haya formulado la imputación.
2. Que se cuente previamente y bajo custodia con un referente para el correspondiente cotejo.

4.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

4.4.1. Con consentimiento del imputado:

Primero interviene la Fiscalía, la cual deberá:

- Enunciar los hechos jurídicamente relevantes.
- Explicar las razones que permiten vincular al imputado con el delito y la necesidad de la obtención de la muestra.

Luego el Juez interviene para:

- Explicarle al imputado en qué consiste la obtención de la muestra, las razones por las cuales la Fiscalía requiere esa muestra, las consecuencias probatorias del resultado. Verificar si el imputado ha entendido lo explicado.
- Por último, antes de decidir si acepta o no se le permite entrevistarse con su defensor.

Seguidamente, el juez interroga al imputado si da o no su consentimiento. En caso positivo, deberá confirmar:

- Que la decisión sea libre, consciente y voluntaria.
- Si entendió las consecuencias al dar su consentimiento.
- Si ha sido objeto de presiones o amenazas.
- Si ha ingerido bebidas embriagantes, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o alucinógenos o medicamentos que afecten su estado de consciencia o alteren de alguna manera su

sistema nervioso dentro de las 24 horas anteriores.

- Entonces, el juez autoriza la toma de la muestra.

4.4.2. Sin consentimiento del imputado:

El Juez autoriza a la Fiscalía una segunda intervención para que exponga los fundamentos constitucionales y legales para la obtención de la muestra. Seguidamente desarrolla el test de proporcionalidad respecto de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

Se le da traslado a la defensa para que argumente frente a la solicitud. Se podrá dar traslado igualmente a los demás intervinientes.

El Ministerio Público deberá intervenir si es necesario, en defensa del debido proceso y la dignidad humana.

Nuevamente intervendrá el juez para decidir si imparte o no la orden de obtención de la muestra. En caso positivo, dispondrá un plazo para la obtención de la misma, en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y dignidad para el imputado. Si fuere estrictamente necesario podrá ordenar su conducción.

Contra la decisión que se adopte proceden los recursos de reposición y apelación.

4.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Lograr que el juez de control de garantías autorice la obtención de la muestra por ser pertinente, idónea, necesaria y proporcional para alcanzar el fin propuesto y expuesto.

Pertinencia: la obtención de la muestra deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la conducta punible imputada.

Idoneidad: si la obtención de muestras solicitada es adecuada para alcanzar los fines de la investigación.

Necesidad: si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante.

Proporcionalidad: Por virtud de este principio la ponderación debe hacerse entre el interés público en la investigación del delito, el bien jurídico tutelado, al igual que la protección de los derechos de las víctimas, versus el interés del imputado a no ser sometido a restricciones de sus derechos a la intimidad, a la dignidad, a la autonomía personal y a la integridad física.

4.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- SENTENCIA C – 822 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, declara exequible el art. 249 del CPP en el entendido que:
 1. 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;
 2. La obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5. de dicha sentencia.
- Auto Interlocutorio 03-07-2013. Casación 37130 de 2013. M.P. José Leonidas Bustos Martínez (abordó el análisis de un caso en la perspectiva de la C-822)

4.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Si se le corre traslado de la solicitud al Ministerio Público, este deberá hacer un muy concreto y objetivo análisis con apego a las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales que regulan las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización,

con énfasis en las recomendaciones al momento de su práctica conforme a las reglas previstas en el numeral 2° del artículo 249 de la Ley 906 de 2004.

Si no se le corre traslado, deberá solicitar autorización para intervenir, si se hace necesario por violación al debido proceso y/o la dignidad humana.

4.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

La audiencia será de carácter reservado de conformidad con el inciso 2° del artículo 155 de la Ley 906 de 2004.

5. AUDIENCIA DE DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE

5.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez
- Fiscalía
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado víctima y/o víctima
- Ministerio Público

5.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Cuando al fiscal le haya resultado imposible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte (Art. 127, L. 906/2004).

Previamente deben haberse agotado todos los mecanismos de búsqueda y remitido las citaciones suficientes y razonables para lograr la comparecencia del indiciado.

5.3. TÉRMINOS PROCESALES

No existe un término para solicitar la audiencia, siempre y cuando no haya prescrito la acción penal; solo se requiere que todos los esfuerzos llevados a cabo por parte de la Fiscalía para localizar al indiciado hayan resultado fallidos.

El edicto emplazatorio deberá permanecer fijado en cartelera del Centro de Servicios Judiciales por el término de cinco (5) días hábiles.

5.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

En términos prácticos se trata de dos (2) audiencias, a saber:

- PRIMERA - Audiencia de emplazamiento
- SEGUNDA - Audiencia de declaratoria de persona ausente

La audiencia de emplazamiento será solicitada por el fiscal de conocimiento cuando haya sido imposible localizar al indiciado y comporta los siguientes pasos:

- El Fiscal de conocimiento informará a la audiencia que le ha sido imposible localizar al indiciado.
- Luego expondrá las razones que determinan su solicitud con miras a que se autorice acudir al mecanismo de emplazamiento público.
- Seguidamente, mostrará y correrá traslado de las evidencias sobre búsqueda selectiva en bases de datos, comunicaciones a todas las direcciones relacionadas, constancias de audiencias fallidas, comunicación a la última dirección conocida convocándole a la audiencia que se está llevando a cabo, etc.
- El juez dará traslado al apoderado de la(s) víctima(s), al agente del Ministerio Público y al defensor.
- El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y remitido citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del indiciado.
- Finalmente, el juez adoptará la decisión que considere jurídicamente viable, la cual, de ser positiva, ordenará el emplazamiento del indiciado mediante edicto que deberá ser

fijado por cinco (5) días hábiles en un lugar visible en el Centro de Servicios Judiciales, publicado por prensa local y a través de un medio radial. Contra la decisión proceden los recursos de ley.

La audiencia de declaratoria de persona ausente se podrá solicitar por el fiscal de conocimiento cuando se hayan efectuado las publicaciones ordenadas en la primera audiencia y cuente con las evidencias de dichas publicaciones.

- El fiscal expondrá razonadamente y mostrará las evidencias de las publicaciones.
- El fiscal deberá acreditar que se citó nuevamente a la última dirección conocida para convocar al indiciado a la audiencia que se está llevando a cabo.
- El juez correrá traslado a los demás intervinientes en la audiencia.
- Finalmente, el juez pronunciará su decisión sobre la solicitud, la cual, de ser positiva, declarará persona ausente al indiciado.
- La decisión consistente en declarar o no persona ausente al indiciado, admite los recursos de ley.
- Si se declara persona ausente, por tratarse de una decisión de efecto inmediato, se procederá a continuación a adelantar la audiencia de formulación de imputación de cargos, los cuales se comunicarán al defensor público designado.

5.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

La finalidad de las audiencias es la vinculación formal del indiciado a la investigación convocándole mediante el mecanismo

excepcional de emplazamiento público y la declaratoria de persona ausente para poder formular imputación de cargos y proseguir con el proceso penal.

5.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Señala que la declaratoria de ausencia es excepcional, que opera solo cuando al fiscal le haya sido imposible localizar al indiciado y que se debe demostrar la insistencia en buscarlo.

5.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, al descender el traslado de la solicitud, debe revisar:

- La plena identidad del indiciado.
- Las diligencias realizadas para su ubicación que deben agotar los mecanismos de búsqueda.
- Las citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del indiciado.
- Evidenciar que el Centro de Servicios Judiciales realizó el Edicto Emplazatorio y las publicaciones.

5.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

N/A.

6. AUDIENCIA DE DECLARATORIA DE CONTUMACIA

6.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez
- Fiscalía
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado víctima y/o víctima
- Ministerio Público

6.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Cuando el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por el CPP, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la Audiencia de Imputación, siendo evidente su renuencia a concurrir a la audiencia, teniendo conocimiento de que se adelanta una indagación en su contra.

Esta rebeldía se denomina “contumacia” y la ley (art. 291 CPP), autoriza que sea declarada por el juez y que la imputación se formule ante el defensor del indiciado.

6.3. TÉRMINOS PROCESALES

No están establecidos términos temporales para la procedencia de la audiencia, la cual será viable siempre que no haya prescrito la acción penal.

Los términos son circunstanciales de modo y hacen referencia al cumplimiento de los requisitos legales de las citaciones (Art. 171, Ley 906/04), en cuanto a su oportunidad e insistencia de manera que aparezca evidenciado, con suficiencia y razonabilidad, que el indiciado conoce que se adelanta una indagación en su contra y que se le está convocando a la audiencia de formulación de imputación.

6.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

El fiscal acreditará:

1. La individualización e identificación del indiciado.
2. Que el indiciado, a pesar de conocer las diligencias que se adelantan en su contra y que ha sido convocado para la realización de la audiencia de imputación, no ha comparecido a la misma y no ha justificado su inasistencia ni siquiera en forma sumaria, tornándose su conducta como un acto de rebeldía o contumacia.
3. El Fiscal presentará y correrá traslado de las pruebas de las citaciones enviadas al indiciado, en particular a la última dirección verificada.

4. El juez autorizará que los demás intervinientes y la defensa se pronuncien sobre la solicitud y las pruebas presentadas.
5. Cumplido lo anterior, se proferirá la decisión correspondiente, la cual admite los recursos de ley.
6. Si la decisión es favorable a la solicitud, seguidamente se adelantará la audiencia de imputación, en la que se le comunicará a la defensa los cargos formulados contra el contumaz.

6.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

La vinculación formal del indiciado al proceso penal. El legislador previó la posibilidad excepcional de adelantar juicios en ausencia por rebeldía.

6.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- SENTENCIA C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Declara exequible el art. 291 del CPP, en cuanto a la designación de un defensor público ante quien se formulará la imputación, cuando el defensor de confianza no concurre a la audiencia, condicionando la decisión a que el designado puede solicitar al juez un receso para examinar las diligencias.
- SENTENCIA C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Declara exequible la expresión “Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación” del artículo 291 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

Si con posterioridad a la audiencia de imputación, el imputado comparece al proceso, tomará el

mismo en el estado en que se encuentre.

6.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, en el traslado de la carpeta, deberá revisar:

- La plena identidad del indiciado.
- Que las diligencias realizadas hayan sido razonables y suficientes para la ubicación y citación del indiciado, en particular a la audiencia de contumacia.
- Los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, que confirmen el conocimiento de la investigación por parte del indiciado.
- La designación del Defensor del indiciado que puede ser de confianza o, si éste no concurre a la audiencia, la del defensor público.

6.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

N/A

7. AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN

7.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez
- Fiscalía
- Indiciado
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado víctima y/o víctima (C-209 de 2007)
- Ministerio Público

7.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Cuando la Fiscalía General de la Nación lo solicite, siempre y cuando cumpla con las siguientes condiciones:

1. Que el indiciado esté plenamente identificado o individualizado
2. Que exista una inferencia razonable de autoría o participación del indiciado en el(los) delito(s) o presunto(s) delito(s) que le serán imputados.

7.3. TÉRMINOS PROCESALES

No hay un término establecido, salvo que este prescrite la acción penal. A pesar de lo anterior, el parágrafo del art. 175 del CPP estableció unos plazos para adelantar la Indagación Preliminar y a su vez la sentencia C-893 de 2012 lo declaró exequible, dejando establecido que, al cumplirse los plazos, la Fiscalía deberá hacer un estudio del estado de la actuación y optar por una de las siguientes tres opciones:

1. Si cuenta con suficientes medios de conocimiento para inferir razonablemente la autoría, elevará la correspondiente imputación.
2. Si no cuenta con estos, ordenará nuevos actos de investigación, siempre y cuando sean pertinentes, útiles y tengan relación con los hechos y/o las personas involucradas en estos; y
3. Si no es posible ninguna de las anteriores se estudiará la posibilidad de archivar provisionalmente, siempre y cuando se pueda invocar alguna de las causales legales.

7.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

El juez de control de garantías enuncia el objeto de la audiencia y procede a verificar la presencia de las partes necesarias para integrar el contradictorio. Previamente deberá revisar que la víctima o su representante hayan sido citados. Su presencia no es obligatoria pero sí su convocatoria.

Seguidamente, le concede el uso de la palabra al fiscal delegado para que efectúe la comunicación de cargos. Este en su intervención, da cumplimiento a lo establecido en los artículos 286, 287 y 288 del C. de P.P., procede a individualizar de manera concreta a la persona a la cual le va a realizar la imputación, incluyendo su nombre, los datos que sirvan

para identificarlo y el domicilio de citaciones de ser esto posible; enseguida hace una narración clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes para la investigación, en un lenguaje comprensible, adecuando de manera congruente la conducta con el delito imputado, la existencia de la inferencia razonable de autoría o participación y la rebaja a la que se haría acreedor en caso de aceptar los cargos, de ser procedente tal beneficio.

El juez que preside corre traslado al apoderado de víctimas (si se encuentra presente), al Ministerio Público y a la defensa con el fin de que manifiesten si tienen observaciones, objeciones, solicitudes, adiciones o aclaraciones a la imputación.

Finalmente, el Juez de control de garantías procederá a verificar si el imputado comprendió los cargos y los derechos comunicados de acuerdo con el artículo 8° del C. de P.P., a explicarle las consecuencias que acarrea la aceptación o no de los cargos imputados por la Fiscalía e interrogarlo acerca de si acepta o no la imputación en los términos formulados, verificando que tal aceptación o no, sea de manera expresa, libre, consciente, voluntaria y debidamente informada.

7.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Comunicar al indiciado que la fiscalía lo está investigando por ser el presunto autor o partícipe de unos hechos que revisten características de delito. Vincularlo formalmente al proceso. Darle la oportunidad al indiciado de aceptar o no la imputación. Terminar la investigación en caso de aceptación de cargos. Interrumpir la prescripción de la acción penal.

7.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 2019, Rad. 53.264 M.P. Eyder Patiño Cabrera. La formulación de imputación debe contener con claridad los hechos jurídicamente

relevantes, entendidos los mismos como “aquellos que pueden ser subsumidos en el tipo penal”. Diferencia entre “hechos jurídicamente relevantes”, “hechos indicadores” y “medios de prueba”.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 24 de julio de 2019, Rad. 55.300 M.P. Eugenio Fernández Carlier. Prohibición al Juez de Control de Garantías de ejercer control material sobre la imputación formulada por la Fiscalía.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de julio de 2008, Rad. 29.117 M.P. Alfredo Gómez Quintero. Deber de quienes participan en el proceso y especialmente del Ministerio Público dentro de la órbita de su competencia (de quien se afirma textualmente que “no es un convidado de piedra a la audiencia de formulación de imputación, así como a ninguna de las actuaciones procesales), de “ejercer un control efectivo de la imputación, en la medida que desde aquel momento procesal se averiguan delitos, en fin, hechos jurídicamente relevantes”.

7.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Teniendo en cuenta no solamente la importancia de esta audiencia, sino que desafortunadamente en la práctica existen múltiples fallas por parte de los fiscales al formular la imputación, en ejercicio de sus funciones como garante del Debido Proceso resulta relevante la intervención del Ministerio Público en los siguientes aspectos:

- Establecer la no afectación del principio del non bis in ídem. Caso que se presenta cuando la Fiscalía encuadra la conducta en varios tipos penales pasando por alto la existencia, en algunos casos, de un concurso aparente de delitos.
- Verificar que la Fiscalía exponga de manera adecuada los hechos jurídicamente relevantes objeto de imputación (el qué, dónde, cómo y cuándo de la situación fáctica) y no se conforme únicamente con hacer una relación de la noticia criminal, las entrevistas recaudadas y/o un resumen de los informes suscritos por la Policía Judicial (hechos indicadores y medios de prueba).
- Revisar que la imputación jurídica este acorde con la imputación fáctica.

7.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

Los delegados del Ministerio Público deberán tener en cuenta las ALERTAS TEMPRANAS en su intervención en las audiencias de FORMULACION DE IMPUTACION:

A. DELITO DE FEMINICIDIO O TENTATIVA DE FEMINICIDIO

Solo se reconoce una sexta parte (1/6) de reducción de la pena por razón de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 1761 de 2015, que es del siguiente tenor:

Artículo 5°. Preacuerdos. La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias.

B. DELITO DE EXTORSIÓN

Por virtud del artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, en el delito de EXTORSIÓN, no son viables las rebajas de pena por aceptación de cargos.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia recordó que en el delito de EXTORSIÓN a partir de la Sentencia 33254 del 2013 impera el criterio jurisprudencial conforme al cual en la dosificación de la pena no puede aplicarse el incremento genérico de la Ley 890 del 2004 cuando:

1. El procesado se allane a cargos o celebre un preacuerdo con la Fiscalía.
2. Se proceda respecto de alguno de los delitos respecto de los cuales, por virtud del artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, no son viables las rebajas de pena por aceptación de cargos.

C. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-144962017 (39831), Sep. 27/17

La Corte Suprema de Justicia advirtió que los jueces no pueden dar trámite a los beneficios de rebaja de penas por allanamiento a cargos, sin el reintegro de por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y el aseguramiento del recaudo restante, cuando el procesado obtenga incremento patrimonial fruto del crimen aceptado.

A esa conclusión llegó la Sala de Casación Penal en la sentencia que elevó a 19 años y 5 meses de prisión la pena contra Miguel, Manuel y Guido Nule, y en cuyo estudio regresó a la original interpretación de equiparar el allanamiento o aceptación de cargos con los preacuerdos,

acuerdos y negociaciones en los procesos penales.

“Esta postura, fundada en reconocer que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo y no una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del imputado o acusado sin contraprestación ninguna, le implica necesariamente a la Corte el tener que precisar que, a más del deber de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349 del CPP, el escrito de acusación, para que pueda servir de fundamento del fallo anticipado que del juez de conocimiento Fiscalía y defensa demandan, debe incluir el acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta objeto de imputación.”

También el Ministerio Público debe estar atento a verificar que la FISCALÍA al formular imputación por delitos contra el patrimonio establezca si se cumplen las exigencias del art. 268 del CP, es decir, aquellos casos en que el imputado carece de antecedentes, lo hurtado no sobrepasa el salario mínimo legal mensual y no le causó grave daño a la víctima, para que le reconozca la rebaja de pena allí establecida, o verificar si le reconoce rebaja cuando no se dan esos requisitos.

D. DELITOS CONTRA MENORES: SEXUALES, VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL Y LIBERTAD INDIVIDUAL

No hay lugar a rebajas en la FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN, aunque el imputado acepte cargos.

El art. 199 de la Ley 1098 de 2006, de Infancia y Adolescencia, PROHIBE rebajas de pena cuando los menores sean afectados por los delitos a los que se refiere la misma norma. El artículo establece que no proceden la extinción de la acción penal por reparación integral; las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones; la aplicación de medidas no privativas de la libertad; la detención preventiva en el lugar de residencia; la suspensión condicional de la pena; la libertad condicional u otros beneficios o subrogados penales;

ni la extinción de la sanción penal por principio de oportunidad. Impide esta prohibición que se asuma la responsabilidad por parte del procesado y se intente la reparación del agravio, atentando contra los principios fundantes del sistema penal acusatorio al no permitirse la implementación de la justicia restaurativa.

La Ley 2081 de 2021 agregó que “Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años, la acción penal será imprescriptible”.

Solamente opera rebaja de pena por estudio y trabajo. En sentencia C-177 de 2014 advierte la Corte Constitucional que la redención de pena no colisiona con las garantías previstas para los menores y bajo esa lógica determina que el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia se enmarca dentro de la función de prevención general de la pena, cuyo propósito es disuadir a la comunidad en general de la comisión de delitos, reforzando la amenaza con la efectiva ejecución de la pena.

E. DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMAS

La Fiscalía tiene la carga de la prueba de demostrar que el imputado CARECE DE PERMISO para porte de armas, si al momento de formular imputación no tiene ese EMP no puede formular imputación.

“La Sala penal de la Corte Suprema de Justicia precisó, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2535 de 1993, que “las armas neumáticas, de gas, las armas largas de pólvora negra, incluso las escopetas de fisto no requieren permiso para su porte y tenencia”.

Así mismo, concluyó que solo el tipo de armas allí relacionadas no requieren de autorización por parte de la autoridad competente para su porte o tenencia, de lo contrario, las armas de defensa personal, deportivas o de colección es menester contar con dicho permiso, como se deduce del inciso segundo del artículo 20 del citado decreto.

Acreditar que no se tiene permiso de autoridad competente es un requisito para tipificar el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones descrito en el artículo 365 del Código Penal y es al ente persecutor al que le corresponde probar que el sujeto carece de aquel.

Sin embargo, tal exigencia no se extiende al punto de requerir que la autoridad militar certifique que a determinada persona no se le ha expedido la autorización para el porte o tenencia de armas de fuego, como única forma de demostrar tal elemento del tipo, ya que el principio de libertad probatoria permite establecer los elementos de este tipo penal a partir de otros medios, como el testimonio (M. P. Fernando Alberto Castro).

Sobre este tema, el alto tribunal señaló, en febrero de este año, que la acreditación de ese elemento normativo no está tarifada legalmente, ya que puede demostrarse con cualquier medio probatorio que no viole la dignidad humana, en virtud del principio de libertad probatoria.

Sin embargo, según la Corte, eso no significa que el juez pueda suponerlo ni deducirlo a través de juicios lógicos o las reglas de la experiencia, porque esto violaría la presunción de inocencia, aclaró la sentencia.

Por tanto, no basta verificar la mera posesión o tenencia del arma o la munición para asumir que la persona carece de dicha autorización, pues esto solo puede concluirse, si en el juicio oral se introduce prueba de ello o al menos existe estipulación de las partes en ese sentido, agregó. (CSJ Sala Penal, Sentencia SP-15882016 (46211), 11/02/2016) “.

En los delitos de PORTE ILEGAL DE ARMAS, el Ministerio Público debe estar atento al agravante que el fiscal quiera imputar cuando el arma se incaute en vehículo automotor (motos o carros), pues muchas veces se infla la imputación en ese aspecto sin que el Fiscal lo demuestre y sobre ello la CSJ ya lo expresó así: CSJ.SALA PENAL. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Rad. 20665.

“La circunstancia modificadora de la punibilidad, entre otros, por la utilización de medios motorizados parte del supuesto de que portar un arma de fuego en tal situación fáctica hace más potencial la lesión al bien jurídico protegido, habida cuenta que desde un vehículo o unidad motorizada se puede más fácilmente atentar contra la paz y la convivencia social integrada en la seguridad pública. No obstante, para dicha conclusión tiene que haber una valoración de la relación causal entre el verbo rector desplegado por el sujeto y dicha circunstancia y la verificación que esa era su voluntad (dolo) que le imprimió particular contenido a su comportamiento”.

“Por consiguiente, la incorporación de dicha circunstancia en la construcción del juicio de derecho está condicionada a que el sentenciador concluya, mediante la actividad probatoria, que el arma transportada en vehículo motorizado haga más potencial el riesgo de vulneración del bien jurídico de la seguridad pública, como sería el caso, cuando entre el porte de dicho elemento y la utilización de medios motorizados exista una relación teleológica, es decir, tenga conexión con la comisión de otras conductas punibles, por ejemplo, asaltar una entidad bancaria, o perpetrar un homicidio por banda de sicarios”.

El Ministerio Público debe estar pendiente especialmente de los radicados, verificar si en la formulación de imputación el imputado fue o no capturado en flagrancia.

Asimismo, debe estar atento a que se haga efectiva la rebaja de pena de hasta el 50% salvo excepciones (por ej. delitos sexuales con menores) y verificar si la captura se declaró ilegal o no se hizo control posterior de legalización de captura ante Juez de garantías.

La legalización de la captura de una persona aprehendida en situación de flagrancia se vincula a la rebaja de pena que procede en caso de allanamiento. El Tribunal Superior de Bogotá señala que, si una persona es aprehendida en situación de flagrancia, pero no se legaliza su captura, en caso de allanamiento a la imputación procede la rebaja de hasta el 50 por ciento de la pena a imponer.

“Cuando la Fiscalía promueve una audiencia preliminar de legalización de captura contra una persona aprehendida en situación de flagrancia, para que persista la alegada flagrancia -con sus consecuencias- debe el juez de garantías declarar la legalidad de la captura. Pero en supuestos en los que se declara la ilegalidad de una captura, la Fiscalía podría continuar con la audiencia de imputación, luego de la cual el procesado estaría facultado para allanarse a los cargos y recibir una rebaja de pena de hasta el 50% porque no existiría jurídicamente la alegada situación de flagrancia, en tanto la misma fue declarada ilegal”.

F. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

Algunos fiscales incurren en desaciertos al imputar delitos contra la FE PÚBLICA (arts. 286 y ss. CP) por razón de los datos biográficos del indiciado, si éstos aparecen o no en el documento o son los de otra persona. Al respecto se debe precisar:

1. Que si los datos que aparecen son del indiciado (por ejemplo, un diploma de grado), la imputación del art. 287

CP debe hacerse a título de DETERMINADOR y no de AUTOR, pues se infiere que la persona ha utilizado o constreñido a otra persona para que realice la falsificación del documento de cuya existencia es el único beneficiario.

2. Si los datos no son del indiciado el delito a imputar es USO DE DOCUMENTO FALSO (art. 291 CP), pues se infiere que la persona no ha concurrido a la falsificación, sino que está utilizando un documento ya existente de otra persona.
3. Este delito (art. 291 CP), tratándose de “medios motorizados”, trae un agravante punitivo, el cual sólo debe invocarse cuando el documento presuntamente falso es la Licencia de Tránsito (Tarjeta de Propiedad) y no la Licencia de Conducción, pues la primera hace referencia al vehículo automotor y la segunda se refiere al conductor del vehículo.
4. Si el soporte material del documento es falso pero los datos en él contenidos son auténticos, es decir, corresponden a la persona indiciada, el delito a imputar será el de FALSEDAD PARA OBTENER PRUEBA DE HECHO VERDADERO (art. 295 CP) cuya pena prevista en la ley es la MULTA.
5. Por último, el tipo penal de FALSEDAD PERSONAL (art. 296 CP), es subsidiario, y solo resulta procedente de imputar cuando la conducta desplegada no constituya otro delito, pues de ser así, se deberá imputar el delito que corresponda.

8. AUDIENCIA DE DESARCHIVO

8.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Fiscalía
- Indiciado
- Defensa (pública o de confianza)
- Denunciante (eventualmente)
- Apoderado de víctima y/o víctima
- Agente del Ministerio Público

8.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

En la etapa de indagación, cuando la Fiscalía haya negado la solicitud de desarchivo.

De conformidad con la Sentencia C-1154 de 2005, es presupuesto indispensable para la realización de esta audiencia que previamente el peticionario (apoderado de la víctima o el Agente del Ministerio Público) haya solicitado el “desarchivo” o la “revocatoria” ante el fiscal que profirió la orden, aportando elementos materiales probatorios nuevos o cuando:

- La orden de archivo no se encuentre legalmente motivada o haya ausencia de motivación.
- No se haya adelantado una investigación seria, real y efectiva.
- El Fiscal aborde temas de la tipicidad subjetiva.
- Exista afectación al debido proceso.
- El Fiscal evalúe o examine hechos que no son objeto de indagación.
- El Fiscal aborde temas relativos a la responsabilidad.
- En una conducta culposa haya discusión sobre quien infringió el deber objetivo de cuidado.
- Se configure alguna de las demás circunstancias previstas en el numeral 3 del auto de julio 5 de 2007 radicado No. 2007-0019, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

8.3. TÉRMINOS PROCESALES

La audiencia puede ser solicitada en cualquier momento, siempre y cuando, como establece el inciso segundo del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, “no se haya extinguido la acción penal”.

8.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

El peticionario (apoderado de víctimas o el Agente del Ministerio Público) debe:

- Sustentar ante el Juez de Control de Garantías las razones por las cuales considera que no era procedente la orden de archivo proferida por el fiscal del caso.
- Suministrar y correr traslado de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que se pretende hacer valer como sustento de la solicitud.

Expuestos los argumentos, el juez correrá traslado de la petición a los demás sujetos procesales (al fiscal y al defensor del indiciado) así como al Ministerio Público y al apoderado de víctimas (salvo que alguno de éstos sea el solicitante de la audiencia).

Cumplido lo anterior, el juez adoptará la decisión correspondiente, la cual puede ser objeto de los recursos de reposición y apelación.

8.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Obtener pronunciamiento del Juez de Control de Garantías respecto de la controversia sobre la procedencia o improcedencia de la orden de archivo proferida por el fiscal del caso y para que en su defecto se reanude la indagación.

8.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Específicamente sobre el desarrollo de esta audiencia no se conocen pronunciamientos de las altas Cortes, pero si existen numerosas decisiones tanto de la Corte

Constitucional, como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con las hipótesis en las cuales es procedente o no el archivo de la indagación penal por parte de la Fiscalía.

Igualmente existen varias decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la falta de diligencia en las investigaciones penales y la consecuente afectación del derecho de las víctimas a acceder a la Administración de Justicia.

Corte Constitucional:

- Sentencia T-520 A del 31 de julio de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal:

- SP 5367–2021, Radicado No. 60484, 01 diciembre del 2021 MP Gerson Chaverra Castro.
- Sentencia de 2ª Instancia del 24 de marzo de 2021 (Rad. 50.295), M.P. Fabio Ospitia Garzón.
- Sentencia de 2ª instancia del 17 de octubre de 2018 (Rad. 51.885) M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Sentencia de Tutela del 10 de octubre de 2017 (Rad. 559886- T-94397) M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Sentencia de 2ª instancia del 16 de abril de 2015 (Rad. 44.792) M.P. María del Rosario González Muñoz.
- Sentencia de única instancia del 5 de octubre de 2011 (Rad. 30.592) M.P. José Leonidas Bustos Ramírez
- Sentencia del 5 de julio de 2007 (Expediente: 11001023001520070019) M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Sentencia del 12 de marzo de 2020 - Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.
- Sentencia del 25 de marzo de 2017 – Caso Acosta y otros vs. Nicaragua

8.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

La intervención del Ministerio Público en esta audiencia puede ser vista desde dos perspectivas:

La primera, si se actúa como solicitante naturalmente su intervención como garante del debido proceso y del derecho fundamental de las víctimas de acceso a la justicia, debe ir encaminada a que el juez de control de garantías ordene a la Fiscalía reanudar la indagación.

La sustentación deberá ser clara, concisa y contundente, teniendo como herramientas además de la ley, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como la de organismos internacionales de Derechos Humanos.

Con miras a que la audiencia efectivamente sea realizada por el Juez de Control de Garantías, al diligenciar el formato que se radica ante el Centro de Servicios Judiciales se debe tener especial cuidado de citar debidamente al fiscal que profirió la orden de archivo o al actual titular del despacho; al indiciado quien deberá concurrir con su defensor (de confianza o adscrito a la Defensoría Pública) y a la víctima como a su apoderado.

La segunda, cuando se actúa como interviniente en cumplimiento de las funciones establecidas en los artículos 109 y 111 del Código de Procedimiento Penal, la actuación del Ministerio Público debe ir encaminada a que la decisión que adopte el Juez de Control de Garantías esté acorde con el debido proceso y sea acertada.

9. AUDIENCIA DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

9.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Fiscalía
- Indiciado, imputado o acusado
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado de víctima y/o víctima
- Agente del Ministerio Público

Respecto de la víctima se requiere que ésta tenga conocimiento de la audiencia y haya fijado una posición sobre si se puede o no conceder el principio de oportunidad, lo cual deberá acreditar el Fiscal solicitante. Acreditado lo anterior, se podrá adelantar la audiencia incluso cuando la víctima no comparezca (art. 6° Resolución 4155 de 2016 FGN “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad”).

La posición negativa de la víctima no impide que se adelante la audiencia y que el juez resuelva en derecho.

9.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Según el art. 323 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1312 de 2009, la audiencia de solicitud de aplicación del principio de oportunidad podrá adelantarse cuando el fiscal de conocimiento considere que, a pesar de existir una conducta típica, mediante el uso de esta herramienta jurídica se puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal contra el indiciado, imputado o acusado porque los fines del proceso penal pueden alcanzarse sin necesidad de agotar todo el trámite procesal.

La norma establece que esta audiencia se adelantará “en la investigación o en el juicio hasta antes de la audiencia de juzgamiento”; pero el art. 6° de la Resolución 4155 de 2016 señala que “se podrá aplicar el principio de oportunidad en cualquier etapa del proceso. También procederá su aplicación en la etapa de indagación”.

Es válido afirmar que como regla general en cualquier estadio procesal resulta viable la aplicación del principio de oportunidad; sin embargo, particularmente tratándose de la causal 7 del artículo 324 que consagra la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa cuando se pretenda sustentar en la mediación, necesariamente debe haberse formulado imputación previamente, ya que el artículo 524 de la Ley 906 de 2004 señala que este mecanismo procede “...desde la formulación de imputación...”.

Igualmente ocurre con las causales 4, 5, 6 y 11 del artículo 324, no solamente porque la misma norma emplea el término “imputado” sino también por el estadio procesal donde se prevé la aplicación del principio de oportunidad.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 12 de la Ley 2197 del 25 de enero del 2022 que modificó el artículo 263 de la ley 599 de 2000, tratándose del delito de invasión de tierras es procedente la aplicación del principio de oportunidad “... si en el marco de una medida de restablecimiento del derecho no hay oposición al desalojo por parte del (de los) invasor (es), y este se produce antes de la imputación...”.

9.3. TÉRMINOS PROCESALES

El Fiscal de conocimiento, además de comunicar al jefe de su unidad, deberá solicitar al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa de la FGN el aval para aplicar el principio de oportunidad; el grupo deberá revisar la documentación que envíe el fiscal de conocimiento y emitirá la validación “por el medio más

expedito posible” en un plazo no mayor a cinco (5) días.

El Fiscal de conocimiento deberá solicitar la audiencia de control de legalidad ante el juez penal municipal con función de control de garantías dentro de los cinco (5) días siguientes a recibir la validación y la audiencia se debería realizar “dentro de los cinco (5) días siguientes. Habitualmente, el término judicial no se cumple.

Una vez realizada la audiencia el fiscal de conocimiento deberá remitir copia del acta al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa.

9.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

Inicia su intervención el Fiscal solicitante de la audiencia, quien deberá justificar la aplicación del principio de oportunidad y el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios. Además, deberá aportar elementos probatorios a fin de acreditar:

1. La ausencia de antecedentes penales del indiciado o procesado
2. Que dentro de los cinco (5) años anteriores a la solicitud, al indiciado, imputado o acusado no se le ha concedido otro principio de oportunidad.
3. Que el indiciado, imputado o acusado no es reincidente “en la misma conducta punible” (Art. 16, Res. 4155 de 2016).
4. Que los intereses de la víctima han sido tenidos en cuenta y, cuando sea el caso, que se han reparado integralmente los perjuicios irrogados a la(s) víctima(s).

Luego interviene la representación de las víctimas, fijando su posición y comunicando si se siente reparada integralmente o si se opone a esa facultad constitucional de la Fiscalía (ver inciso 2 del art. 323).

A continuación, interviene el agente del Ministerio Público, quien deberá verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios y fijar su posición frente

al material probatorio allegado por la Fiscalía, el cual podrá ser controvertido por el representante de la sociedad.

Finalmente, el Juez adopta la decisión motivada y ordena comunicarla al despacho judicial donde cursa el juicio, si fuere el caso. Igualmente, si es en la modalidad de suspensión indicará cuales condiciones debe cumplir el imputado o acusado, la forma específica de hacerlo y el término para ello. Si es en la modalidad de renuncia y prospera la pretensión, se dispondrá el archivo definitivo de las diligencias y la cancelación de las anotaciones que se hubieren generado.

9.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Resolver el conflicto social generado por el delito, propiciando que participen los involucrados en la construcción de esa solución, sin necesidad de adelantar todo el proceso penal el cual, en muchas ocasiones, no se requiere para lograr sus fines, porque mediante la modalidad de justicia restaurativa, pueden atenderse el interés de la justicia y los intereses de la víctima, o, porque no se requiere la imposición y cumplimiento de una pena, etc.

9.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Sentencia C-387 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, examina la constitucionalidad de algunas condiciones del artículo 326 de la ley 906 de 2004, aplicables cuando se invoca la causal 7ª sobre suspensión del procedimiento a prueba. Aunque se declaran exequibles, las consideraciones que se hacen sobre el principio de oportunidad son enriquecedoras.
- Sentencia C-210 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, es importante porque señala

que “la intervención de las víctimas y del Ministerio Público en la aplicación del principio de oportunidad no queda limitada al análisis fáctico, sino que supone una evaluación formal y material de este instrumento de extinción de la acción penal”. Es decir, que la intervención del agente del Ministerio Público puede extenderse a todo el debate jurídico pertinente y no exclusivamente a los medios de prueba arrimados por el ente Fiscal según indica el segundo inciso del art. 327 de la Ley 906 de 2004.

- Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, debe tenerse en cuenta porque declaró la inexequibilidad de la expresión “y contra esta determinación no procede recurso alguno”. En consecuencia, la decisión del juez sí tiene recursos, a pesar de que la norma (inciso segundo, art. 327 de la Ley 906 de 2004) dice que “el juez resolverá de plano”. Así pues, el agente del Ministerio Público puede interponer los recursos de ley contra la decisión de fondo que se adopte en la audiencia.

9.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Es importante que el agente del Ministerio Público comprenda que el instituto del principio de oportunidad, que tiene raigambre constitucional y legal, es una facultad discrecional reglada de la Fiscalía General de la Nación, que debe enmarcarse en la política criminal del Estado, que busca propiciar salidas diferentes a la mera aplicación del proceso penal de comienzo a fin.

El principio de oportunidad, aunque se suele considerar como excepción frente al principio de legalidad que ordena a la FGN perseguir el delito, en realidad es una excepción dentro de la legalidad,

porque la creación y aplicación del principio de oportunidad se fundamenta en la Constitución, la ley y el reglamento general que expida el Fiscal General de la Nación.

El agente del Ministerio Público debe velar porque el fiscal tenga en cuenta los intereses de la víctima y escuche a quienes “se hayan hecho presentes en la actuación”, pero sin llegar al extremo de considerar que la víctima es quien decide si se concede o no el beneficio, porque quien tiene esa facultad constitucional es el fiscal de conocimiento y quien aprueba la decisión del fiscal es el juez penal municipal con función de control de garantías.

El artículo 21 de la Resolución 4155 de 2016 establece que el fiscal de conocimiento, cuando decida dar aplicación al principio de oportunidad, deberá elaborar y presentar una “resolución”, que tendrá naturaleza de “orden”; sin embargo, la mayoría de fiscales no lo hace. Es conveniente que el Ministerio Público reclame el cumplimiento de la norma por todos los Fiscales solicitantes, aunque sin obstruir el trámite de la audiencia en caso de no ser presentada dicha resolución.

9.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

Ha habido casos en que el indiciado o procesado suscribe un acuerdo de reparación integral y cumple el mismo, pero luego la víctima se opone escudándose en decisiones administrativas. Así ha ocurrido con la DIAN, que luego del pago de la cantidad de dinero que ella misma le indicó al indiciado, imputado o acusado, el apoderado se opuso porque un Comité Interno estudió el caso y consideró que se debía seguir con la actuación hasta sus últimas consecuencias. El Ministerio Público debe velar porque se respete el principio de lealtad procesal rechazando dicha posición cuando la víctima fue integralmente reparada.

Algunos Jueces, cuando se invoca la causal 7ª del art. 324 de la Ley 906 de 2004, sobre suspensión del procedimiento a prueba, pretenden que como la norma remite a la justicia

restaurativa solo se pueda aplicar cuando ha habido conciliación o mediación (arts. 518 a 527 Ley 906 de 2004). El Ministerio Público debe saber que estos mecanismos se señalan de manera enunciativa y no taxativa, por lo cual son válidos también los acuerdos provenientes de la amigable composición, la transacción, etc.

Llama la atención que, últimamente, los fiscales han optado por presentar la solicitud del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia, antes abundaba la modalidad de suspensión. Debe examinarse que, de preferencia, el beneficio comporte una satisfacción tanto para las víctimas como para la sociedad. Por tanto, el agente del Ministerio Público puede solicitar en su intervención que el beneficiado, al menos, realice una manifestación pública de arrepentimiento y la promesa de no volver a incurrir en conductas similares a las investigadas.

10. AUDIENCIA DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

10.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Fiscalía
- Imputado
- Defensa (pública o de confianza)
- Apoderado de víctima y/o víctima
- Agente del Ministerio Público

10.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

En cualquier etapa del proceso, por cuanto los derechos de las víctimas son intemporales, provienen directamente de la constitución; la audiencia puede adelantarse, aunque la acción esté prescrita, la indagación esté archivada, o el proceso haya terminado.

10.3. TÉRMINOS PROCESALES

No existen términos para la víctima de acuerdo con lo

señalado en el punto anterior, pero lo pertinente es solicitar la audiencia cuando sea procedente.

10.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

Con la dirección del correspondiente juez penal municipal con función de control de garantías y previa integración del contradictorio con todas las partes e intervinientes relacionados o que puedan verse afectados con la decisión se podrá instalar la audiencia.

Mediante la oralidad, el solicitante de la audiencia deberá exponer, sustentar y probar los motivos fundados y las pretensiones que tenga para llevar al juez a la convicción, sobre la necesidad de las medidas solicitadas (artículo 22 de la Ley 906 de 2004).

Se deberá garantizar el derecho a la contradicción de todos los que participen en la audiencia.

Puede solicitarse que la intervención del agente del Ministerio Público se haga después de escuchar los argumentos de las partes e intervinientes, pero, en todo caso, deberá hacerse cuando el juez lo determine.

10.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Hacer efectivos los derechos quebrantados a las víctimas, garantizando su derecho fundamental de acceso a la justicia, para que las cosas vuelvan al estado anterior a la ocurrencia del delito, si fuere posible, o se les indemnice y repare, independientemente de la responsabilidad penal.

10.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Son varios y muy importantes los pronunciamientos jurisprudenciales, a saber:

- Sentencia C-060 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Declara inexecutable la expresión “condenatoria”, del artículo 101 del C.P.P., que se refiere a la suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. Se debe entender que es procedente mediante cualquier otra providencia que ponga fin al proceso penal.
- Sentencia C-395 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Declara inexecutable la expresión “y antes de presentarse la acusación” del artículo 101 del C.P.P.
- Sentencia C-839 de 2013, M.P. Jorge Pretelt Chaljub. Faculta a la víctima para solicitar la suspensión de registros obtenidos fraudulentamente.
- Corte Suprema de Justicia, Radicado 49109, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Frente a la suspensión y cancelación de registros fraudulentos no procede casación cuando no existe prueba de que los títulos sean apócrifos.

10.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Intervenir ante Jueces y fiscales respecto de las solicitudes de restablecimiento de derechos presuntamente quebrantados con el delito, invocando la Constitución (en particular el art. 250.6) y el principio rector contenido en el artículo 22 del CPP.
2. Procurar el restablecimiento de derechos en el menor tiempo posible, una vez demostrado objetivamente el delito y la afectación de derechos de las víctimas, sin afectar derechos procesales de otros intervinientes.
3. Verificar que una vez la autoridad competente disponga el restablecimiento de un derecho éste se haga real y material (Art. 111.2, literal c del CPP).

11. AUDIENCIA DE SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

11.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Defensa (pública o de confianza)
- Fiscalía
- Asegurado o acusado
- Apoderado de víctima y/o víctima
- Agente del Ministerio Público

11.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

La medida de detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la de detención en lugar de residencia cuando se cumpla alguna de las causales taxativas del art. 314 C.P.P.

Requisitos específicos:

1. Que la sustitución no esté prohibida legalmente (párrafo art. 314 C.P.P.). Acreditación del aspecto personal, social, familiar y laboral como suficientes para cumplir la finalidad de la medida.
2. Acreditar que el procesado tenga más de 65 años. Que la naturaleza, la personalidad y la modalidad del delito hagan aconsejable la medida domiciliaria. (Aplica sentencia C-318 de 2008).
3. Se debe acreditar el tiempo de gestación o la fecha del nacimiento. (Aplica sentencia C-318 de 2008).
4. Acreditar el estado grave de enfermedad. Presentación del dictamen de médico oficial. Se debe precisar si la reclusión se solicita en domicilio o en centro hospitalario. (Aplica sentencia C-318 de 2008).
5. Acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia de acuerdo con las leyes 750 de 2002 y 82 de 1993. Debe acreditarse el estado de total abandono del menor o desvalido. (Aplica sentencia C-318 de 2008).

11.3. TÉRMINOS PROCESALES

Tratándose de una imputada o acusada que se encuentre en período de gestación o de lactancia, la solicitud puede promoverse cuando le falten dos (2) meses para el parto o durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento (art. 314.3). En los demás eventos no hay término.

11.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

Quien convoca la audiencia debe:

1. Hacer una reseña de los hechos y de la actuación procesal.
2. Exponer qué fin constitucional protegió la medida impuesta.
3. Argumentar cuáles fueron las razones para considerar que la medida cumplía ese fin.
4. Manifestar la causal del artículo 314 del C.P.P. por la cual solicita la sustitución.
5. Tratándose de la primera causal deberá actualizarse el test de proporcionalidad para sustentar la suficiencia de la misma teniendo en cuenta la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.
6. Realizar la sustentación de la solicitud justificando por qué la detención domiciliaria resulta suficiente para cumplir la finalidad de la medida privativa de la libertad.
7. Presentar los E.M.P. que sustentan su decisión. Ello significa, como se desprende de la sentencia C-318 de 2008, que el solicitante tiene una carga procesal en cuanto ha de aportar elementos probatorios nuevos o información obtenida legalmente que no hubieren sido tenidos en cuenta con anterioridad cuando se decretó la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma, pues sólo en esa hipótesis será posible al juzgador realizar una inferencia razonable para decidir si desaparecieron o no los elementos que estructuraron los requisitos que fueron tenidos en cuenta para el decreto de la medida de aseguramiento y decidir, en consecuencia, lo que fuere pertinente.

El juez de control de garantías deberá:

- a) Verificar la debida convocatoria a las partes, el envío de

las citaciones respectivas, la acreditación de la calidad en la cual asisten (partes e intervinientes) y la presencia del procesado o la renuncia de este a asistir.

- b) Proceder a dar traslado a las partes e intervinientes para que ejerzan su derecho de contradicción (fiscalía y apoderado de víctima(s) si comparecen) o emitan su concepto (Ministerio Público).

- c) Proferir la decisión correspondiente una vez escuchadas las partes e intervinientes: niega o concede la sustitución. Si se concede procede a la suscripción del acta de compromiso (causales 1° a 5°). Se pronuncia sobre permisos para controles médicos y parto (causales 3° y 4°). Define si es domiciliaria u hospitalaria (causal 4°). Se pronuncia sobre permisos para trabajar (causal 5°). Informa al INPEC.

- d) Anunciar la procedencia de recursos (reposición y/o apelación).

11.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión por la medida de detención preventiva en el lugar de residencia del procesado.

La Corte Constitucional en sentencia C-318 de 2008 señaló lo siguiente: “la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la que se ejecuta en el lugar de residencia del imputado o acusado se aplica en atención a diversos criterios:

1. Teleológico y de necesidad, por el que se justifica la sustitución en el cumplimiento de los fines propios de la medida de aseguramiento, esto es, en el principio de necesidad inferido a partir de valoraciones

relativas a la suficiencia de la medida para la satisfacción de los fines que la misma debe cumplir en el caso particular, juicio que debe fundarse en datos empíricos como la vida personal, laboral, familiar o social del imputado;

2. De especiales exigencias de protección, o discriminación positiva basados en exigencias constitucionales de protección reforzada en relación con determinados sujetos merecedores de especial protección, como por razones de edad del imputado (a) o acusado (a) – mayor de 65 años – concurrente con su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito, de los que surge la conveniencia de su reclusión en el lugar de residencia, la proximidad del parto, que se aplica dos meses o menos antes del parto, y seis meses siguientes al nacimiento, el estado de grave enfermedad del imputado (a) o acusado (a), dictaminado por médicos oficiales, y la condición de madre o padre cabeza de familia que esté al cuidado de hijo menor, o que sufre incapacidad permanente.”

11.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Sentencia C-163 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera. Estado grave por enfermedad puede acreditarse dictámenes médicos particulares. Esto último no sustituye el dictamen médico oficial. (Reafirma la Corte Suprema en sentencia radicado 57880 del 16 de septiembre de 2020).
- Sentencia C-910 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Declara exequible la expresión “personalidad” contenida en el numeral 2 del art. 27 de la ley 1142 de 2007.
- Sentencia C-318 de 2008, M.P. Jaime Córdoba

Triviño. Declara la exequibilidad del parágrafo del art. 27 de la ley 1142 de 2007 en el sentido que el Juez puede conceder la sustitución de la medida siempre que el peticionario acredite que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva carcelaria.

- Sentencia C-456 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Revocatoria o sustitución de medida de aseguramiento - requisitos de la solicitud.

“Ha de observarse por la Corte que por expresa exigencia del artículo 318 de la Ley 906 de 2004 la solicitud de revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento que se formule ante el juez de control de garantías deberá hacerse “presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308.”

11.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Debe recordarse que de conformidad con la línea jurisprudencial reiterada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a las partes del contradictorio se les debe citar en debida forma, pero su inasistencia no es razón para no realizar la audiencia.

11.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

1. Cuando el término de la prórroga de la medida de detención preventiva privativa de la libertad haya vencido, según el acápite final del art. 1ro de la ley 1786 de 2016, la Fiscalía, el defensor o el apoderado de la víctima podrán solicitar ante el Juez de garantías la SUSTITUCIÓN de esa medida de aseguramiento por otra u otras medidas no privativas de la libertad.
2. Cuando durante el transcurso de la investigación se acredite variación del tipo penal imputado, de tal manera que el quantum punitivo se ubique por debajo de los cuatro (4) años, procede la SUSTITUCIÓN de la

medida con fundamento en los arts. 315 y 318 de la ley 906. Sería el caso cuando se procede inicialmente por un delito de tentativa de homicidio o de violencia intrafamiliar y posteriormente se acredita el punible de lesiones personales.

3. De conformidad con el parágrafo del art. 314 del C.P.P., modificado por la ley 1142 de 2007, art 27, ley 1474 de 2011, art 39, modificado por la ley 1944 de 2018, art.5, no procede la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria cuando la imputación se haya hecho por alguno de los delitos previstos en este parágrafo.

12. AUDIENCIA DE REVOCATORIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

12.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Fiscalía
- Apoderado de víctima y/o víctima
- Agente del Ministerio Público

12.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Cuando el solicitante cuente con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida para desvirtuar los requisitos que se tuvieron en cuenta para imponer la medida de aseguramiento (art. 308 C.P.P.).

12.3. TÉRMINOS PROCESALES

No existe un término establecido para solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento, salvo que se hubiera anunciado el sentido del fallo.

12.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

La audiencia se realizará por convocatoria de la parte que la solicite —cualquiera de las partes puede solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento Art. 318 CPP—, debiéndose

citar a los demás intervinientes, a quienes se escucharán, ante Juez de Control de Garantías.

La procedencia de la revocatoria exige, necesariamente, deconstruir analítica y probatoriamente los elementos que permitieron acreditar los requisitos formales y sustanciales para que resultara viable la afectación preventiva a la libertad.

La disposición a la que se hace referencia (art. 318 del C.P.P.) contiene dos supuestos materiales de cuya verificación simultánea pende la solución de la solicitud planteada: de un lado, la presentación de evidencia sobreviniente que suscita y justifica la revocatoria y, de otro, evidente fortaleza demostrativa de esos elementos materiales probatorios o de esa información legalmente obtenida para demostrar razonablemente la desaparición de las exigencias previstas para su imposición.

12.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

La finalidad de la audiencia es verificar si han desaparecido las razones que se tuvieron al momento de imponer la medida de aseguramiento, conforme a la argumentación y elementos materiales probatorios allegados, y, en tal caso adoptar la medida correspondiente.

12.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Sentencia Corte Suprema SP10944-2017, Radicado 47850. Aprobado mediante Acta No. 235 del 24 de julio de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Valoración imprecisa dolosa de los elementos materiales probatorios para conceder irregularmente una revocatoria de la medida.
- Sentencia C-456 del 7 de junio de 2006,

M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Declara inexecutable los apartes “por una sola vez” y “contra esta decisión no procede recurso alguno”, contenidos en el artículo 318 del CPP, por quebrantar el derecho a la libertad individual del imputado.

12.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Determinar en forma objetiva conforme a la sustentación fáctica y jurídica, al igual que de los elementos materiales probatorios que en verdad hayan desaparecido los requisitos para haberse impuesto la medida de aseguramiento contenidos en el artículo 308 del CPP.

Vigilar que se den las exigencias legales para que proceda la revocatoria.

13. AUDIENCIA DE LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS

13.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Defensa (pública o de confianza)
- Fiscalía
- Asegurado o acusado
- Apoderado de víctima y/o víctima
- Ministerio Público

Los sujetos cuya presencia no es obligatoria deben ser convocados.

13.2 OPORTUNIDAD PROCESAL

No hay un término establecido para solicitar la audiencia. Basta con que el peticionario considere que se encuentra vencido alguno de los términos previstos en los numerales 4º, 5º y 6º de los artículos 317 y 317A del C. de P.P.

Ahora, en cuanto al término para la realización de la audiencia por parte del juez de control de garantías, el inciso segundo del artículo 160 del C. de P.P., establece un término máximo de tres (3) días hábiles para ello. En caso de incumplimiento de tal término, procede la acción de habeas corpus.

13.3. TÉRMINOS PROCESALES

En punto a cada una de las circunstancias que prevén los numerales 4º, 5º y 6º de los artículos 317 y 317A del C. de P.P. debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Los términos se contabilizan de manera ininterrumpida y continua en días calendario a partir del día siguiente al acto procesal de que se trate (imputación, presentación del escrito de acusación o fecha de inicio de la audiencia de juicio oral).
- De acuerdo con lo establecido en el párrafo 1º del artículo 317 del C. de P.P. tales términos se duplican cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada o sean tres o más los imputados o acusados o se trate de investigación y juicio de actos de corrupción (Ley 1474 de 2011) o de delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales.
- Respecto de los numerales 4º y 5º de los artículos 317 y 317A, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2º de ambos, los términos se restablecerán cuando se hubiere improbadado la aceptación de cargos, los preacuerdos o la aplicación del principio de oportunidad.
- Finalmente, el párrafo 3º del artículo 317 del C. de P.P. prevé dos situaciones que afectan la contabilización de los términos que tienen que ver con las causales de libertad establecidas en los numerales 5º y 6º de dicha norma:
 - a. La existencia de maniobras dilatorias por parte del acusado o su defensor que impidan dar inicio o terminación a la audiencia de juicio oral; caso en el cual, no se contabilizarán los días empleados en ellas.
 - b. La ocurrencia de hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de

justicia, los cuales hayan impedido iniciar o terminar tal audiencia; caso en el cual, la misma se iniciará o reanudará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido en tales numerales.

13.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

- El juez de control de garantías verifica la debida convocatoria a las partes, el envío de las citaciones respectivas, la acreditación de la calidad en la cual asisten (partes e intervinientes) y la presencia del procesado o la renuncia de este para asistir.
- El peticionario procede a hacer la sustentación fáctica y jurídica de su solicitud, allegando, tanto al despacho como a las partes e intervinientes los elementos materiales probatorios con los cuales acredite la misma.
- El juez de control de garantías procede a dar traslado a las partes e intervinientes para que ejerzan su derecho de contradicción (Fiscalía y apoderado de víctimas si comparecen) o emita su concepto (Ministerio Público).
- Una vez escuchadas las partes e intervinientes, el juez de control de garantías profiere la decisión correspondiente contra la cual caben los recursos de reposición y apelación.

13.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

El restablecimiento inmediato de la libertad del procesado como consecuencia de la mora de la administración de justicia en el adelantamiento del proceso dentro del “plazo razonable” establecido en la Constitución Política, la ley y los tratados internacionales ratificados por Colombia acerca de la materia que integran el bloque de constitucionalidad.

13.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Existen numerosas decisiones tanto de la Corte Constitucional, como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el derecho a la libertad inmediata por el vencimiento de los términos

establecidos en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal; y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del concepto de “plazo razonable” y los límites temporales de la detención preventiva de las personas como parte integrante del debido proceso.

Corte Constitucional:

- Sentencia C-221 de 2017 M.P. José Antonio Cepeda Amarís – Exequibilidad artículo 317 Numeral 6° del C.P.P.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal:

- Acción de Tutela Rad. 114962 del 16 de febrero de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuéllar: Contabilización de términos cuando ocurre una situación de fuerza mayor. Paros judiciales.
- Autos Rad. 57742 y 57831 del 19 de agosto de 2020, M.P. Gerson Chaverra Castro: Las causales previstas en la Ley 906/2004 y en la Ley 600/2000 son propias de cada sistema procesal y por tanto no se aplica el principio de favorabilidad
- Habeas Corpus Rad. 51981 del 26 de enero de 2018, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero: La audiencia de lectura de fallo de que trata el numeral 6° del art. 317 del C.P.P. se refiere al de primera instancia.
- Acción de Tutela Rad. 95621, del 12 de diciembre de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar: Contabilización de los términos para otorgamiento de la libertad en días corridos y no hábiles, vacancia judicial.
- Habeas Corpus Rad. 46708 del 3 de septiembre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar: Incidencia de las solicitudes de aplazamiento, inasistencia u otros actos ejecutados por parte de la defensa.

- Habeas Corpus Rad. 45227 del 22 de enero de 2015: La libertad no procede si la diligencia pendiente se realiza antes de decidirse aquella solicitud.
- Habeas Corpus Rad. 40819 del 1 de marzo de 2013: Contabilización de los términos cuando hay varios defensores y es uno de ellos quien solicita el aplazamiento de las diligencias.
- Auto radicado 49734 de 2017, Sala de Casación Penal CSJ. Caso Julio Enrique Acosta Bernal. Decreta libertad por vencimiento de términos.
- Sentencias C-187/2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Procede la acción de hábeas corpus.
- T-724 de 2008 de la Corte Constitucional, Procede la acción de hábeas corpus.
- Habeas corpus AHP1906-2018 CS de J, MP José Francisco Acuña Vizcaya, Acción no sustituye el trámite del proceso penal ordinario; excepción: ineficacia de la vía judicial ordinaria.
- Sentencia STP21643-2017- Rad. 95621 – MP Patricia Salazar Cuéllar. Los términos se contabilizan de manera ininterrumpida.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Sentencia del 12 de noviembre de 1997, caso Suárez Rosero vs Ecuador – Finalidad del plazo razonable respecto de la privación de la libertad de las personas.

13.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

- Debe ponerse especial atención a la fecha de ocurrencia de los hechos que son objeto de investigación o juzgamiento, teniendo en cuenta que el artículo 317 del C. de P.P., con las modificaciones realizadas al mismo por las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, es una norma procesal de efectos sustanciales y por ende susceptible de ser aplicada o inaplicada

atendiendo los principios de legalidad, favorabilidad y vigencia de la ley en el tiempo.

- Una vez recibida la citación para la audiencia de libertad por vencimiento de términos, es importante consultar con anticipación la página web de la Rama Judicial (enlace: Consulta de procesos), para verificar el estado y trámite del proceso, v. gr. si ya se presentó el escrito de acusación, si han existido aplazamientos de las audiencias propias del juicio por parte de la Fiscalía o la defensa técnica, si ya se dio inicio a la audiencia de juicio oral, etc.
- De acuerdo con la sentencia C-396 de 2007 que declaró exequible el artículo 361 del C. de P.P., el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Control de Garantías hacer uso de su facultad oficiosa, para efectos de clarificar temas o información necesaria para tomar una decisión de fondo.

13.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

Es importante tener en cuenta que el estudio de la solicitud, por las causales indicadas en los numerales 4, 5 y 6 no se limita al factor objetivo. Es decir, no basta con la simple contabilización de los términos (60, 120 y 150 días), sino que se debe analizar si se está frente a alguna de las circunstancias expresamente señaladas en los párrafos 1, 2 o 3 del artículo 317 y 317A del C. de P.P.

Igualmente, se debe verificar que la parte solicitante acredite debidamente (a través de actas, constancias o audios) lo afirmado en su argumentación. Es decir, que no solo cumpla con la carga argumentativa (fáctica y jurídica) sino también probatoria.

14. AUDIENCIA DE BUSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS

14.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez de control de garantías
- Fiscalía

- Indiciado y su defensor (eventualmente)
- Apoderado de víctima y/o víctima
- Ministerio Público

14.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

En esta clase de actuaciones se surten dos audiencias preliminares, una de control previo y otra de control posterior que tiene lugar en todos los casos teniendo en cuenta las características o la especie de búsqueda selectiva que la fiscalía requiera para el perfeccionamiento de la investigación.

La primera audiencia cuando la búsqueda selectiva en bases de datos requiera control previo del juez con función de control de garantías y la segunda para el control posterior por parte del mismo juez que se debe realizar en todos los casos.

Es necesaria la previa autorización judicial cuando se trata de búsqueda selectiva en bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando se trate de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para la obtención y/o conservación de dichos datos personales.

Si la audiencia se convoca para obtener autorización previa del juez con función de control de garantías, la Fiscalía puede solicitar la audiencia cuando lo requiera, mientras que, si el tema a tratar es para ejercer el control posterior, la Fiscalía debe solicitar la audiencia dentro de las 36 horas siguientes contadas a partir de que terminó la búsqueda selectiva en bases de datos.

14.3. TÉRMINOS PROCESALES

Uno de los términos que se deben cumplir es el de 30 días para que el investigador de Policía Judicial cumpla la

orden, es decir, para efectos de la duración de la búsqueda en las bases de datos que han sido determinados o bien por el juez con función de control de garantías, cuando se trata de autorización previa judicial o bien cuando han sido ordenadas directamente por la Fiscalía, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2° del artículo 244 en armonía con lo señalado en el artículo 224 de la Ley 906 de 2004.

Es decir, que la diligencia la debe realizar Policía Judicial dentro del término de 30 días si se encuentra en la etapa de indagación y 15 días si en la de investigación, cuando se trate de búsqueda selectiva en bases de datos, por expresa remisión que hace el inciso 2° del artículo 244 ídem.

El término que podrá ser prorrogado por el fiscal por una vez cuando encuentre justificación para el efecto se trate de investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, en la etapa de la indagación no puede superar los 6 meses y en la investigación los 3 meses, términos que pueden ser prorrogados hasta por un término igual.

Otro de los términos que se debe cumplir se refiere a la audiencia para el control posterior por parte del juez con función de control de garantías en cuyo caso, la Fiscalía debe solicitar la audiencia dentro de las 36 horas siguientes contadas a partir de aquel momento en que Policía Judicial terminó con la búsqueda selectiva en las bases de datos que le fueron ordenadas.

14.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

La Fiscalía es la única titular de la solicitud, cuando se trata de obtener la autorización previa

del juez con función de control de garantías. Para tal efecto, el fiscal debe:

- Indicar que se encuentra adelantando una indagación;
- Relacionar en concreto los hechos que constituyen conducta o conductas punibles;
- Señalar la persona o personas presuntamente involucradas en su comisión;
- Indicar los motivos que son necesarios para fundamentar la petición — motivos fundados (Arts. 220 y 221 del C. de P. P.)
- Señalar que es necesario encontrar los datos, registros o elementos con el fin de poder identificar o individualizar al autor o autores de la conducta ilícita que se investiga y su ubicación;
- Demostrar que ha realizado las diligencias necesarias sin resultado favorable y por ello la necesidad de buscar selectivamente en bases de datos la información confidencial que interesa solamente al imputado o imputados y por lo tanto sin acceso público, determinando en concreto la información que pretende obtener (Ley 1266 de 2008 – Ley 1581 de 2015);
- Señalar igualmente que existe necesidad en buscar selectivamente en bases de datos, de carácter mecánico, magnético o similares de tal manera que sin dichas diligencias no sería posible obtener la información que requiere dentro de la investigación y que no existe otra forma para lograr dicho objetivo;
- Señalar que la medida que va a realizar no es desproporcionada comparando el derecho fundamental a la intimidad del imputado o imputados con el interés o finalidad constitucional que pretende conseguir y que además es la idónea, por cuanto no

existe otra forma para averiguar los datos del imputado o imputados que son necesarios para adelantar la investigación, y,

- Indicar el tiempo durante el cual podría obtener la información requerida; es decir, un término máximo de 30 días para que Policía Judicial cumpla o realice las diligencias.
- Posteriormente el juez penal municipal con función de control de garantías que preside la audiencia debe decidir si autoriza la búsqueda, el término durante el cual la autoriza y la delimitación de las bases de datos; además, anuncia la procedencia del recurso de reposición o el de apelación como principal o subsidiario.

Cuando se trate de control posterior, la Fiscalía comenzará por señalar al juez con función de control de garantías, que se encuentra adelantando una indagación, relacionando en concreto los hechos que constituyen conducta o conductas punibles.

También deberá señalar la persona o personas presuntamente involucradas en su comisión, que ha obtenido autorización previa de un juez con función de control de garantías o que ha impartido directamente la orden a Policía Judicial.

Indicará, además, cuales bases fueron las ordenadas y que efectivamente Policía Judicial cumplió de acuerdo con las características de la búsqueda; es decir, sobre las bases de datos referidas en la orden y dentro del término estipulado para su cumplimiento.

Argumentará sobre la proporcionalidad y la racionalidad de la diligencia y además, la hora en que terminó la búsqueda, la que debe estar estampada claramente dentro del acta o informe de Policía Judicial, para efecto de contabilizar las 36 horas durante las cuales la fiscalía debe solicitar la audiencia.

También la Fiscalía debe argumentar que dentro de las diligencias no hubo afectación a derechos distintos de los

ordenados a afectar: es decir, que ninguna otra persona diferente del indiciado o imputado resultó afectado con las diligencias o con la búsqueda y solamente fueron obtenidos los datos de la persona indiciada o imputada y que los datos obtenidos le sirven a la indagación o investigación; es decir, la idoneidad de las diligencias de búsqueda selectiva.

Posteriormente con fundamento en el principio fundamental de verificación, el juez penal municipal con función de control de garantías que preside la audiencia decidirá si encuentra de conformidad con la legalidad las diligencias de búsqueda realizadas o si por el contrario no lo encuentra de esa forma; en consecuencia, accederá o negará la legalidad de la actuación y, además, anunciará la procedencia del recurso de reposición o del de apelación como principal o subsidiario.

14.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

La audiencia tiene por finalidad o bien que la Fiscalía obtenga la autorización previa del juez con función de control de garantías para la realización de la búsqueda selectiva en bases de datos o bien, legalizar las diligencias de la búsqueda selectiva en bases de datos, que fueron ordenadas previa autorización judicial o directamente por la Fiscalía y en consecuencia, obtener elementos materiales probatorios que le sirvan a la Fiscalía para el perfeccionamiento de la indagación o de la investigación.

14.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Corte Suprema de Justicia, Auto interlocutorio segunda instancia, radicación No. 33901 del 21 de septiembre de 2010, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Inhibición sobre nulidad de audiencia de búsqueda selectiva en base de datos. La declaratoria de ilegalidad que pueda decretar el juez con función de control de garantías sobre las diligencias relacionadas con la búsqueda selectiva en bases de datos no afectan la validez del proceso, sino solamente de la obtención de los elementos referidos,

razón por la cual la fiscalía no puede presentarlos o aducirlos como medios de convicción y si lo hace, pueden caer por vía de la nulidad.

- Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Declara exequible art. 237 del CPP sobre PARTES E INTERVINIENTES en la audiencia de control de legalidad.
- Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Orden judicial previa y la defensa puede ser ejercida antes del acto de imputación.

14.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público debe estar atento en la audiencia de control posterior de las diligencias respecto a la búsqueda selectiva en base de datos a efecto de poder alegar ante el juez con funciones de control de garantías alguna irregularidad que afecte la legalidad o la vulneración de algún derecho fundamental, por ejemplo que Policía Judicial con el fin de obtener elementos materiales probatorios no tuvo en cuenta la base o las bases de datos en que le fue ordenada la búsqueda o que afectó el derecho fundamental a la intimidad de una persona distinta al indiciado o imputado.

El Ministerio Público debe estar atento a que se cumplan con los términos, tanto los estipulados para Policía Judicial como el término para solicitar la audiencia de control posterior.

El Ministerio Público debe estar atento en el evento de encontrar criterio distinto en la legalidad o no de las diligencias, por ejemplo, que para la búsqueda selectiva en base o bases de datos a la que se refiere la Fiscalía requieran

de autorización previa del juez con función de control de garantías y este requisito no se cumplió debiendo en dicho caso interponer el recurso de reposición o el de apelación como principal o subsidiario del de reposición.

14.8. OBSERVACIONES ADICIONALES

Necesario resulta señalar que, de acuerdo con el artículo 155 de la ley 906 de 2004, tanto la audiencia de control previo o para previa autorización judicial para la búsqueda selectiva en base de datos como la audiencia para control posterior tienen la virtud de ser audiencias reservadas, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 244 de la misma Ley, en concordancia con lo señalado en el artículo 224 ídem y por remisión al artículo 155 antes mencionado.

Es decir que, si las audiencias de control de legalidad sobre las diligencias de registro y allanamientos tienen el carácter de reservado, por disposición del numeral 2° del artículo 244 las audiencias mencionadas relacionadas con la búsqueda selectiva en base o bases de datos también deben tener el mismo carácter, salvo el entendido que cuando lo solicite eventualmente puede asistir el indiciado o imputado y su defensor y, en todo caso, el Ministerio Público por cuanto este último interviniente no tiene restricción alguna, de acuerdo con lo señalado en la parte final del inciso 1° del artículo 155 que se menciona.

Cuando el indiciado (antes de la imputación) por algún medio tenga conocimiento de que está siendo investigada su participación en la realización de un hecho o hechos punibles y se haga parte con su defensor, 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.

15. AUDIENCIA DE SOLICITUD DE ORDEN DE CAPTURA RESERVADA - Art. 297 CPP.

15.1. PARTES E INTERVINIENTES

- El Juez (a)
- Fiscal / Policía Judicial, testigos, peritos (eventualmente).
- El Ministerio Público (por convocatoria de la Fiscalía o del Juzgado).

Como la audiencia es reservada, la ausencia de las bancadas de la Defensa y de la Víctima no incide en la validez del acto procesal (Arts. 18 y 155 CPP). De ahí, la importancia de la presencia del Delegado del Ministerio Público como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, quien deberá hacer una cuidadosa revisión de los medios cognoscitivos en que la Fiscalía fundamenta su petitum. (Art. 111 CPP).

15.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

A solicitud de la Fiscalía, cuando existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que, permitan inferir razonablemente que la persona por capturar, es presunta autora o participe de la conducta punible investigada, así mismo que el delito por el que se procede, tenga prevista medida de aseguramiento privativa de la libertad. De lo contrario, la solicitud será negada y de la misma manera si los medios de convicción no reportan el fundamento mínimo necesario para determinar o inferir la probable autoría o participación del destinatario de la orden restrictiva, en los hechos investigados.

15.3. TÉRMINOS PROCESALES

El término de la vigencia de la orden de captura es de un (1) año como máximo, prorrogable a solicitud de la fiscalía,

cuando sea necesario. Una vez capturada la persona, deberá ser puesta a disposición de un Juez de Control de Garantías, en un término máximo de 36 horas.

15.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

El fiscal debe sustentar su solicitud, en términos similares a los que se utilizan para solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, señalando los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en los que sustenta su petición, así como los hechos jurídicamente relevantes, acreditando por qué la solicitud resulta ser adecuada, proporcional, razonable y necesaria, así como su urgencia. Una vez escuchados los planteamientos de la Fiscalía General de la Nación, se le concede el uso de la palabra al Ministerio Público, para que emita su concepto.

El Ministerio Público debe constatar que el requirente sustentó su petición en términos similares a los utilizados para solicitar la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, así:

- Identificar e individualizar a la persona contra la que se pide librar la orden de captura.
- Indicar que contra la conducta delictiva investigada procede medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a la luz del art. 313 del CPP. Si la fiscalía ha relacionado pluralidad delictual, verificar si la orden es procedente para todas las conductas tipificadas. De lo contrario, dejar constancia sobre los delitos que no cubre la orden de captura. Si no lo hace, el Ministerio Público debe solicitar que se precise este aspecto en particular.
- Relacionar los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, en los que sustenta su petición y la urgencia de esta (Art. 306 CPP).
- Destacar los hechos jurídicamente relevantes y circunstancias de tiempo modo y lugar en que estos

ocurrieron, para demostrar la tipicidad, inferencia de autoría o participación y su relación o vínculo entre sí, y para acreditar a su vez los motivos fundados que sirven al propósito de la solicitud. (Art. 221 CPP.)

- Desarrollar el test de proporcionalidad para demostrar la procedencia de la excepcionalidad de la medida, por ser necesaria, adecuada, razonable y proporcional en estricto sentido. (Arts. 295, 296 y 308 CPP).
- Manifestar el término por el cual solicita la vigencia de la orden, la que no puede exceder de un (1) año. (Art. 298 CPP).
- Hechas las verificaciones correspondientes, el Ministerio Público podrá intervenir para manifestar su conformidad o sus reparos a la solicitud. También podrá hacer observaciones o solicitar aclaraciones.
- Finalmente, el Juez adopta la decisión que en Derecho corresponda.

15.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

La finalidad de la audiencia radica en que el Juez de Control de Garantías profiera la orden escrita de captura, con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, que permitan la comparecencia al proceso del indiciado o imputado.

15.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Sentencia C-276 del 19 de junio de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (Declaró exequible el inc. 3º art. 298 del CPP, respecto de la divulgación de las órdenes de captura a través de los medios de comunicación por parte de la Policía Judicial)
- Sentencia C-190 del 15 de marzo de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería (Declaró que

existe una reserva sumarial de la orden de captura en los términos del art. 28 de la Constitución Política, y bajo lo apreciado en las Sentencias C-730 de 2005 y C-1001 de 2005).

15.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público debe evaluar si existen medidas menos invasivas al derecho a la libertad o si son suficientes otro tipo de medidas de protección de acuerdo con los hechos descritos, por ejemplo, en materia de violencia intrafamiliar debe estudiar la conveniencia de que el juez de control de garantías decreta el desalojo del presunto indiciado antes que la privación de la libertad (ley 1257 de 2008).

15.8. AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA POR ORDEN ESCRITA DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE Y LEGALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CAPTURA

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia, el Ministerio Público es un interviniente especial y discreto, pese a ello — se reitera — la Constitución y la ley le han conferido amplias facultades.

Expedida la orden escrita de captura, y una vez la Policía Judicial o la policía de vigilancia la hace efectiva, el aprehendido deberá ser puesto a disposición del fiscal solicitante con el informe ejecutivo y éste a su vez debe acudir ante el juez de garantías para dar cumplimiento al parágrafo primero del art. 298 del CPP. En la legalización de captura el Ministerio Público debe revisar y verificar lo siguiente:

1. La existencia y vigencia de la orden escrita. Haciéndose énfasis en el juzgado que la libró, la fiscalía que la solicitó y la fecha en que se expidió.
2. No hay lugar a controvertir los motivos que tuvo el (la) juez(a) para expedir la orden de captura, dado que es una decisión en firme y tiene presunción de acierto y legalidad. Además, el asunto sometido a revisión no cobija el mandamiento sino el procedimiento para el cumplimiento y su legalidad.
3. Que la persona capturada, individualizada e identificada sea la misma contra la que se libró la orden, como presunta autora o partícipe de los delitos que allí se relacionan.
4. Que la legalización se haya adelantado inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, contadas a partir de la aprehensión física del destinatario de la orden (ver acta de derechos del capturado), revisando de paso la línea de tiempo.
5. El cumplimiento real y material de los derechos del capturado, a nivel de buen trato, a ser informado del hecho que se le atribuye y originó su captura, a comunicar su aprehensión, a no responder preguntas inculpativas sobre los hechos, sus parientes o su vida privada, y a entrevistarse con su defensor en el menor tiempo posible; en este último caso verificar línea de tiempo (Art. 303 del CPP):
“Cuando el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia, deberá ponerse a disposición del juez de conocimiento o en su ausencia ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la privación de la libertad. En caso de que el control judicial de la aprehensión se surta ante el juez de control de garantías, ese funcionario resolverá sobre la situación de la captura del condenado, adoptará las medidas provisionales de protección a las que haya lugar y ordenará la presentación de la persona junto con las diligencias adelantadas ante el juez de conocimiento que profirió la sentencia, al día hábil siguiente, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de contradicción del detenido, así como el principio de juez natural”. (Sentencia C-042-2018)

6. Que el Juez disponga la CANCELACIÓN de la orden de captura, dado que la misma cumplió la finalidad para la cual se expidió.
7. La decisión admite los recursos de ley.

16. AUDIENCIA DE INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - CONTROL POSTERIOR

16.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez con función de control de garantías
- Fiscalía
- Policía Judicial
- Imputado
- Defensa (pública o de confianza)
- Testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva o que intervinieron en la diligencia
- Apoderado de víctimas y/o víctima
- Ministerio Público

16.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

Por remisión del artículo 237 del CPP, esta audiencia debe adelantarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de la orden de interceptación de comunicaciones.

16.3. TÉRMINOS PROCESALES

La orden de interceptación de comunicaciones emitida por el fiscal tiene una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse a juicio del fiscal. La orden de prorrogar la interceptación debe someterse a control previo de legalidad ante el juez de control de garantías.

Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de la orden de interceptación de comunicaciones el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que se surta la audiencia de control de legalidad posterior.

16.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

El juez: Instala la audiencia.

El fiscal: Acredita la existencia de orden escrita de interceptación de las comunicaciones. Menciona los motivos fundados para la expedición de la orden de interceptación de comunicaciones. Presenta los elementos materiales probatorios y evidencia física que respaldaron la expedición de la orden. Acredita que el término de la orden de interceptación no excede de seis (6) meses. Si existió prórroga, señala qué juzgado de control de garantías previamente la autorizó. Señala las circunstancias modales y espaciotemporales en que se ejecutó la orden de interceptación de comunicaciones, tales como:

- Que no se interceptaron las comunicaciones del defensor
- Que se presentó la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con la orden
- Que se presentó el informe respectivo.
- Demuestra que está realizando su legalización dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibo del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de la orden de interceptación de comunicaciones.

Ministerio Público: Verificará la legalidad de la orden que expida el fiscal, del procedimiento adelantado por los funcionarios de Policía Judicial, de los resultados obtenidos y el respeto a derechos y garantías fundamentales.

El juez, luego de escuchar a la Fiscalía y al Ministerio Público toma la decisión de declarar la legalidad, o no, de la orden, procedimiento y/o resultados. De declararse la ilegalidad de la orden

y/o procedimiento, se ordena la exclusión de los resultados. Señala la procedencia del recurso de reposición y/o apelación.

16.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Que el juez de control de garantías realice la revisión de legalidad de lo actuado antes, durante y después de la interceptación de comunicaciones.

16.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, declara exequible inciso 1º del art. 68 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el art. 237 CPP sobre audiencia de control de legalidad dentro de las 24 horas siguientes al recibo del informe de Policía Judicial.
- CSJ Rad. 43572 AP3466-2014 del 18 de junio de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier. No excluye pruebas de interceptaciones de comunicaciones.
- CSJ. AP. Rad. 36.562 del 13 de junio de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Declara nulidad parcial en lo relacionado con la negativa de exclusión de todo lo relacionado con la interceptación de comunicaciones.
- CSJ, Rad. 54495, SP-54612021, 1/02/2022, M.P. Patricia Salazar Cuellar, Requisitos para su decreto y uso en juicio. “Corresponde a la Fiscalía realizar las labores de verificación necesarias, para demostrar fehacientemente que una persona en particular participó en las conversaciones incriminatorias. Además, recordó la necesidad de que los miembros del CTI que realizaron seguimientos y verificación de identidades, atestigüen directamente en el juicio”.

16.7 ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Velará por la legalidad de lo actuado y por el respeto a derechos y garantías fundamentales.

16.8 OBSERVACIONES ADICIONALES

Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se debe citar al imputado y a su defensor.

17. AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN DE PODER DISPOSITIVO ART. 85

17.1. PARTES E INTERVINIENTES

- Juez con función de control de garantías
- Fiscalía
- Indiciado
- Defensa (pública o de confianza)
- Terceros de buena fe
- Ministerio Público

17.2. OPORTUNIDAD PROCESAL

En la formulación de imputación o en otra audiencia preliminar el fiscal podrá solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes o recursos del procesado, cuando obren motivos fundados para inferir alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso
- b) Que el valor de los bienes o recursos equivale al del delito
- c) Que los bienes o recursos fueron utilizados o estén destinados a ser utilizados para la ejecución de tal delito
- d) Que los bienes o recursos constituyen el objeto material del delito

17.3. TÉRMINOS PROCESALES

No existe término cronológico, salvo que haya concluido el proceso, puesto que la solicitud deberá hacerla el fiscal al juez de control de garantías en audiencia preliminar. Existe la condición de que antes de solicitar la medida, el fiscal examine al respecto “el

interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración”.

17.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA

La Fiscalía envía con antelación los elementos materiales probatorios a los sujetos procesales, demás interesados y al Ministerio Público; luego en audiencia hace la sustentación de la petición con el respaldo probatorio y argumentando la urgencia y necesidad para que el propietario del bien o recurso suspenda el poder dispositivo sobre el mismo teniendo en cuenta las circunstancias expresadas anteriormente.

17.5. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA

Decretar la suspensión del poder dispositivo con el fin de garantizar el comiso (art. 83 Ley 906 de 2004). En el auto de segunda instancia, radicado 39659 de 2012, se señala que:

“el comiso es la figura jurídica por cuyo medio los bienes del penalmente responsable que provienen o son producto directo o indirecto del delito o han sido utilizados o destinados a ser utilizados como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, pasan a poder de la Fiscalía General de la Nación, previo agotamiento del procedimiento previsto en la ley, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe” (subrayado fuera de texto).

17.6. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La comisión de estudio no conoce pronunciamientos específicos sobre esta audiencia, pero por su relación temática y con fines ilustrativos presenta las siguientes jurisprudencias:

- Sentencia C-782 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Precisa la naturaleza y fines del comiso.
- Corte Suprema de Justicia Rad. 47660 de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Condena a un Fiscal de URI de Florencia por Prevaricato por ordenar entrega de vehículo utilizado en el delito que, por tanto, era susceptible de comiso.

17.7. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público debe propender porque en la suspensión del poder dispositivo de bienes con fines de comiso, se tenga en cuenta el valor estimado del producto ilícito para evitar la imposición de una medida desproporcionada.

Cabe mencionar que de conformidad con el inciso 2° del art. 82 cuando se configure otro delito procede el comiso sobre la totalidad de los bienes comprometidos en las conductas punibles.



III. Intervención del Ministerio Público penal ante la Fiscalía General de la Nación

INTRODUCCIÓN

Algunos fiscales que adelantan indagaciones e investigaciones penales, dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA), en reiteradas oportunidades, argumentando reserva legal de las diligencias o, en lenguaje coloquial, que son “dueños de la investigación”, manifiestan su negativa a facilitar las carpetas que, para su respectiva revisión, solicita el agente del Ministerio Público con el fin de atender solicitudes, ya sea de información o de impulso procesal presentadas por los usuarios, generalmente víctimas del delito, ante la Procuraduría General de la Nación o las Personerías Municipales y Distritales.

De conformidad con el artículo 207 de la Ley 906 de 2004, el fiscal del caso debe trazar el programa metodológico de la investigación y en desarrollo del mismo:

“ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas”

No obstante, el programa metodológico que elaboran la mayoría de los fiscales, por regla general, dista mucho del precepto normativo, especialmente en cuanto a la asistencia y protección de las víctimas, y su desarrollo suele estar afectado por inconsistencias, omisiones, errores y falencias; de todo lo cual pueden

resultar afectados los derechos a la información y acceso efectivo a la administración de justicia.

La negativa de los fiscales, aunque aparece fundada en jurisprudencia relevante que reconoce el “alto grado de incertidumbre” que pervive en las indagaciones penales, algunas veces en realidad oculta irregularidades como se evidencia en los ejemplos de situaciones prácticas que a continuación se exponen y que son de frecuente ocurrencia:

1. SITUACIONES IRREGULARES

Algunas de las principales situaciones conflictivas que suelen ocultarse en la práctica del trámite procesal penal, al observar la relación entre las víctimas del delito y los fiscales de conocimiento, respecto al derecho de las primeras a obtener información sobre el proceso de su interés e impulso procesal, son las siguientes:

1.1. Restricción de acceso a la información por parte de la Fiscalía

Cuando las víctimas acuden a solicitar información por la falta de resultados en la investigación, la respuesta que muchas veces se les da, dista mucho de satisfacerlas. La precaria contestación, por lo general, se fundamenta en el conocido argumento de que la indagación es reservada y le “pertenece” a la Fiscalía. Otras veces, simplemente no se les informa nada y, de sobremesa, se les regaña.

A manera de ejemplo de solicitud escrita de una presunta víctima del delito dirigido a la Personería de Bogotá, se transcriben apartes pertinentes:

“Han transcurrido (sic) casi un año, sin obtener noticia alguna, por parte del funcionario judicial, a cargo de la actuación; no me han llamado a ratificar la denuncia, tampoco se sabe a ciencia cierta, si ya el funcionario avocó el conocimiento del caso, si ya recibió la indagación de los sindicados como corresponde, no he recibido ninguna

información y/o notificación al respecto, todo lo cual resulta preocupante”.

Este es un claro ejemplo del distanciamiento que existe entre los intereses del fiscal y la víctima del delito; situación bastante generalizada, y que puede calificarse como tensa y difícil. Lo anterior conduce a que el derecho de las víctimas del delito a obtener información sobre el proceso de su interés quede sin materializarse.

Ello a pesar de que, en algunos casos, el agente del Ministerio Público, en cumplimiento de sus funciones y por solicitud de la presunta víctima del delito, acude al despacho fiscal para conocer el estado de la indagación e informar lo pertinente a ésta. Pero el fiscal niega el préstamo aduciendo que la indagación es “reservada”, quedando así amenazado el derecho de las víctimas a obtener la información y obstruida la función del Ministerio Público.

Durante este trámite, el agente del Ministerio Público debe verificar el interés legítimo del solicitante y comunicar sólo aquella información que no amenace o comprometa la reserva de la investigación.

1.2. Irregularidades en el archivo de las diligencias

Otra de las situaciones recurrentes se presenta cuando el denunciante o presunta víctima, ante la falta de información, solicita la intervención del Ministerio Público y la gestión de éste permite establecer que la carpeta se encuentra desde hace tiempo archivada y que la decisión nunca le fue comunicada a aquel. Sobre la importancia de enterar a la víctima de esta decisión, ha dicho la Corte Constitucional:

“La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.

“Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos”

En otros casos, el fiscal pretende que el agente del Ministerio Público se entere de la orden de archivo sin siquiera examinar la carpeta. Para ello, le remite una lista con los números de radicación para que estampe su firma en ella. Sucede también que, en archivos individuales o poco numerosos, se anexa al oficio remisorio una copia de la orden de archivo para que, con su recibo, el Ministerio Público suscriba tal oficio, el cual seguramente se agregará a la carpeta de la indagación como “prueba” de que este ejerció su labor a satisfacción; lo cual obviamente contrasta con la realidad.

Algunos fiscales, incluso, no solo no permiten la revisión de la carpeta por parte del Ministerio Público, sino que pretenden condicionar una eventual solicitud de desarchivo por parte de este a que se allegue “elemento material probatorio o evidencia física diferente a la que se usó para tomar la decisión que se le está informando”; cuyo argumento, de aceptarse, implica que el agente del Ministerio Público se convierta en investigador judicial; lo cual está por fuera de la órbita de sus funciones. En todo caso, dicho proceder del fiscal se constituye en una barrera adicional de acceso a la carpeta de la indagación.

Cabe señalar que la Fiscalía, particularmente en Bogotá, ha tenido retrasos de meses y años en evacuar miles de carpetas mediante la decisión de archivo. Ello conlleva que instancias directivas de esa entidad presionen tales órdenes de archivo y que las mismas se adopten sin mayor actividad investigativa y mucho tiempo después de formulada la denuncia; situación que genera desánimo en la ciudadanía y descrédito para la administración de justicia.

Por si fuera poco, se suele configurar un agravante porque algunas fiscalías “comunican” la decisión al denunciante o a la víctima registrando para ello una dirección que, sospechosamente, resulta errada. Ello equivale en realidad a no hacer el enteramiento, como ha tenido oportunidad de comprobarlo y que no debe pasar inadvertido para el Ministerio Público quien debe solicitar la remisión de la comunicación a la dirección correcta como garantía del debido proceso de las víctimas.

1.3. Extravío de la carpeta

Frente a la solicitud de revisión de una indagación por parte del Ministerio Público, algunos funcionarios de la Fiscalía durante un tiempo prolongado suelen argumentar la reserva de las diligencias, pero en realidad lo que ocurre es que no encuentran la carpeta en los anaqueles ni en los archivos.

Otras veces se reconoce el extravío de la carpeta y se promete realizar una búsqueda exhaustiva, que en ocasiones resulta exitosa y en otras frustrada. En este último evento, el Ministerio Público, ya sea de oficio en cumplimiento de sus funciones o por petición de las víctimas, solicita al fiscal de conocimiento proceder a

determinar el extravío de la carpeta, como consecuencia de ello formular la denuncia penal correspondiente (art. 292 C.P. y demás que considere), dar las noticias administrativas que resulten pertinentes y proceder a la reconstrucción de la misma.

Por tales razones, el papel del Ministerio Público se torna relevante a fin de asegurar los derechos de las víctimas del delito a partir del examen de las carpetas para extraer la información que el denunciante y/o presunta víctima requieren para ejercerlos.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Frente a la negativa de algunos funcionarios de la Fiscalía de facilitar las carpetas investigativas ya sea a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos o al Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones, fundada en la reserva de las diligencias o ser ellos “los dueños de la investigación”, deben formularse los siguientes interrogantes:

- a) ¿Vulneran la Fiscalía General de la Nación o sus Fiscales Delegados que conocen de indagaciones y procesos penales regidos por la Ley 906 de 2004, los derechos de las víctimas del delito a recibir información y de acceso efectivo a la justicia al rechazar la petición de revisión de las carpetas que, con tales finalidades y por solicitud de aquellas, hacen los agentes del Ministerio Público?
- b) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las solicitudes de información e impulso procesal que presentan las víctimas del delito ya sea directamente o a través del Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales?
- c) ¿Cómo puede garantizarse la efectividad de los derechos a recibir información y acceso efectivo a la justicia que tienen las víctimas del delito en el proceso penal adversarial de tendencia acusatoria cuando el fiscal del caso deniega la intervención del agente del

Ministerio Público que actúa por solicitud de aquellas y en cumplimiento de sus funciones?

3. HIPÓTESIS

La aproximación precedente permite formular frente a los problemas jurídicos planteados las siguientes hipótesis:

- a) Los fiscales que niegan al Ministerio Público la revisión de las carpetas o no suministran información sobre el proceso penal, vulneran los derechos fundamentales de petición de información y acceso efectivo a la administración de justicia, cuando no existe reserva legal expresa que se contraponga al principio de publicidad regulado en la ley procesal penal o la inactividad del despacho fiscal desconoce el derecho fundamental de las víctimas a un trámite procesal con duración razonable.
- b) Las solicitudes de información que formulan las víctimas del delito, por regla general, tienen naturaleza administrativa y deben ser resueltas por el fiscal de conocimiento en el marco del derecho de petición, salvo las informaciones que, como excepción postulan tanto el marco rector del derecho de petición como otro de los principios rectores del procedimiento penal, a saber, el principio de publicidad.
- c) La efectividad de los derechos a recibir información procesal y de acceso efectivo a la justicia que tienen las víctimas del delito en el proceso penal adversarial de tendencia acusatoria puede, en principio, garantizarse a través del ejercicio alternativo de diversos instrumentos jurídicos, como el Derecho de Petición, el Recurso de Insistencia, la Acción de Tutela, solicitud a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la FGN y solicitud de investigación disciplinaria, entre otros.

4. DESARROLLO BASADO EN EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS Y FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Los derechos y facultades que se invocan de modo prevalente en dos demandas examinadas por las Cortes aluden a derechos y facultades de los agentes del Ministerio Público, así:

4.1 . Facultades del Fiscal para negar solicitudes
Corte Suprema de Justicia, impugnación de tutela 61.945, del 16/08/2012, M.P. José Luis Barceló Camacho

Instaurada contra una Fiscalía seccional de Bogotá, la Corte Suprema señaló en los antecedentes que “el peticionario nombró apoderado judicial, que presentó ante dicha autoridad dos derechos de petición solicitando información sobre el estado del proceso, la expedición de copias de la indagación preliminar y se le permitiera aportar pruebas al sumario”

No obstante que el peticionario no acreditó su condición de víctima y la Fiscalía señaló su condición de tercero interviniente pues “la investigación penal no se originó en su denuncia”, la razón de la decisión desestimatoria es válida para ambos tipos de intervinientes y se concreta en el siguiente párrafo:

“La Sala observa que la posición adoptada por el ente investigador, en el sentido de no acceder a la expedición de copias presentada por el accionante, no vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que obedeció a la naturaleza del sistema que se implantó con la Ley 906 de 2004, específicamente en la etapa de

indagación” (subrayado fuera del texto original).

Y refiriéndose a las facultades del Fiscal agrega que:

“(…) las evidencias que recaude, los elementos probatorios o la información que obtenga es propia de su conocimiento y, por tanto, no está en la obligación de entregarla a quienes no se hubieren convocado a la actuación o, incluso, a quienes saben de la misma, pues persiste una alta incertidumbre sobre su resultado”

Como se observa, según el fallo, el fundamento del fiscal para negar las solicitudes en sede de tutela y etapa de indagación es el modelo de investigación y enjuiciamiento penal adoptado por la Ley 906 de 2004.

4.2. Derechos al debido proceso y acceso a la justicia del agente del Ministerio Público negados

Corte Constitucional, sentencia T-582, 11/08/2014, M.P. María Victoria Calle Correa. La Corte se pronuncia sobre la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de una Procuradora Judicial, por la negativa de un Fiscal Seccional de permitir la revisión de la carpeta del proceso para el cual había sido designada como Agente Especial del Ministerio Público.

En este proceso de tutela se abordó el siguiente problema jurídico: “¿vulnera la Fiscalía (XXXX) los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los agentes del Ministerio Público, que actúan en calidad de agentes especiales (XXXXX), al negarles el acceso a la información recaudada,

sabiendo que la actuación procesal a la cual se solicita tener acercamiento material se encuentra en la etapa de indagación?”

Dijo la Corte que, bajo el régimen de la Ley 906 de 2004,

“la presencia del Ministerio Público resulta asaz problemática, si se tienen en cuenta las particulares características que estructuran el sistema, así como los principios que lo rigen. En este sentido no puede dejarse de considerar el carácter eminentemente contradictorio que ostenta, toda vez que el proceso se erige en escenario de contienda de dos pretensiones diametralmente opuestas”

Y se extendió en la tarea de detallar los caracteres del proceso adversarial:

“En este sentido, el nuevo sistema ha sido calificado por la jurisprudencia como un proceso adversarial modulado con tendencia acusatoria, en la medida en que no adopta integralmente las características de un modelo acusatorio puro, sino que mantiene sus rasgos estructurales introduciendo diferentes ajustes que pretenden responder a las necesidades y particularidades de la realidad colombiana”.

Este carácter adversarial del proceso penal determina el eje de la argumentación de la Sala Penal de la CSJ, pues a partir de allí no solo se define el asunto debatido, sino que se levantan barreras, algunas infranqueables, a la intervención de otros sujetos procesales, entre ellos el Ministerio Público y las víctimas. La síntesis de esta posición se expresa claramente en el siguiente pasaje de la misma sentencia acabada de citar:

“Si se repara, de un lado, que el proceso acusatorio, siendo adversarial, exige que se conserve el equilibrio y la igualdad entre las partes en contienda; y, de otro, que los fines del

Ministerio Público en las actuaciones judiciales deben cumplirse, en cuanto resulte necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, deviene claro que su intervención en el proceso penal es contingente -en tanto puede o no ejercerla- y que corresponde en la práctica a la de un sujeto especial cuyas únicas pretensiones son la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, que busca asegurar esos cometidos superiores, sin que le sea permitido alterar el necesario equilibrio de las partes principales del proceso, que, en últimas, no pueden ser otras que la acusación y la defensa, dado el carácter eminentemente contradictorio que el modelo ostenta”.

En la decisión de tutela, entonces, el modelo procesal es definitorio, en la medida en que la no prosperidad de las pretensiones se asienta, efectivamente, en que el SPOA reduce los alcances de la participación del Ministerio Público en el devenir del proceso penal, lo cual:

“(…) implica que el acceso a la información, las evidencias o los elementos materiales recaudados por las partes, se restrinja a las oportunidades y condiciones procesalmente establecidas, a las cuales debe sujetarse, pues lo contrario, como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia, implicaría suponer que goza de privilegios frente a la fiscalía, la defensa o las víctimas, lo cual repugna con la idea de proceso equilibrado, con igualdad de armas entre acusación y defensa”.

Por lo cual, la sentencia de tutela resuelve que “El Fiscal XX Seccional de la Unidad de Vida no vulneró los derechos fundamentales de la Procuradora XXXX, en su condición de agente especial, al negarle el acceso a la carpeta correspondiente a las diligencias radicadas bajo el consecutivo XXXXXXXX, que se encuentran en la etapa de indagación”

Los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se centran en los derechos del agente del Ministerio Público, los cuales, en general, no se consideran vulnerados por el fiscal del caso; los derechos de las víctimas de obtener información sobre el estado de las indagaciones de su interés y a que haya avances investigativos y procesales no se profundizan, con lo cual continúa el déficit de protección jurisprudencial que se levanta como obstáculo a una mejor gestión del Ministerio Público.

5. CONCLUSIONES

Las anotaciones precedentes giran en torno a la negativa de algunos funcionarios de la Fiscalía, a suministrar las carpetas o facilitar a las víctimas el acceso a la información sobre los avances de la actividad investigativa, y a los agentes del ministerio público que obran por solicitud de aquellas o en ejercicio de sus funciones. Hechos reiterativos, que de paso, vulneran los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y la función de vigilancia y control sobre las actuaciones de Policía Judicial por parte del Ministerio Público.

Lo más grave de esta situación radica en que, en numerosas ocasiones, se oculta la inactividad investigativa, configurándose falta de diligencia y consiguiente morosidad, sobreviniendo copiosas prescripciones de la acción penal con consecuencias irreversibles para los derechos sustanciales de las víctimas. Lo que hace imperiosa la intervención del Ministerio Público para solicitar o implementar la correspondiente compulsas de copias o solicitud de investigación disciplinaria para funcionarios e investigadores.

Otras veces, la información se deniega a pesar de estar archivadas las diligencias. Sin entrar en detalles sobre el tema del archivo, resulta necesario precisar que la comunicación al denunciante sobre la decisión de archivo es presupuesto indispensable del ejercicio de sus derechos. La decisión de archivo de las diligencias adoptada por un fiscal suele suceder, es el primer y único pronunciamiento que reciben de la Fiscalía, cuando se les cita para su enteramiento. Si tal comunicación no se hace o se hace incorrectamente, el denunciante no puede saber las razones que llevaron a la Fiscalía a desestimar su denuncia y tampoco podrá oponerse a los fundamentos utilizados para requerirle un nuevo examen minucioso de la actuación y la continuación de la indagación. Como consecuencia, no podrá acudir al Juez de Control de Garantías para celebrar la audiencia de desarchivo. Por ello entonces, deberá exigirse por parte del Ministerio Público, que el enteramiento a la víctima se materialice previamente.

Aunque menos frecuente, también suele ocurrir que algunas veces la falta de respuesta a la víctima y negación del préstamo de la carpeta al agente del Ministerio Público no tiene otra explicación sino la pérdida o extravío de la carpeta, situación que generalmente no es reconocida por el despacho fiscal.

En los casos descritos, entre otros, luego de la insistencia verbal por parte de las víctimas y de los agentes del Ministerio Público, se hace necesario acudir a nivel de Jefatura de Unidad o Dirección Seccional. Como el funcionario de la Fiscalía, argumentando su carácter reservado, niega también al agente del Ministerio Público la

posibilidad de examinar las diligencias, debe este entonces, insistir por escrito en la legalidad de su solicitud y en el deber correlativo del funcionario de facilitar la carpeta para el examen respectivo.

Como se ha advertido, las Altas Cortes no tienen una posición unificada respecto al carácter adversarial de la etapa de indagación, aunque jurisprudencial y doctrinalmente predomina la noción de que carece de dicha condición. Evidentemente, como se ha señalado, la estructura de partes y la igualdad de armas que le es propia, sólo se configura en la etapa del juicio.

No obstante, algunos funcionarios de la Fiscalía desconocen que el SPOA es un cuerpo sistemático con principios, actos, funciones, partes, intervinientes, auxiliares, decisiones, recursos, objeciones, nulidades y garantías, entre otros, que confluyen en el engranaje sin que la tendencia sea el único aspecto que mueve el sistema. Luego, escudarse en el carácter adversarial de todas las etapas del proceso, es una interpretación excluyente que afecta la transparencia de la administración de justicia y amenaza su ejercicio bajo las figuras de la tiranía fiscal y la impunidad, vulnerando el debido proceso, derechos a la defensa, verdad, justicia y reparación. Y aún más, dificulta el ejercicio constitucional de las funciones de control y vigilancia del Ministerio Público.

Cuando ello sucede, si la Fiscalía se mantiene en su posición, se impone el uso de las herramientas constitucionales, legales y reglamentarias disponibles (derechos de petición, acciones de tutela, quejas disciplinarias, requerimientos a instancias directivas de la FGN, etc.) cuya utilización puede contribuir no solo a destrabar el conflicto jurídico concreto, sino también a crear una cultura institucional de respeto a los principios, derechos y atribuciones del Ministerio Público.



Reflexiones Finales

La jurisprudencia vigente sobre el papel del Ministerio Público ha dado respuestas, en general, negativas y, aún, contradictorias, frente a diversos problemas jurídicos planteados por el accionar de este interviniente especial.

Tales pronunciamientos han delimitado el rol del Ministerio Público en el Sistema Penal Oral Acusatorio-SPOA y enfatizan la pérdida de su condición de sujeto procesal con plenas facultades que ostentaba bajo la Ley 600 de 2000. Además, definen su calidad de interviniente especial pero discreto que no puede con su actuación afectar la naturaleza acusatoria y la igualdad de armas del proceso, introducida a partir del Acto Legislativo 3 de 2002 y desarrollada con la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, se ha demostrado incluso a partir de otros pronunciamientos jurisprudenciales, que ese carácter adversarial del proceso y la igualdad de armas sólo es predicable de la etapa del juicio, y no de las pretéritas de indagación e investigación, como tampoco de la fase posterior de reparación. No obstante, algunos funcionarios judiciales resisten esta interpretación.

Los principios rectores y las garantías procesales en materia penal representan un bloque normativo sólido para apoyar la gestión del Ministerio Público; su estudio y aplicación debe ser una tarea dinámica, constante y razonada por parte de todos los agentes del Ministerio Público.

En materia de audiencias, se parte de una de las principales funciones del Ministerio Público como es la defensa del orden jurídico y, en especial, del debido proceso, independientemente de quien se vea beneficiado o afectado con su intervención siempre ponderada y reflexiva.

La negativa de algunos funcionarios de la Fiscalía a facilitar información puede vulnerar los derechos de las víctimas a acceder a la justicia y al debido proceso. Por ello resulta

relevante la intervención del Ministerio Público ante dicha entidad. Por tanto, si la Fiscalía niega el acceso a la carpeta, basando su negativa en que se halla en etapa de indagación, debe limitarse a las piezas procesales que gozan de reserva legal, sin extender la restricción a otras que no la tienen.

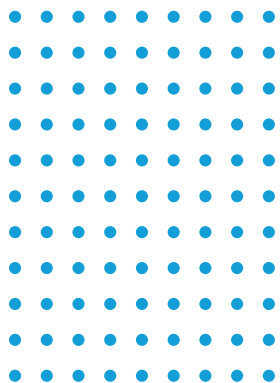
El Ministerio Público, como representante de la sociedad, tiene facultades y atribuciones constitucionales y legales cuyo cumplimiento resulta imperioso. Igualmente, varias de las disposiciones normativas le señalan el deber de velar por la garantía de los derechos de las víctimas del delito, de los indiciados y procesados.

Para el cumplimiento de sus funciones, el AMP deberá invertir los mayores esfuerzos posibles en su actualización en derecho penal, procesal penal y en su formación como garante de derechos humanos y derechos fundamentales, con avances permanentes en conocimientos jurídicos y socio-jurídicos, en particular en materia de política criminal.



Referencia Normativa

-
- Decreto 16 de 2014 (enero 09) por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación.
 - Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.
 - Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal
 - Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal
 - Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación
 - Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
 - Ley Estatutaria 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”
 - Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
 - Resolución No. 476 de 2004, expedida por el Procurador General de la Nación. Políticas de intervención del Ministerio Público en actuaciones penales que se cumplan de conformidad con la Ley 906 de 2004. Modificada por la Resolución 98 de 2005.
 - Resolución No. 484 del 2005, expedida por el Procurador General de la Nación. Políticas de intervención del Ministerio Público, competencias y constitución de agencias especiales. Modificada por las Resoluciones 126 de 2009 y 116 de 2010.
 - Resolución 228 del 23 de agosto de 2012, “Por medio de la cual se reorganiza el funcionamiento de las Personerías Delegadas en materia Penal”
 - Resolución 513 de 2017. Por la cual se establecen directrices y criterios para el ejercicio del Ministerio Público en la Personería de Bogotá, D.C. y se dictan otras disposiciones.
 - Resolución 633 de 2019. Por la cual se unifican y actualizan directrices y criterios para el ejercicio del Ministerio Público en la Personería de Bogotá, D.C. y se dictan otras disposiciones.
 - Resolución 993 de 2020, Por la cual se unifican y actualizan las directrices y criterios para el ejercicio del Ministerio Público en la Personería de Bogotá, D.C. y se dictan otras disposiciones.
 - Resolución 0372 del 9 de septiembre de 2020, proferida por el Procurador General de la Nación, por medio de la cual se establecen los criterios de intervención penal de los Procuradores Judiciales I y II y distritales y de los Personeros Distritales y Municipales”.
 - Resolución 070 de 2021, proferida por el Procurador General de la Nación, “Por medio de la cual se adiciona la resolución 0372 del 9 de septiembre de 2020, por medio de la cual se establecen los criterios de intervención penal de los Procuradores Judiciales I y II y distritales y de los Personeros Distritales y Municipales”.
 - Resolución 148 de 2021 proferida por el señor Personero de Bogotá D.C., Julián Enrique Pinilla Malagón, por medio de la cual se delega el ejercicio del Ministerio Público, se derogan unas resoluciones y se dictan otras disposiciones”.



GUARDIANES de tus DERECHOS



Personería de Bogotá, D. C.

