

**CAPTURA EN FLAGRANCIA: GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LA LEY 1826 DEL 2017 EN
COLOMBIA**

Yurixa Fernanda Duarte Lozano



Facultad De Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C

2023

Captura En Flagrancia: Garantías Fundamentales En La Ley 1826 Del 2017 En Colombia

Yurixa Fernanda Duarte Lozano

Trabajo De Grado Presentado Como Requisito Para Optar Al Título De Master En Derecho

HENRRY TORRES VÁSQUEZ

DIRECTOR



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Facultad De Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C.

2023

Tabla de contenido

JUSTIFICACIÓN	6
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
PREGUNTA PROBLEMA.....	11
HIPÓTESIS	12
OBJETIVOS	13
OBJETIVO GENERAL.....	13
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
CAPÍTULO 1. DERECHO A LA LIBERTAD, DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.	14
1.1 DERECHO A LA LIBERTAD.....	14
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO A LA LIBERTAD	15
1.2 RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD EN EL COLOMBIA ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO	18
1.2.1 ORDEN DE CAPTURA JUDICIAL PREVIA	19
1.2.2 CAPTURA EN FLAGRANCIA.....	19
1.2.3 CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DEL FISCAL.....	20
1.2 DEBIDO PROCESO EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.	22
1.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBIDO PROCESO	22
1.2.2 DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL EN CONTEXTO NACIONAL.....	24
1.2.3 ALCANCE Y CONTENIDO A NIVEL JURISPRUDENCIAL DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA	25
1.3 DERECHO A LA DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.	29

1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL DERECHO A LA DEFENSA NACIONAL E INTERNACIONAL.....	29
1.3.2 DERECHO A LA DEFENSA: LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL VIGENTE.....	31
1.3.3 DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TÉCNICA.....	32
CAPÍTULO 2. CAPTURA EN FLAGRANCIA: PROCEDIMIENTO DE LA LEY 906 DE 2004 Y LEY 1826 DE 2017....	36
2.1 CAPTURA EN FLAGRANCIA Y SUS CLASES	36
2.1.1 CLASES DE FLAGRANCIA.	39
2.1.1.1 FLAGRANCIA EN ESTRICTO SENTIDO.....	39
2.1.1.2 LA CUASIFLAGRANCIA	39
2.1.1.3 FLAGRANCIA INFERIDA	40
2.2 CAPTURA EN FLAGRANCIA EN LA LEY 906 DE 2004 Y 1826 DE 2017	41
2.2.1 REQUISITOS QUE SE VERIFICAN EN EL PROCEDIMIENTO DE CAPTURA EN FLAGRANCIA.	47
2.3 EL DEBIDO PROCESO Y EL EJERCICIO DE LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO DE CAPTURA EN FLAGRANCIA.	51
CAPITULO 3. JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO: LEY 906 DEL 2004 – LEY 1826 DE 2017.....	59
3.1 RESEÑA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.....	59
3.1.1 SISTEMA INQUISITIVO, ACUSATORIO Y MIXTO	59
3.1.1.1 MODELO INQUISITIVO.....	59
3.1.1.2 SISTEMA ACUSATORIO	60
3.1.1.3 SISTEMA MIXTO.....	63
3.1.2 SISTEMA PENAL COLOMBIANO.....	63
3.2 JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.....	69
3.3 LEY 1826 DE 2017: PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA 73	
3.3.1 CONDUCTAS QUE SE TRAMITAN BAJO LA LEY 1826 DE 2017	75

3.2.2 DIFERENCIAS ENTRE EL PROCESO ORDINARIO Y EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO	81
3.2.3 EFICACIA Y GARANTISMO EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	85
MARCO TEÓRICO.....	90
MARCO METODOLÓGICO	96
CONCLUSIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	109

Justificación

En Colombia con la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004, se dio génesis al Sistema Penal Acusatorio; mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, se inició su implementación en la jurisdicción ordinaria penal en todo el territorio nacional. La principal característica del Nuevo Sistema Penal Acusatorio, consiste en ser un sistema absolutamente garantista, por ello trajo a vida la figura del Juez del Control de Garantías, descrito como un juez constitucional cuya función es velar por la garantía y respeto de los derechos fundamentales, que puedan verse restringidos por las actuaciones judiciales que realice el ente acusador, en la etapa de indagación, en el marco de una investigación penal. Con la puesta en marcha del sistema, la nueva realidad de tan loable invención vino a llamarse congestión judicial. El Ministerio de Justicia, en cabeza del entonces ministro, doctor Yesith Reyes, consideró necesaria la creación de un proceso más corto, con este se buscaba la descongestión judicial en los despachos penales municipales de conocimiento, desembocando toda esta idea en la expedición de la Ley 1826 del 2017, por medio del cual se creó el Procedimiento Abreviado.

Dentro de los derechos fundamentales protegidos por el Juez de Control de Garantías en el marco del proceso penal, se encuentra el derecho a la libertad, el cual se puede restringir, en concordancia con el artículo 28 de la Constitución, por orden judicial emitida por autoridad competente o por captura en flagrancia. En contexto con lo antes dicho, se tiene que la vinculación formal a la investigación, con apego a la Ley 906 de 2004: procedimiento ordinario.

El Juez de Control de Garantías con anterioridad al desarrollo a la audiencia de imputación, verifica el cumplimiento y materialización de las garantías fundamentales, de las personas que fueron capturadas en flagrancia o por orden judicial. Hoy con la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017, esta función se dejó de manera parcial y se da solo cuando el fiscal considere que habrá una restricción de la libertad del ciudadano capturado en el tiempo, en los demás casos será el fiscal de conocimiento, quien verifique si dichos derechos fundamentales estuvieron respetados,

luego de esto se vincula al proceso penal, mediante lo que se denominó: traslado de escrito de acusación.

Esta ley no desconoce la figura del Juez de Control de Garantías, en la ejecutoria de procedimientos restrictivos del derecho a la libertad, como son el procedimiento de captura y sobre las medidas de aseguramiento, siendo el juez natural de los controles previo y posterior de legalidad a los que son sometidas las acciones investigativas llevadas por el ente acusador conforme lo establece el Sistema Penal Acusatorio; empero, limitó su actuar al establecer la participación del Juez de Control de Garantías, solo cuando la Fiscalía considere que se debe tener control jurisdiccional, con ocasión a los derechos que se van a restringir o proteger, por ejemplo la solicitud e imposición de medida de aseguramiento.

Con esta investigación se busca desde el punto de vista teórico, legal y jurisprudencial, determinar las falencias que, en materia procedimental, han germinado con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 1826 del 2017, específicamente en lo que se refiere al control de legalidad y garantía de derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, que se debate en el procedimiento de captura.

Con lo arriba dicho surge la importancia de esta investigación, toda vez que los procedimientos de captura por delitos que deben ser seguidos con aplicación de la Ley 1826 de 2017, inicialmente el proyecto de ley solo incluía conductas querellables, con la expedición de la norma se amplió el catálogo de tipos penales, incluyendo aquellos que tienen gran incidencia en las Unidades de Reacciones Inmediatas (URI) a nivel nacional, la cual demuestra la recurrencia con mayor frecuencia de conductas como hurto calificado, violencia intrafamiliar, lesiones personales, entre otros; las mismas que llegan a conocimiento de la autoridad competente por medio de la captura en flagrancia.

Dando respuesta a lo planteado, se quiere aportar una estrategia para el sostenimiento y la permanencia del Estado Social de Derecho en la conservación de derechos fundamentales de la población privada de la libertad como sujetos de especial protección constitucional, al tiempo

busca realizar un llamado de atención respecto a la defensa de las garantías fundamentales dentro del proceso penal, dejando de lado las esferas del eficientísimo judicial, recordando que avanzamos en torno a la construcción y perfección de un sistema acusatorio, por lo que las reformas que se le hagan al mismo deben ir encaminados hacia los fines de éste y no dirección de un sistema inquisitivo.

Planteamiento del problema

El derecho a la libertad es uno de los derechos más importantes en la Constitución Política de Colombia. En nuestro ordenamiento jurídico, solo puede ser restringido por dos situaciones puntuales: a) orden de captura emitida por autoridad competente; b) flagrancia; tal como lo describe el artículo 28 de la Constitución:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (Constitución Política de Colombia, 1991).

En el año dos mil cuatro (2004) con la expedición del Acto legislativo 03 de 2002, se implementó el sistema penal con tendencia acusatoria, con la entrada en vigor se pretendió dar celeridad a los procesos, pues se encontraba de cara a la oralidad procesal, lo que significaba reducción de términos judiciales y disminución de la congestión en los despachos. Sin embargo, la práctica vislumbró una cruda realidad, la misma siguió vigente, y de manera mucho más arraigada; lo que llevó a la proposición de varias reformas, las cuales en su mayoría no se implementaron, ejemplo de ello fue la Ley 1153 del 2007. En el periodo dos mil quince (2015), con iniciativa del Ministerio de Justicia y del Derecho, en búsqueda de mitigar la descongestión, se definió crear un proceso que redujera los tiempos y mantuviera la oralidad, así las cosas, se promulgó la Ley 1826 del 2017, por medio de la cual se crea el procedimiento abreviado en materia penal.

En vigencia de la Ley 1826 del 2017, teniendo como principal objetivo minimizar la descongestión judicial, se dio nuevamente la facultad a la Fiscalía de valorar el procedimiento de captura y tomar la decisión que en derecho corresponda, enmarcadas en los siguientes juicios situacionales:

1. Sí la persona capturada en flagrancia, puesta a disposición del fiscal, tiene mérito para la solicitud de imposición de detención preventiva, se puede acudir ante el Juez de Control

de Garantías para realizar la legalización de la captura, el traslado de escrito de acusación y hacer la petición de medida de aseguramiento.

2. Sí la persona capturada en flagrancia, puesta a disposición del fiscal, no requiere solicitud de medida de aseguramiento y la captura se considera legal, se realiza el traslado de escrito de acusación y dispone la libertad.
3. Sí la persona capturada en flagrancia, puesta a disposición del fiscal, cuyo procedimiento de captura fue ilegal, se debe dejar en libertad.

Ahora bien, el problema jurídico surge cuando el indiciado o su defensa técnica, consideran que el procedimiento de captura en flagrancia fue ilegal, en cualquiera de los tres escenarios a validar: flagrancias (Art 301 C.P.P); por la línea de tiempo (Art 302 C.P.P) o en los derechos del capturado (Art 303 C.P.P); sí en uno de estos tópicos, se hace la vulneración de los derechos fundamentales que le asisten a la persona capturada, y dicha situación no se reconoce o se valora de la misma manera por el fiscal del caso, se podría configurar una violación al debido proceso, el cual lleva inmerso el derecho a la defensa; ya que no se tendría igualdad de armas frente a la Fiscalía, para acudir ante el juez natural de estos asuntos, que por mandato constitucional es el Juez de Control de Garantías.

Se busca determinar con esta propuesta, cómo se maneja la figura del Juez Control de Garantías en la Ley 1826 del 2017 en desarrollo de los procesos de captura en flagrancia, sí se hace el respeto por el debido proceso y el derecho a la defensa, en virtud que la actuación del Juez de Control de Garantías no es incluida en todos los procedimientos de captura en flagrancia, dejando a discrecionalidad del fiscal los casos en que se debe acudir ante el mismo.

Pregunta problema.

¿Cómo se maneja la figura del Juez de Control de Garantías, en pro del derecho al debido proceso y derecho a la defensa, en el marco de los procedimientos de captura en flagrancia reglamentados en la Ley 1826 del 2017 en Colombia?

Hipótesis

En respuesta del como se maneja la figura del Juez de Control de Garantías en la Ley 1826 de 2017, dentro de los procedimientos de captura en flagrancia en pro de los derechos del debido proceso y el derecho a la defensa, tenemos dos escenarios posibles:

Como primera hipótesis, se puede decir que la participación del Juez de Control de Garantías respeta el debido proceso y el derecho a la defensa en ambos procesos abreviados y ordinarios, ya que, en uno y otro, la primigenia en verifica la legalidad o ilegalidad de la captura en situación de flagrancia es la Fiscalía y luego actúa de acuerdo con los elementos que se tenga. Igualmente tenemos que, si bien el procedimiento ordinario el juez realiza el control de legalidad de todas las capturas, en el abreviado, con el fin de alcanzar la descongestión judicial, solo entrará cuando se requiera solicitud de medida de aseguramiento y previamente se hará el control de legalidad de captura y la vinculación al proceso, en los demás casos, la persona obtendrá su libertad. Si el anterior escenario estuviera en el campo del proceso ordinario se daría de igual forma, por lo que no existe afectación de ninguna garantía fundamental.

En una segunda hipótesis tenemos que la figura del Juez de Control de Garantías dentro de la Ley 1826 de 2017, quedo restringida solo a cuando exista la necesidad de una medida de aseguramiento por parte de la fiscalía, dejando los casos de captura en flagrancia por fuera en que no se requiera dicha solicitud, siendo esto una violación del debido proceso y el derecho a la defensa, lo que lleva como resultado a que se desdibuje el ordenamiento penal con tendencia acusatoria, ya que con estas facultades se propicia que se le devuelvan funciones jurisdiccionales al ante acusador de forma casi imperceptible y nos lleve a un retroceso al sistema inquisitivo o mixto, ya que tendría características de ambos sistemas. Todo por llegar a una descongestión judicial por medio de la aprobación de la sociedad de que se administra justicia de manera pronta y eficaz.

Objetivos.

Objetivo General

Determinar cómo es utilizada la figura del Juez de Control de Garantías dentro del Sistema Penal Acusatorio y cuál es su actuar en el ámbito de la Ley 1826 del 2017, como garante del derecho a la defensa y debido proceso en los casos de captura en flagrancia.

Objetivos Específicos

Analizar las figuras del derecho a la libertad, debido proceso y derecho en su historia y su desarrollo constitucional, legal a nivel internacional y nacional dentro del sistema penal acusatorio.

Establecer las diferencias y semejanzas del procedimiento de la captura en flagrancia dentro de la Ley 906 de 2004 y la Ley 1826 del 2017, bajo la luz del debido proceso y el derecho a la defensa

Demostrar sí se desnaturaliza el Sistema Penal Acusatorio con tendencia acusatoria, en aplicación de la Ley 1826 del 2017, al no incluir en todos los casos de legalización de captura en flagrancia las actuaciones de los Jueces de Control de Garantías.

Capítulo 1. Derecho a la Libertad, Debido Proceso y Derecho a la Defensa en el Sistema Penal**Colombiano.**

El presente estudio se centra en las garantías fundamentales previstas en el procedimiento de captura de flagrancia en el proceso penal colombiano, el cual se puede desarrollar aplicando el proceso ordinario, reglamentado en la Ley 906 del 2004, o el nuevo proceso abreviado, creado con la Ley 1826 del 2017; ambos, en esencia, giran alrededor de estos tres derechos fundamentales: (i) derecho a la libertad: goza de una protección legal de carácter nacional e internacional de amplio espectro, y excepcionalmente se restringe de manera directa con el procedimiento de captura de flagrancia. (ii) derecho al debido proceso: considerado en la actualidad como un derecho humano, que debe ser garantizado en todas las actuaciones y procesos que se adelanten en el Estado colombiano. (iii) derecho de defensa: siendo este desarrollo normativo del derecho al debido proceso siendo parte del mismo y consecuencia natural del procedimiento de captura en flagrancia.

1.1 Derecho a la Libertad

En principio debemos hacer una aproximación al significado de la palabra libertad; etimológicamente proviene del latín *libertas-libertatis*, formada con el sufijo latino de cualidad (*tat-tas-tatis*) y el adjetivo latino (*liber*) que significa libre en sentido amplio (Helena, 2021), siendo entonces la libertad la condición del que es libre política y jurídicamente, teniendo disponibilidad y/o falta de inhibición de obra y de palabra.

En el diccionario de la lengua española existen varias acepciones para definir libertad, se resaltan aquellas que guardan concordancia con el objeto de estudio, (1). La facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; (2). Estado o condición de quien no es esclavo; (3). Estado de quien no está preso (Real Academia Española, s.f.).

1.1 Antecedentes históricos del derecho a la libertad

El derecho a la libertad, a modo de aquella restricción que se le da al individuo en su desplazamiento, puntualmente por la presunción que ha cometido un delito, ha sido un tópico desarrollado incluso antes de Cristo por pensadores como Ciro el Grande, primer rey de Persia, en el año 539 a.c., a quien se le atribuye plasmar las primeras pinceladas de los derechos humanos. (Humanos, 2021)

La promulgación en 1215 de la Carta Magna en Inglaterra, la cual buscó el reconocimiento de derechos a los nobles de la sociedad inglesa, se considera un instrumento más de los considerados como antecedentes de los derechos humanos; esta normativa contaba de 63 artículos; se puede destacar el artículo 39, que habla de la libertad, y sus maneras de ser restringida:

Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, pág. 171),

Además, los artículos 40 y 42, reconocían el derecho al acceso de la justicia y a la libre circulación internacional, respectivamente.

Se suma a lista, la petición del derecho de 1628, promovida por el parlamento inglés, buscando algunas libertades civiles, basándose en cuatro principios; el principio número dos, es una reafirmación del derecho a la libertad, puntualmente en lo relacionado con lo que hoy se conoce como el Habeas Corpus. Este principio predica que, no se podía encarcelar a ningún súbdito sin una causa probada (reafirmación del derecho de habeas corpus).

La Constitución de Estados Unidos de América y la Carta de los Derechos de 1787, Enmienda V, reconoció la protección de la vida, la libertad, la propiedad privada y el debido

proceso “... ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.” (National Archives, 2019)

Con la Revolución Francesa, se dio el nacimiento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789; liderada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa, formada por un conjunto de intelectuales y dirigida a todo el pueblo francés. Con esta promulgación se consideró el inicio de una nueva era, cambio de legislación y forma de gobierno. En cuanto a las libertades se consagró el derecho a nacer libre, al ejercicio de los derechos naturales y la libertad de pensamiento y opiniones; el artículo 1 estableció la libertad e igualdad en derechos y el artículo 4 reconoció la libertad en los siguientes términos:

Artículo 4: La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley (Consejo Constitucional, s.f.).

Finalmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se convirtió en un referente para el desarrollo de los derechos humanos.

Por último, la Declaración de los Derechos Humanos, nacida de los horrores vividos en la Segunda Guerra Mundial, buscó unificar los derechos de todas las personas sin distinción de sexo, raza o religión, lo que permitió establecer unos mínimos en derechos. Dentro de esa declaración se encuentra el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 3 “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” (Organización de las Naciones Unidas , s.f.)

Analizado de desarrollo histórico normativo del derecho a la libertad, cuando este se restringe por la posible comisión de un delito. Es preciso, aterrizar a la evolución de ese derecho en el ordenamiento jurídico colombiano; en la Constitución de 1986, anterior a la Constitución del

1991, no se hablaba del derecho a la libertad en materia penal propiamente dicha, contrario a ello se tenía figura de manera muy somera. El nacimiento del Estado Social de Derecho, con la promulgación de la Constitución de 1991, el derecho a la libertad se consagró en el artículo 28, el cual reza:

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (Constitución Política, 1991)

Ahora, esta libertad, es aquella donde se da la aprehensión física de una persona, por la posible comisión de un delito; tal como lo señala la Corte Constitucional en Sentencia C-303/19, la debemos entender como:

APREHENSIÓN-Concepto

Técnicamente, la aprehensión es la actividad física de sujetar, asir, inmovilizar o retener a alguien para conducirlo forzosamente ante la autoridad judicial; es la manera como se concretiza la captura, concepto jurídico que, en el ordenamiento jurídico colombiano, se deriva de la flagrancia o de una orden de una autoridad judicial en razón de la presunta comisión de un delito y que, por lo tanto, es un acto jurídico que priva legítimamente de la libertad y activa una serie de garantías y procedimientos especiales.

En la Ley 600 del 2000, se encuentra la libertad como fundamento del Código de Procedimiento Penal en el artículo 3; con la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, se desarrolló principalmente principio rector en el artículo segundo, siendo superado solo por la dignidad humana:

ARTÍCULO 2o. LIBERTAD. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

1.2 Restricciones de la libertad en el Colombia establecidas en el Código de Procedimiento Penal

Colombiano

La restricción de la libertad en Colombia se puede dar de varias formas, (i) orden de captura judicial previa, (ii) captura en flagrancia, (iii) captura excepcional por orden de fiscal, las cuales se desarrollarán a continuación:

1.2.1 Orden de captura judicial previa

La Constitución Política en el artículo 28, 297 y ss del Código de Procedimiento Penal, se establecen las reglas y procedimientos para que se profiera y ejecute la orden de captura judicial previa. A saber, está obligatoriamente debe tener los siguientes requisitos: ser proferida por un juez de control de garantías a solicitud del fiscal de conocimiento, contar con el soporte de la inferencia que la persona es autor o cómplice de un delito. Formalmente su contenido deberá contener: el nombre y apellidos en contra de quién se profiere, datos de individualización (si se tienen), los motivos para la captura, la conducta que presuntamente cometió, fecha de los hechos, el fiscal que dirige la investigación; la vigencia es de un año y prorrogable por otro más.

Una vez emitida la orden y extendida a los sistemas de información para su ejecución, se espera su materialización; el día que se realice, la Fiscalía cuenta con 36 horas para dejar al individuo capturado a disposición del juez de control de garantías, quien será diferente al juez que la ordenó, para que verifique las garantías y derechos fundamentales dentro procedimiento de captura contemplado en la ley penal, y al tiempo cumpla con el objetivo para la cual se solicitó. Se observa que la solicitud de orden de captura tiene un control anterior y posterior que realiza el juez de control de garantías, en aras de respetar los derechos fundamentales.

1.2.2 Captura en flagrancia

Esta figura será estudiada de manera detallada en el capítulo segundo, por ello en este aparte solo haremos mención grosso modo de la misma. En la ley 600 del 2000, antiguo Código Penal Colombiano, de acuerdo con el artículo 345 la captura en flagrancia se daba de tres formas: el sujeto:

- 1) es sorprendido y aprehendido al momento de la realización de la conducta, 2) es identificado o individualizado el sujeto al momento de cometer la conducta punible y aprehendido después de persecución. 3) Es capturada la persona con objetos,

instrumentos o huellas que indican que momentos antes cometió un delito” (García, 2019, pág. 130).

En la Ley 906 del 2004, fueron agregadas las mismas formas de flagrancia arriba indicadas; adicionando dos categorías, artículo 301 numeral 4, cuando se verifica por medio de grabación de video y el 5 siempre que se dé la captura en vehículo que momentos antes había sido utilizado para huir del lugar.

1.2.3 Captura excepcional por orden del fiscal

Contemplada por la legislación, se desarrolla en el artículo 300 del C.P.P, el cual faculta a la Fiscalía a realizar de manera excepcional capturas, siempre que este no pueda acudir ante al juez de control de garantías a solicitarla y se dé por las causales reglamentadas:

1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible. (L. 906, Art. 300, 2004)

Esta orden se da por escrito, con todas las formalidades que exige la norma para proferir la orden de captura del artículo 297 C.P.P y siguientes.

Tal como su nombre lo indica es de carácter excepcional, debe obedecer al criterio objetivo de necesidad según lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-185/08, a través de la cual se analizó la constitucionalidad de la Ley 1142 del 2007, que modificó el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, así mismo, se necesita respetar las causales taxativas enlistadas por el legislador, por cuanto los motivos para restringir la libertad no están a discreción de quien la puede ordenar, aspecto aclarado en la decisión en mención.

Todo lo anterior no exime el deber por parte de la Fiscalía de llevar al individuo capturado a disposición del juez de control de garantías, dentro de las 36 horas establecidas como tiempo máximo para definir la situación jurídica a quienes se les limita el derecho a la libertad en el marco

de un proceso penal, con el fin verificar primeramente la causal que tuvo el fiscal para realizar la captura de manera excepcional y posteriormente los demás requisitos propios de cualquier procedimiento de captura.

En este punto, se hace necesario resaltar que la anterior disposición es perentoria en los todos los contextos de limitación a la libertad desarrollados dentro de la investigación. Ahora bien, el artículo 303 C.P.P indica cuáles son los derechos que le asiste al capturado, los cuales deben ser informados y materializados. Estos dos artículos en principio son verificados por el fiscal, como primer filtro de respeto por las garantías fundamentales, sí considera que se cumple, le corresponde ir ante el juez de control de garantías, quien decidirá si es legal o ilegal el procedimiento, en su rol de jugador natural responsable de velar por el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Por último, la Corte Constitucional hace un desarrollo jurisprudencial interesante, con la expedición de la sentencia C- 303/19, al otorgar al derecho a la libertad personal una triple garantía constitucional, arguye que debe entenderse como:

1. Valor: de un valor constitucional, incluido en el Preámbulo de la norma suprema, al lado, entre otros, de la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz.
2. Como un principio un principio que irradia toda la acción estatal y se sustenta en varios contenidos constitucionales: en la protección de las libertades.
3. Una serie de derechos – libertades fundamentales.

Así entonces, se puede afirmar que la privación de la libertad en Colombia se debe realizar de acuerdo con la normatividad vigente, materializando con esto el principio de legalidad, aunado al respeto de todas las garantías procesales – derecho al debido proceso-. Por esa razón, corresponde a la Fiscalía, en un inicio, verificar que el procedimiento de captura esté ajustado a la ley, pues de ello depende el ejercicio de la acción penal, facultad otorgada por la Constitución, sin embargo, es el juez de control de garantías, juez natural, quien en su actuar de su función constitucional termina aprobando o no la legitimidad del proceso de captura, como restricción excepcional al derecho a la libertad personal en nuestro ordenamiento.

Dicho esto, el proceso de actualización y reforma de la norma procedimental penal, introdujo cambios estructurales con la entrada en vigencia de la Ley 1826 del 2007, las cuales se miraran y estudiarán a detalle más adelante.

1.2 Debido proceso en el Sistema Penal Colombiano.

1.2.1 Antecedentes históricos del debido proceso

Respondiendo a su categoría de fundamental, humano, el derecho al debido proceso, comparte su construcción a través de la historia y las luchas que se dieron alrededor de ella, dándole forma hasta llegar a lo que hoy se defiende en el interior de los procesos judiciales que se adelantan tanto en el ordenamiento nacional como internacional; de manera simple el debido proceso, son las reglas claras de juego, en donde cada parte e interviniente dentro del mismo, conoce sus límites, derechos y obligaciones.

La idea de tener un juicio justo ha sido inquietud desde tiempo memorables. Como figura jurídica, es una de las instituciones que remonta su nacimiento al rey Juan Sin Tierra, quien, con la promulgación de la Carta Magna en Inglaterra en el año 1215, estableció algunas garantías procesales como: “juez competente (legale iudicium parium suorum) y el del derecho material de la ley preexistente (per legem terrae)” (Jiménez, 2012, pág. 221).

Más adelante el derecho inglés medieval, realiza sus aportes a la construcción de esta institución, con los aportes adelantados por el iusnaturalismo; las Enmiendas Quintas y Decimocuartas de la Constitución Federal de Filadelfia, se habla de “due process of law” el debido proceso legal, sin el cual un individuo no podía ser privada de sus derechos fundamentales, entre esos el de la libertad (Jiménez, 2012).

La ley estadounidense habla de la naturaleza del debido proceso como principio general del derecho, al revestirlo de garantías irrenunciables en la parte procedimental y establecerlo en

concepto de estándar de carácter axiológico en lo sustancial, donde los órganos de administrar los derechos fundamentales pueden restringirlo de manera razonable y proporcional (Jiménez, 2012).

Como no existe una definición universal del debido proceso, dada a la complejidad de la institución jurídica procesal, se buscará dar algunas definiciones que ayuden a precisar su significado y cómo debe ser entendido en materia penal.

Una de las primeras aproximaciones al concepto de debido proceso es la siguiente: “El debido proceso es una institución jurisdiccional, que se origina y produce de la actuación del juzgador, o dicho en términos del juez Stewart (EE. UU.), el debido proceso es la correcta administración de las leyes.” (Pérez E. S. & Carlos Manuel, 2019, pág. 164); los mismos autores también lo definen como:

El debido proceso es una institución jurídica que sirve al justiciable como garantía para brindar acceso a la justicia, conforme al desarrollo de la normatividad. Asimismo, tiene diversas maneras de cómo entenderlo y visualizarse: teleológico, instrumental, garantista, institucional, funcional, entre varios que se expusieron. (Pérez E. S. & Carlos Manuel, 2019, pág. 165)

Eduardo Matyas nos define el debido proceso penal así:

“El debido proceso penal puede definirse como la serie de garantías consagradas legalmente para que dentro de un sistema penal de investigación y enjuiciamiento se respete el derecho de las personas que son investigadas y enjuiciadas a tener un juicio justo, llevado a cabo por un juez imparcial, dentro de un término razonable, conservando el derecho a no auto incriminarse, a gozar de la libertad durante el proceso y la presunción de inocencia, todo ello en relación directa con su derecho a la defensa, a la contradicción de las pruebas y con la posibilidad de acceder a una segunda instancia que verifique la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo en primera instancia.” (Camargo, 2010, pág. 21)

1.2.2 Debido proceso en el ámbito internacional en contexto nacional

El debido proceso es una institución jurídica que tiene desarrollo jurisprudencial y normativo en la esfera del derecho nacional como el internacional, por ello llama la atención el estudio de los instrumentos internacionales que lo han desarrollado, en consonancia con la aplicación del llamado bloque de constitucionalidad, propio del constitucionalismo, al revestirlo de obligatoriedad y cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo órgano jurisdiccional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encargada de salvaguardar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su función consultativa e interpretativa de la Convención, mediante la Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, arguyó el sentido del debido proceso a la luz este instrumento, sí bien reconoce que el artículo 8 no habla de los recursos o procedimientos, aclara sobre el mismo: “(...) el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantía judiciales según la Convención.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, S.f.).

El artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se iza como norma convencional en la esfera del derecho internacional que ha reconocido los derroteros de que debe componer el debido proceso, relacionadas así: 1. Plazo razonable. 2. Juez o tribunal competente, independiente e imparcial. A su vez, en materia penal el artículo 8.2 de la misma normatividad establece garantías: a. Presunción de inocencia. b. Derecho a la defensa. c. Principio de no autoincriminación. d. Doble instancia. El artículo 8.4 nos muestra el principio de Non bis in idem. El artículo 8.5 nos habla del principio de publicidad.

Con el ánimo de realizar un análisis holístico, se realizó un cuadro No. 1 denominado “Análisis del debido proceso en la legislación internacional y nacional” (anexos) consistente en la comparación de la normatividad y aplicabilidad de estas garantías consagradas en la Convención Interamericana de Derechos humanos en conjunto con la actual ley penal colombiana, incluyendo a su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado y ratificado por Colombia.

De este cuadro comparativo se resalta la figura del juez natural; en Colombia hay uno para cada fase del proceso, en la etapa de investigación, el juez de control de garantías, surte su actuación desde la legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento, en aplicación de la ley 906 de 2004; con la expedición de la ley 1826 de 2017, solo en los casos que el fiscal considere existe mérito para solicitar medida de aseguramiento acudirá al juez de control de garantías; a su vez, en la etapa de juicio, el juez de conocimiento, ejerce sus actuaciones en la audiencia de acusación o concentrada, dependiendo del procedimiento que se adelante, hasta el juicio oral.

Otro punto para tratar es el del derecho a la defensa, el cual por su relevancia será estudiado de manera individual siguiendo el hilo de la investigación.

El derecho a la no autoincriminación, sumergido dentro del debido proceso, imprime de transversalidad el derecho a la defensa, al ser considerado una porción de la defensa material que realiza el individuo inmerso en un proceso penal, sumado a la voluntad y consentimiento interno de éste; su violación implica constreñimiento de la misma. Se debe aclarar que no se estudiará en el acápite del derecho a la defensa, salvo las debidas menciones que se harán sobre el tema. En Colombia se buscó desde la creación de la Ley 906 del 2004, dar las garantías judiciales de manera textual como se encuentran consagradas en el derecho internacional, incluso en algún momento fueron transcritas; con el fin que hicieran parte integral del sistema, sin embargo, no solo basta tenerlas incluidas, sino que deben ser materializadas y sostenidas pese a las reformas que practiquen al mismo.

1.2.3 Alcance y contenido a nivel jurisprudencial del debido proceso en Colombia

En Colombia, el debido proceso es una institución que tiene carácter de derecho fundamental, se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Carta política, de aplicación transversal el cualquier proceso judicial como administrativo. La Corte Constitucional desde el año 1992, en su función de salvaguarda de la Constitución, viene aclarando, precisando y protegiendo

los derechos y garantías fundamentales a lo largo de su historia; en este sentido, la protección al debido proceso no ha sido la excepción, por ello es la piedra angular de todas las actuaciones estatales.

Así lo manifestó la Corte Constitucional en Sentencia T 496/92 M.P Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, en los siguientes términos:

La figura del debido proceso es aplicable a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido el debido proceso, para toda actividad de la administración pública en general, sin excepciones de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular. (Corte Constitucional, 1992, parr. 1)

Como Estado Social de Derecho, nos enmarcamos en el principio de legalidad, en donde el debido proceso es garantía del respeto de este, al respecto mencionó la Corte Constitucional en sentencia T 572/92 MP. Dr. Jaime Sanin Greiffenstein: “El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales” (parr. 3)

Ahora, teniendo claro que el debido proceso no solo derecho fundamental, consagrado en la Carta Política, sino que es una garantía en el interior de las actuaciones administrativas y judiciales que tiene todo ciudadano o extranjero que acuda al Estado en el ejercicio propio de sus actividades, es viable sostener que existe incumplimiento o no aplicación del debido proceso cuando se realizan normas procesales, que no van en concordancia con las sustanciales o estas no permiten cumplir sus objetivos; cabe aclarar, que no se trata de una inobservancia a la Constitución, solamente poca observancia del mismo dentro del actuar administrativo o judicial. Lo anterior es dicho por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 383/00, así:

De esta manera, logra ignorar el fin esencial del Estado social de derecho que pretende brindar a todas las personas la efectividad de los principios y derechos

constitucionalmente consagrados, con el fin de alcanzar la convivencia pacífica ciudadana y la vigencia de un orden justo. Sin embargo, la violación del derecho al debido proceso no sólo puede predicarse del incumplimiento de una determinada regla procesal; también ocurre por virtud de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el que fue concebida. Así, en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales, como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia. (parr. 1)

En cuanto al concepto jurisprudencial, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-341/14, dio la definición de debido proceso, en los siguientes términos: “

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (parr. 2)

Ahora en la misma sentencia, la Corte puntualiza seis garantías que hacen parte del debido proceso y que se deben respetar en el ordenamiento penal colombiano, encaminadas a la correcta administración de justicia, estas son: (i) el derecho a la jurisdicción. (ii) derecho al juez natural. (iii) derecho a la defensa. (iv) derecho a un proceso público. (v) derecho a la independencia del juez. (vi) derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario¹. El

¹ “ (...) Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural,

concepto y contenido del debido proceso, está establecido de manera clara e inequívoca por parte del alto tribunal; es aplicable en el proceso penal, por ser naturalmente restrictivo de uno de los derechos más resguardado: la libertad. Sin que se convierta en absoluto, se debe guardar el debido proceso dentro del proceso penal, desde la creación de la ley penal como en la ejecución de ella.

En una perspectiva teleológica la Corte Constitucional mediante la Sentencia T 140/93, nos muestra su fundamento:

El fundamento del debido proceso, lo encontramos en los principios de la justicia y la seguridad jurídica; éstos exigen que se empleen medios idóneos para dar estabilidad y seguridad a las partes dentro del proceso, en el que se ventilan sus pretensiones con objetividad, esto es, imparcialmente, con la apreciación del todo probatorio, y jamás limitándose a escrutar tan sólo un sector. En tal caso la decisión sería unilateral, y lo unilateral excluye la alteridad, la cual, es requisito sine qua non de todo acto verdadero de justicia, la cual es por naturaleza una *virtus socialis* - referida siempre al otro-. La causa final del debido proceso no es otra que garantizar el equilibrio armónico de las partes

identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o in uencias ilícitas” Corte Constitucional. Sentencia C 341/14

entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estará dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad. (parr. 1)

Como se puede advertir el alcance del debido proceso, no es solo de carácter legal a nivel nacional o internacional, también lo es en el escenario jurisprudencial, llega a todas las actuaciones del Estado, de aplicabilidad obligatoria. Lleva inmerso la suma de una pluralidad de garantías, con lo que a la falta de alguna se estaría transgrediendo. Dicho esto, se logra concluir que el debido proceso, es más que un simple derecho fundamental que se debe respetar; es la base de una justa, adecuada, proporcional y equitativa gestión del proceder del Estado y de la correcta administración de justicia.

1.3 Derecho a la defensa en el sistema penal acusatorio colombiano.

Como lo vimos anteriormente, el derecho a la defensa forma parte del debido proceso, pero esta tiene significativa relevancia dentro de los sistemas internacionales de justicia así también en el sistema de justicia colombiana.

Al igual que se analizará, el derecho a la defensa cobra mayor importancia en materia penal. En desarrollo de esta especialidad se observará como se ejerce y que se debe respetar de manera precisa dentro del ejercicio de este.

Tal como el debido proceso, es una figura construida a lo largo de la historia, se revisará algunos de los antecedentes históricos, posteriormente se observará la legislación internacional y nacional y finalmente el desarrollo de éste en materia penal colombiana.

1.3.1 Antecedentes históricos y normativos del derecho a la defensa nacional e internacional.

El derecho a la defensa es practicado desde la antigüedad en Grecia, cuando en juicio se podía realizar la presentación de peritos. Seguidamente, en Roma con la figura del patronato se ejercía este derecho. A su vez, se distingue en el sentido amplio o material o en el estricto formal,

en donde el imputado puede efectuar actividades en aras de su defensa o realizarla por medio del profesional en derecho (Beltrán, 2008).

En el derecho natural, corriente filosófica que liberó a la humanidad del despotismo, reconociendo derechos por la naturaleza propia del ser humano y devolviendo de manera valiosa las libertades del hombre, mismas que también se veían afectadas cuando se enfrentaba a un proceso penal; así lo menciona Dra. Patricia Elizabeth en su trabajo de investigación al Jorge Eduardo Vásquez, autores como Locke, Diderot, D'Alembert, Holbach, Helveticus, Montesquieu y Rousseau, buscaron determinar previamente los delitos, eliminar la arbitrariedad de los jueces y la existencia de garantías en el proceso, desarrollando la humanización de la pena, ayudando a la aplicación y permanencia en el tiempo del derecho a la defensa.

Pasamos a Beccaria con su obra el "El tratado de los delitos y de las penas" con la humanización de las penas y las garantías en el proceso, se impulsaba al derecho a la defensa dentro del mismo, al plantar la posibilidad de justificar el actuar, dando el tiempo y medios necesario para lograrlo. Por otra parte, encontramos a Francisco Carrara, quien desarrolló el principio: *In dubio pro reo*, el cual es aplicado a la hora de realizar la ponderación para tomar una decisión en cuanto a la responsabilidad penal, pero que en sí, es un reconocimiento a la defensa, como derecho fundamental y original del hombre.

En contra posición a estas corrientes naturalistas, encontramos a los positivistas como César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, quienes veían al delincuente desde el punto de vista biológico, social o antropológico, con este análisis no se busca aplicación de garantías individuales, sino el respeto por las garantías sociales, lo que llevaba a "En lugar del clásico *indubio pro reo*, funciona el *indubio pro societate*" (Vázquez, 1996, pág. 48). Con lo anteriormente dicho, se expuso a grandes rasgos el pensamiento filosófico de las escuelas que dieron fundamento para el derecho a la defensa; En relación con los antecedentes normativos, la Carta Magna de 1215 en su artículo 39, establecía:

...ningún hombre libre sea detenido o apresado o confiscados sus bienes o desterrado o destruido en cualquier forma, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra. (parr. 4)

Seguimos con la Constitución de Estados Unidos de América y la Carta de los Derechos de 1787, la cual mediante la enmienda V, realizó la protección de la vida, libertad la propiedad privada y el debido proceso:

...tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización. (National Archives, 2019, pág. parr. 91).

El derecho a la defensa se entiende inmerso en lo que se denominó el “debido proceso legal”. En la revolución francesa, origen a la Declaración de Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789, no se dio una consagración como tal del derecho a la defensa, pero se establecieron garantías dentro del proceso para la privación de la libertad, lo que era una manera de poder defenderse cuando estas no se cumplían.

1.3.2 Derecho a la defensa: legislación nacional e internacional vigente.

El derecho a la defensa en la actualidad es reconocido por la normatividad de carácter internacional, se realiza el cuadro No. 2 denominado “Análisis del derecho a la defensa legislación nacional e internacional” (anexos), en donde se comparará como fue consagrado en los diferentes instrumentos internacionales que están ratificados en Colombia, la Constitución del 1991 y el actual Código Penal y de Procedimiento Penal, con el fin de analizar en contexto esta garantía fundamental.

Ahora bien, el derecho a la defensa es reconocido ampliamente por la legislación internacional y por la Constitución. A su vez, es suficientemente estudiada en la ley penal colombiana, su desarrollo normativo específico se encuentra en el acápite de las garantías fundamentales, el legislador las desarrolló de manera detallada en el Código, explicando todo lo relacionado con la defensa técnica en el **“Título IV. Partes E Intervinientes. Capítulo II Defensa”**, en el se establecen cuáles son las facultades en materia de investigación dentro de esta fase del proceso y lo hace en el **“Libro II. Técnicas De Indagación E Investigación De La Prueba Y Sistema Probatorio. Título I. La Indagación Y La Investigación”**, esto debido, en Colombia la defensa del indiciado, imputado o acusado, se le está permitido, al mismo nivel del ente acusador, establecer su teoría del caso y con ella realizar en derecho las acciones pertinentes para lograr los objetivos planteados en la misma.

Es de tanta relevancia esta garantía que el legislador en una primera oportunidad al establecer el nuevo sistema penal con tendencia acusatoria decidió detallar el qué, cómo, cuándo y en que nivel quedaba la defensa entendida en sus dos formas, la material (hecha por el sujeto vinculado al proceso), y la formal (la realizada por el profesional en derecho que asume la misma).

En cuanto a la ley 1826 del 2017, originaria del procedimiento abreviado, se observa que no se dio un desarrollo normativo de forma detallada, ya que esta ley modificó y adiciono la ley 904 del 2004, exclusivamente en relación con el trámite y no de manera directa a las garantías procesales que se deben observar en el mismo, establecidas en el procedimiento ordinario.

1.3.3 Defensa material y defensa técnica.

Encontramos que el derecho a la defensa, en la actualidad es un fragmento esencial del debido proceso, los cuales son reconocidos desde la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la ley, teniendo una distinción entre defensa técnica (aquella que haga el individuo vinculado) y defensa material (la realizada por un profesional del derecho) (Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2009). Concretado dicho discernimiento, el derecho a la defensa se torna más complejo, pues deja de ser visto cómo la oportunidad a defenderse y empieza a ser parte del sistema, así está estructurado hoy, el derecho a la defensa compone el sistema contradictorio, y

goza de igual relevancia que la fiscalía al momento de realizar el proceso penal; importancia que de acuerdo con la Corte Constitucional Sentencia C-025/09, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil cobija la toda actuación administrativa o judicial y radica:

... Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado. (parr. 1)

En lo relacionado con la defensa material encontramos que en la mencionada Sentencia C-025/09 de la Corte Constitucional, define la defensa material: "... la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado" (parr. 2), en Sentencia C-069/09 Magistrada Ponente: Dr. Clara Inés Vargas Herná, la cual recuerda la Sentencia C-152 DE 2004, MP. Jaime Araujo Reinteria, se recordó "La doctrina penal distingue entre la defensa material, que corresponde ejercer al sindicado mismo..." (parr. 40). En el mismo sentido la Corte suprema de justicia en su sala de casación penal, Sentencia No. 18517 de marzo 03 de 2004, Ponente: Alfredo Gómez Quintero, manifestó "Correspondiendo a aquel ejercicio que en forma directa y en pos de sus prerrogativas lleva a cabo quien está sujeto al poder punitivo del Estado"

La defensa material se entiende como el ejercicio que realiza la persona vinculada a un proceso, el cual puede ir desde la aceptación o no de los cargos, la presentación de elementos materiales probatorios o evidencia física que tenga o sepa en donde encontrarla, para con ella realizar la construcción de la teoría del caso. En el mismo sentido de desarrollo del derecho a la defensa se encuentra la defensa técnica, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-025/09, dijo:

... la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un profesional del derecho, científicamente preparado, conocedor de la ley aplicable y académicamente apto para el ejercicio de la abogacía. En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado,

denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública (parr. 2)

Y en la Sentencia C-069/09 Magistrada Ponente: Dr. Clara Inés Vargas Herná, la cual recuerda la Sentencia C-152 DE 2004, MP. Jaime Araujo Reinteria, preciso:

... y la defensa técnica o profesional, que puede ejercer en nombre de aquel un abogado legalmente autorizado para ejercer su profesión, en virtud de designación por parte del sindicado o en virtud de nombramiento oficioso por parte del funcionario judicial respectivo. (parr. 39)

Hasta aquí vemos que es pacífica y coherente la jurisprudencia constitucional en que debe ser un profesional del derecho quien ejerce la defensa técnica.

Karina Maria Nova y Maria Elena Dorado, nos traen las características que fueron dadas por la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Penal, Sentencia No. 16958 de septiembre 06 de 2007, Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, las cuales son: (i) Intangibilidad: el cual es irrenunciable y en caso de que no lo la persona deberá ser designado por el Estado. (ii) Material: no solo basta tener la asignación del abogado, sino que se necesita realizar los actos de gestión de la misma. (iii) permanencia: esta consiste en que se debe garantizar durante todo el trámite procesal, sin limitación alguna. (Arrieta & Maria Elena, 2010).

Las formas de aplicar el derecho a la defensa técnica en la litis, de acuerdo con Karina Maria Nova y Maria Elena Dorado, son: 1. Defensa directa: la cual el abogado la ejerce por medio de una prueba positiva y en con ella desarrolla sus argumentos. 2. Defensa indirecta: no se aporta ningún nuevo elemento dentro del proceso, pero se busca restar valor o validez a los ya existentes. 3. Defensa por excepciones: es el cuestionamiento que realiza el togado a la acción, actos o personas que actúan en la investigación o juicio. 4. Defensa pasiva o silenciosa: es donde

tanto defensa material como defensa técnica guardan silencio, amparados en los principios de presunción de inocencia o no autoincriminación (Arrieta & Maria Elena, 2010).

Se entiende que todas las garantías fundamentales que conforma la aplicación del derecho penal son importantes, pero la libertad es uno de los más relevantes, ya que es el que se restringe con el empleo del mismo, por lo que se necesita ser tratado con el respeto del debido proceso como protección transversal dentro del proceso que lleva consigo el derecho a la defensa. En la teoría del garantismo del profesor Ferragali, se encuentra que esta se debe desarrollar en Estados constitucionales, ya que exige un constitucionalismo fuerte, en donde este prime sobre el querer y poder de las ramas del Estado. Es el caso que nos ocupa en este primer capítulo, vemos los tres derechos fundamentales en que gira la investigación están consagrados en la Constitución y que se da un desarrollo legal.

El derecho a la libertad, dentro de la teoría del garantismo se encuentra ubicado de la categoría de los derechos fundamentales, al igual que el debido proceso y el derecho a la defensa, haciendo parte de las garantías primarias que nos menciona Ferragali. Pero igualmente encontramos las garantías secundarias, que tiene que ver con el procedimiento y en esta también se puede enmarcar el debido proceso y el derecho a la defensa.

Lo anterior se debe a que en Colombia tienen el grado de derecho fundamental, pero paralelamente posee la jerarquía de garantías, así instituidas en principio por la Asamblea Constituyente y entendido por el legislador, cuando le dio el desarrollo legal. En relación con la restricción de la libertad el cual tiene una protección especial armonizada con la teoría del garantismo encontramos que las garantías primarias y secundarias no se excluyen, por el contrario, se complementan, esto en aras que no se busca tener el derecho o garantía dentro del proceso, sino que la misión final es la materialidad del mismo.

CAPÍTULO 2. CAPTURA EN FLAGRANCIA: PROCEDIMIENTO DE LA LEY 906 DE 2004 Y LEY 1826 DE 2017

En Colombia la captura en flagrancia se enmarca como una de las figuras jurídicas que revisten de legalidad la privación de la libertad, sin embargo, dentro del proceso judicial, éste goza de garantías constitucionales y legales de carácter especial, las cuales serán estudiadas en las líneas siguientes.

2.1 Captura en flagrancia y sus clases

Iniciaremos con la aproximación etimológica de palabra flagrancia, que proviene del latín “*Flagrans-Flagrantis*”, el cual deriva del verbo “*flagar*”; de acuerdo con la Real Academia Española su significado es: “*arde o resplandecer como el fuego*” (Real Academia Española, 2014), es decir, el acto es percibido por los sentidos de manera inmediata en que sucede, en el marco jurídico-penal, la conducta desplegada que constituye delito, es vista de modo evidente y clara.

La flagrancia no sólo es conocida desde nuestra época o de la edad media, esta figura se da a partir del Código Laico de Hammurabi en el siglo XVII a.c, como lo referencia el trabajo de investigación titulado “*La flagrancia en los nuevos proceso penal*”, publicado por la Universidad de San Martín de Porres de Lima, según este documento la ley Hammurabi imponía detención inmediata, cuando se cometía el delito en flagrancia. Siguiendo la misma línea, el Código de Manú, conocido en la India, desarrolló varios puntos referentes a la vida en sociedad, entre ellos se encontró las sanciones a imponer que tenía relación directa con la flagrancia “... debemos tener en cuenta que las penas se presentan ante la flagrancia del delito” (Arcibia, y otros, 2011).

Como lo señala Angela Castellanos Baraja, el concepto de flagrancia, lo han definido muchos autores, entre ellos referencia a Carnelutti, quien expresó: “no es un modelo de delito en sí sino del delito respecto a una persona; y por eso, una cualidad absolutamente relativa; el delito puede ser flagrante respecto de Ticio y no flagrante respecto de Cayo” (Castellanos, 2016, pág. 14)

A su vez, expresa Queralt “... flagrante es el delito que se comete actualmente..” (Castellanos, 2016, pág. 14). De igual manera, trae a colación los conceptos de doctrina en Latinoamérica, enlista a Sánchez Valverde, el cual aporta su definición en los siguientes términos:

hecho vivo y palpable cuya realidad se impone claramente y subsiste ante los ojos del observador y para que esto sucede es necesario que el delito dure o no haya concluido en el momento en que se descubre, es decir que el sorprendimiento se de en la misma ejecución para hablar de flagrancia en estricto sentido (Castellanos, 2016, pág. 15)

En el ordenamiento colombiano la flagrancia como institución jurídica, tiene sus inicios con la historia de desarrollo normativo en materia penal, para efectos de estudio será analizada desde la Constitución de 1986, en el artículo 24 de esta norma se estableció:

Artículo 24.- El delincuente cogido in fraganti, podrá ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquiera persona. Si los agentes de la autoridad los persiguieren, y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión; y si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al dueño o morador. (parr. 7)

Por su parte, la Constitución de 1991 desarrolla la flagrancia en el artículo 32, así:

ARTICULO 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador. (parr. 4)

En cumplimiento con su función constitucional, la Corte Constitucional desde el año 1994, comienza a establecer el desarrollo jurisprudencial de esta figura, la primera la sentencia en abordar el estudio interpretativo de la flagrancia se conoce como, C-024 DE 1994 M.P Alejandro Martínez Caballero, en ella se precisó el concepto de captura en flagrancia, así:

En términos generales, el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible (...). (parr. 205)

En esta misma sentencia se afirma que se necesitan dos requisitos fundamentales para la construcción del concepto de flagrancia: actualidad e identificación. El primero se refiere al momento de la realización del delito y el segundo, a la persona como posible autora. En el 2005 la Corte Constitucional afirmó la inmediatez como requisito indispensable para hablar de flagrancia, mediante la sentencia C-237 arguyó:

La posibilidad de captura sin el cumplimiento de la reserva judicial no puede ir desvinculada de la flagrancia. En este orden de ideas, debe afirmarse que la flagrancia trae consigo la captura inmediata y ante la ausencia de ésta no es acertado hablar de flagrancia. (parr. 3)

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional mediante la sentencia C - 303 del 2019, revistió una vez más el requisito de inmediatez como indispensable en la figura que se estudia, en un aparte se lee:

La flagrancia se convierte pues, en una excepción necesaria, oportuna y eficiente para perseguir e imponer responsabilidad a quien ha cometido un delito, a través de su captura que puede hacer cualquiera, el particular y la autoridad pública, pero que para proteger la libertad personal y la garantía de reserva de la primera palabra, debe llevar siempre a someter en el menor tiempo posible, al fiscal la valoración de esta aprehensión de la persona y en su caso, al juez de control de garantías. (parr. 2)

2.1.1 Clases de flagrancia.

El desarrollo normativo conjugado con los avances tecnológicos ha llevado a que de manera paulatina se esté construyendo y mejorando el concepto y los alcances de figuras jurídicas, entre ellas la de objeto de esta investigación. Dicho esto, se observará lo establecido en Ley 600 del 2000 y Ley 906 de 2004, cuyas normativas en los artículos 345 y artículo 301, respectivamente, se da la creación a las diferentes clases de flagrancia:

2.1.1.1 Flagrancia en estricto sentido.

Tal como se mencionó en el aparte anterior, en término de Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2002, la flagrancia conocida en estricto sentido está redactada de la misma manera y se ubica en el numeral primero de ambas normativas, al tenor dice: “La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible.”. La Corte Constitucional mediante sentencia C - 239 del 2012, expresó: “... se ha denominado “flagrancia en sentido estricto”, cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito...”, a su vez, en la sentencia C-303/19 expresa: “[L]a flagrancia no se limita a aquella hipótesis en la que (i) la persona es aprehendida en el momento mismo en el que se encuentra cometiendo la conducta -flagrancia en sentido estricto”

Se resalta el hecho que la acción de sorprender la puede realizar cualquier persona, e incluso ejecutar la aprehensión del presunto autor para dejarlo a disposición de las autoridades y seguir con el procedimiento que establece la ley.

2.1.1.2 La cuasiflagrancia

A la luz de la Ley 600 de 2000, la cuasiflagrancia se encuentra definida en el numeral 2 del artículo que hemos citado anteriormente, dice la norma: “La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.” Por su parte, la Ley 906 de 2004 establece: “La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.”

En relación a esta clase de flagrancia, la postura del tribunal constitucional esbozadas en las sentencias arriba indicadas, puntualiza "... el segundo supuesto, el de la "cuasiflagrancia" cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho...", acto seguido, la sentencia C-303/19 estableció:

(ii) cuando es aprehendida inmediatamente después de la conducta, pero como resultado de una persecución, de un señalamiento de un hecho que acaba inmediatamente de ocurrir o de la utilización de medios de videovigilancia y la persona es aprehendida inmediatamente después -flagrancia extendida. (parr. 7)

2.1.1.3 Flagrancia inferida

Con ocasión al uso de los avances tecnológicos, se hizo expansivo los alcances de la figura de la flagrancia. Construyendo un concepto de flagrancia inferida, la cual cimienta la acción de sorprendimiento y observancia de la persona al momento de cometer el ilícito, no de manera directa, sino por medio de videos o por ser encontrada con objetos, de los cuales se pueda inferir la participación en la comisión del delito o son propios de los mismos.

En la Ley 600 de 2000, solo se incluyó el numeral 3 que decía "Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella", excluyendo las imágenes aportadas por los desarrollos tecnológicos. Sin embargo, bajo los preceptos de la Ley 906 de 2004, en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 301 del C.P.P, se amplió en sentido de la flagrancia inferida normado lo siguiente:

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.

4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

Por lo anterior, la Corte Constitucional mediante la sentencia C - 303 del 2019, la enmarcó de la siguiente manera “... igualmente (iii) cuando es capturada con objetos o instrumentos o en el vehículo utilizado para huir, a partir de los cuales es posible inferir razonablemente que acaba de realizar la conducta punible -flagrancia inferida por las cosas” (parr. 7)

2.2 Captura en flagrancia en la ley 906 de 2004 y 1826 de 2017

Del mismo modo que se ha mencionado, la captura en flagrancia es uno de los mecanismos amparados en el principio de legalidad, para realizar la aprehensión física de una persona, cuando de la realización de su conducta, la autoridad judicial infiere que reviste la característica de delito; la Ley 906 del 2004 se configura como marco normativo de ésta institución, y a su vez, con la expedición de la Ley 1826 de 2017, la flagrancia fue regulada de manera indirecta de acuerdo con la situación que se presente dentro del procedimiento; dicho esto, y habiendo dos normativas vigentes en el ordenamiento penal, se hace uso de la integración de las normas en conjunto con el Código Penal a fin de lograr la aplicación de ellas, así lo dejó contemplado el legislador en el artículo 11 de Ley 1826 de 2017, que adicionó el artículo 535 de la Ley 906: “Integración. En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por el procedimiento descrito en este título, se aplicará lo dispuesto por este código y el Código Penal”.

De manera que, todos los delitos que se pueden tramitar por el procedimiento abreviado seguirá las reglas de la captura en flagrancia dadas en la ley 906 del 2004 en lo que no esté regulado con esta nueva legislación, tal como quedó estipulado en el artículo 10 de la Ley 1826 de

2017, el cual agregó el artículo 534 de la ley 906, al tiempo, da el ámbito de aplicación y en el numeral 2 enlista los delitos que se llevarán por este proceso y en su párrafo, tal como se dejó expresado por parte del legislador: “Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo”.

De acuerdo al Manual de Procedimiento Penal Abreviado, frente a un caso en donde la captura haya sido en flagrancia la Fiscalía General de la Nación, existen tres formas de actuar, se estudiará cada una en ambas legislaciones, con el fin de comprender la dinámica y se mirará como es el manejo en cada una de ellas de cara a los diferentes roles: fiscal, defensa y participación del juez de control de garantías.

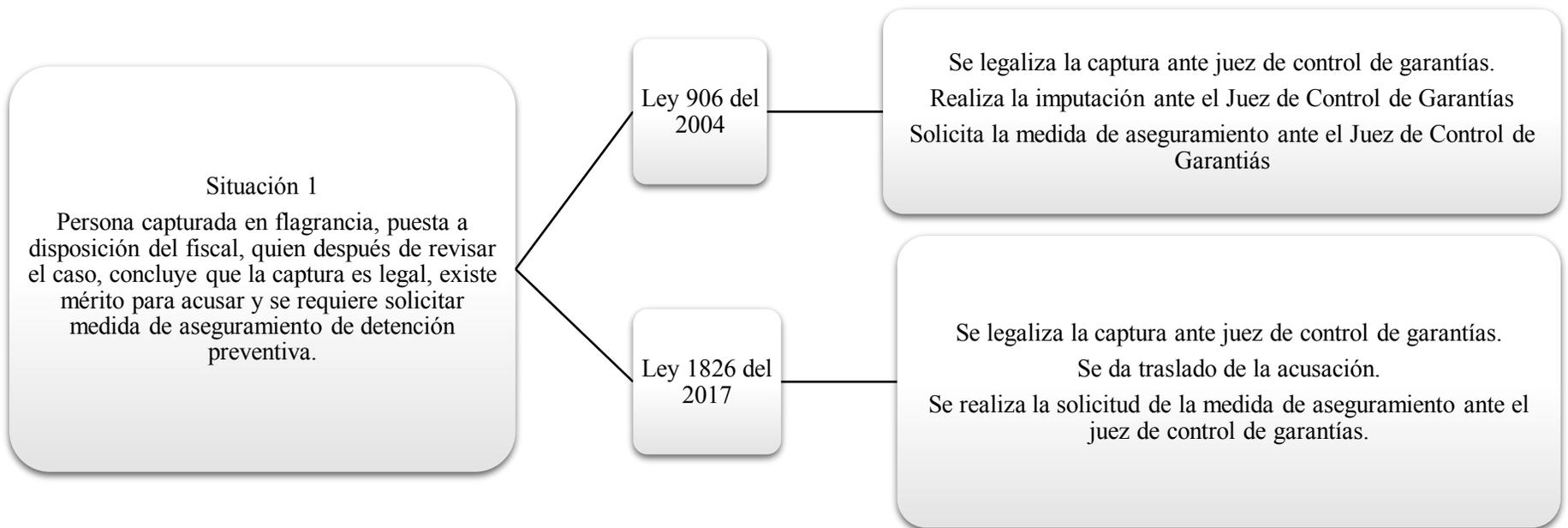


Diagrama No. 1. Situación 1 de captura en flagrancia (Fiscalía)
Elaboración: Propia
Fuente: Manual Nuevo Procedimiento Penal Abreviado y Acusador Privado

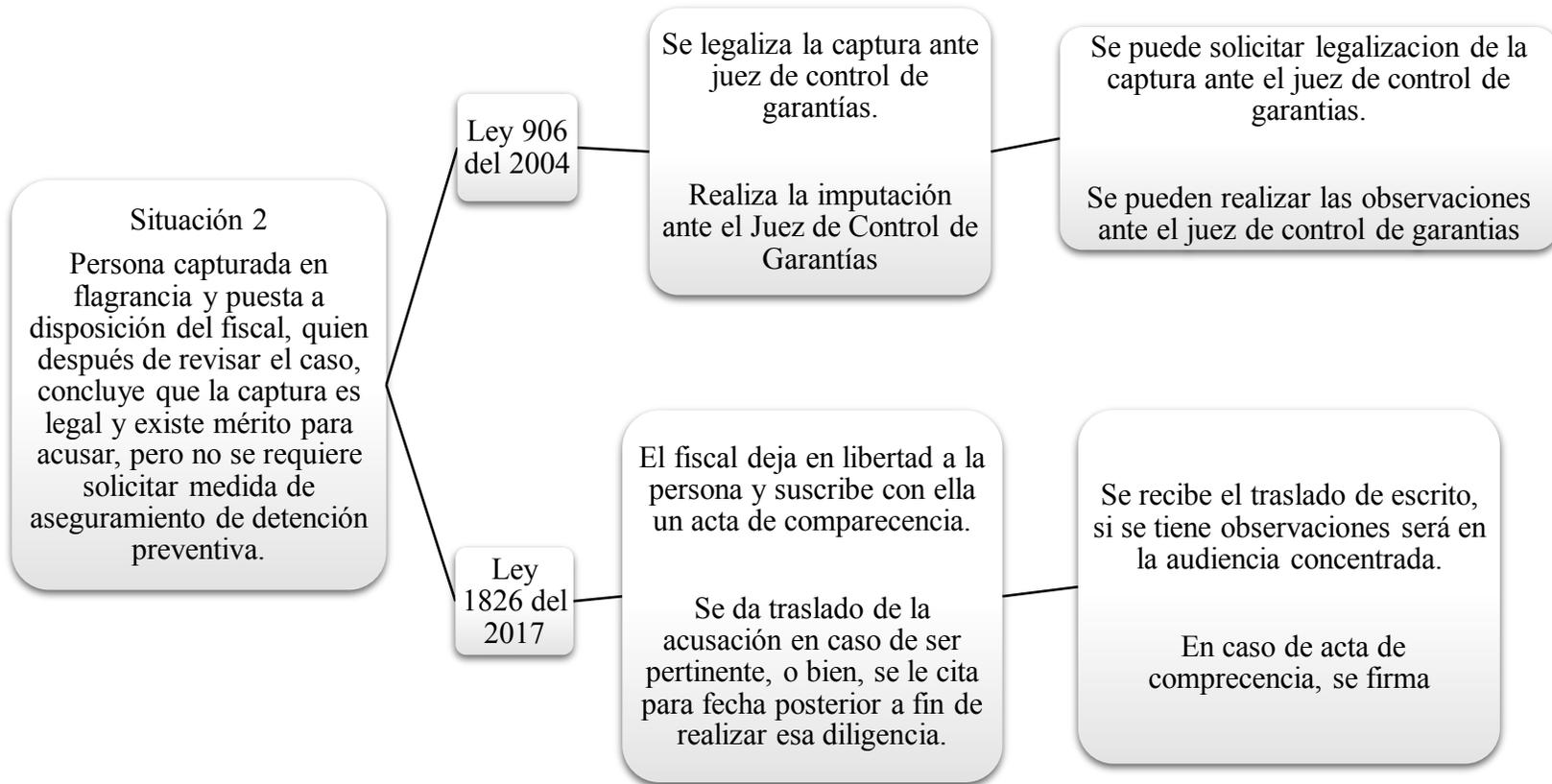


Diagrama No. 6. Situación 2 de captura en flagrancia (Defensa)
Fuente: Manual nuevo procedimiento penal abreviado y acusador privado
Elaboración: propia

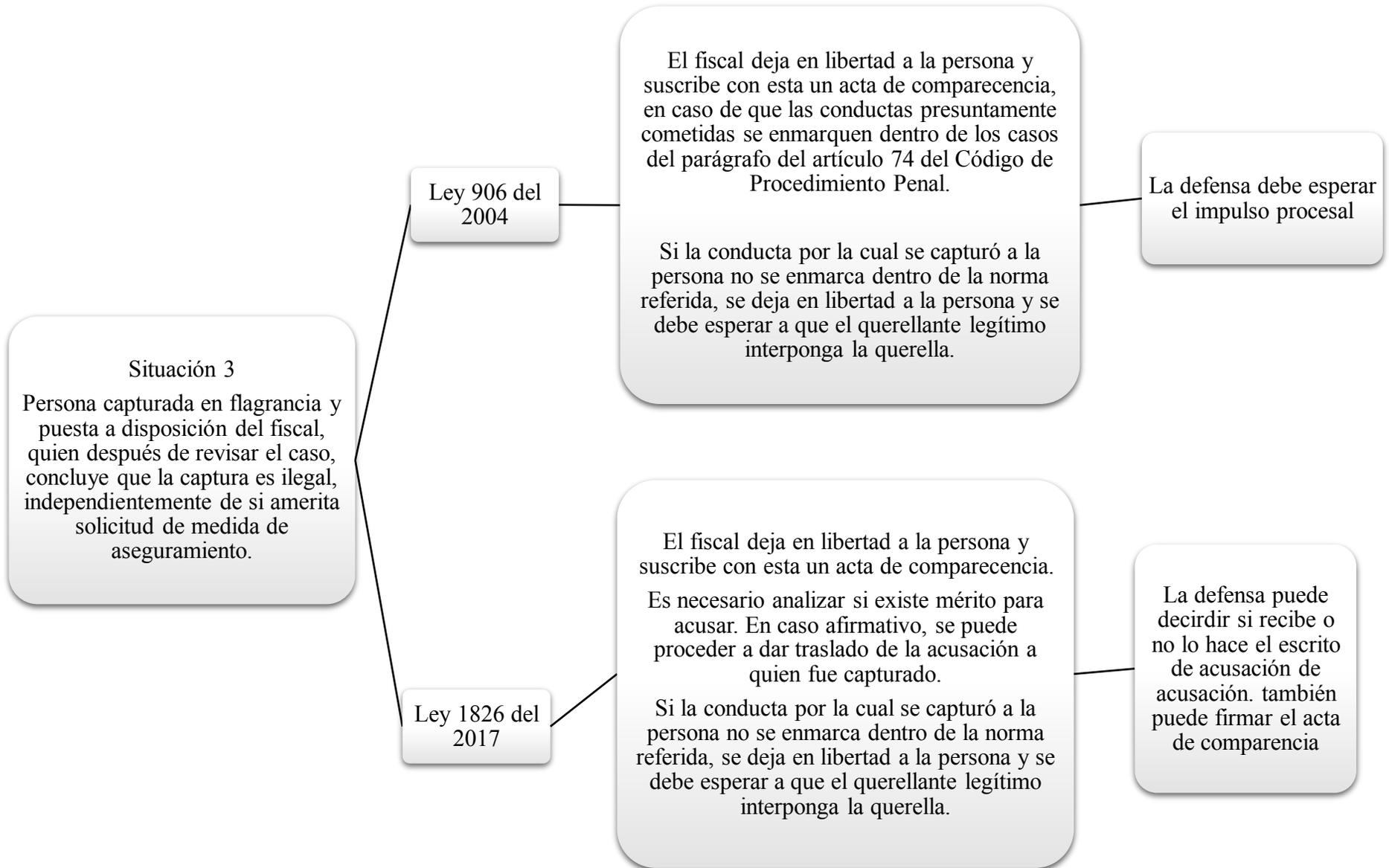


Diagrama No. 7. Situación 3 de captura en flagrancia (Defensa)
Fuente: Manual nuevo procedimiento penal abreviado y acusador privado
Elaboración: propia

Vistos los tres escenarios, aunados al actuar de la Fiscalía en cada uno de ellos, la primera deducción a la que arribamos consiste en que el fiscal a quien por reparto le competiese el conocimiento del caso, es el primero en verificar la legalidad de la captura y hacer valer los derechos y garantías, al tiempo, es el responsable de proceder como en derecho corresponda. Puntualmente, esta conclusión se ve ejemplificada de mayor manera en la Situación 3, donde el fiscal una vez verifique los presupuestos legales y constitucionales sobre el procedimiento de la persona capturada, de observar alguna ilegalidad en la misma, debe dar la libertad inmediata, respetando con ello el debido proceso, sin que esto signifique la terminación o la renuncia por parte el ente acusador a la persecución penal.

Respecto a la Situación 1, donde sólo se hace la verificación del procedimiento de captura en flagrancia y de cumplirse con los requisitos para la solicitud de imposición de medida de aseguramiento de cualquier índole, el fiscal deberá acudir ante el juez de control de garantías para verificar el procedimiento de captura en flagrancia, realizar la vinculación al proceso y posteriormente, realizar la solicitud de medida de aseguramiento. Lo que en resumen significa que, es el juez el encargado de realizar el control de la legalidad de captura, se esté frente al procedimiento ordinario o al abreviado. Empero, la novedad adicionada por la ley 1826 de 2017, se encuentra en la forma de vinculación al proceso, pues en el procedimiento ordinario, éste se realiza mediante la audiencia de imputación, mientras que en el procedimiento abreviado, la vinculación se hace por medio del traslado de escrito de acusación, el cual se puede realizar en presencia o ausencia del juez de control de garantías, por ser un acto de las partes, donde los protagonistas son el delegado de la fiscalía, acusado, defensa y, sí es su deseo participar, la víctima o su representante.

Frente a la Situación 2, donde no se requiere imposición de medida de aseguramiento, sino solo se hace vinculación al proceso, el procedimiento abreviado establece que la fiscalía no acude ante el juez de control de garantías. Dicho esto, a partir de este escenario, surgen los interrogantes acerca del respeto y garantía por los derechos fundamentales de las personas capturadas en flagrancia, ya que como se mencionó, recae sobre el fiscal ejecutar el paso a paso de la verificación y legalización de la captura, así también realizar la vinculación al proceso por

medio del traslado de escrito de acusación; aspecto que de manera indirecta reviste de funciones jurisdiccionales al fiscal de conocimiento, desnaturalizando, el rol del juez de control de garantías, figura designada en el ordenamiento penal para verificar la legalidad de las actuaciones; en los apartes siguientes se ahondara en esta posición.

2.2.1 Requisitos que se verifican en el procedimiento de captura en flagrancia.

Dentro del procedimiento de captura en flagrancia se deben verificar los artículos 301, 302 y 303 C.P.P, al inicio de este capítulo se estudió el artículo 301 C.P.P, la flagrancia y sus clases; aplicando la normatividad el fiscal debe especificar en cada caso en particular el tipo de flagrancia que se configura; en tal sentido, no se profundizará más de lo que anteriormente fue dicho.

El segundo punto a estudiar, es la línea del tiempo que ha transcurrido en el marco de ejecución del procedimiento de captura en flagrancia, es decir, desde el momento en que es aprehendido el individuo hasta cuando se define la situación jurídica del mismo, tal como lo contempla el artículo 302 C.P.P.; respecto de la aprehensión, ésta puede ser realizada por cualquier persona o la autoridad competente, elevando la importancia del elemento de inmediatez o el término de la distancia, al tenor la norma precisa:

Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

La inmediatez se debe dar desde el momento en que la persona es aprehendida físicamente, hasta cuando se deja a disposición de la fiscalía; su término de 36 horas es

perentorio, es decir, dentro de este tiempo el individuo deberá ser puesto frente al juez de control de garantías o hacerle el traslado de escrito de acusación, conforme la actuación se esté desarrollando en el marco de la ley 906 de 2004 o ley 1826 de 2017, respectivamente.

Precisamente la última normativa citada referente a la inmediatez establece:

“La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, **ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión** y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público”
(Subrayado por fuera del texto original)

Finalmente, en el marco de estudio de la legalidad de la captura, el artículo 303 de C.P.P merece una posición de importancia, con él se consagra los derechos como persona capturada, los cuales no sólo se deben dar a conocer al individuo que es aprehendida, sino que se necesitan materializar también con inmediatez, estos cuatro numerales son:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.
3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa. (Subrayado por fuera del texto original)

Como se ha observado el derecho a la defensa se activa desde el mismo momento en que la persona es aprehendida, aún sin haberla dejado a disposición de la Fiscalía o ante un juez, esto en respeto y garantía del debido proceso consagrado en la Constitución.

En armonía con el objeto de esta investigación, y en concordancia con lo dicho hasta ahora, se revisará las estadísticas que reportan Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación en relación con las capturas en flagrancias, para cumplimiento de este fin se oficiaron a ambas entidades, con el propósito de verificar y contrastar los datos obtenidos.

El Consejo Superior de la Judicatura a través de oficio UDAE021-899, reportó lo concerniente a la ley 1826 del 2017, se tiene estadísticas a nivel nacional a partir del año 2020, por ello sólo se evaluarán la información de este lapso de tiempo. Así mismo, por medio del radicado UDAE022-497, se comunicó por la misma entidad los datos correspondientes a las legalizaciones de captura que se realizaron a través de la ley 906 de 2004 y en aplicación de la ley 1826 de 2017. A su vez, la Fiscalía General de la Nación mediante radicado No. 20219430003531 de fecha 30 de agosto de 2021, informó las órdenes de libertades autorizadas por el juez en la ley 906 y en la ley 1826 para el periodo 2020.

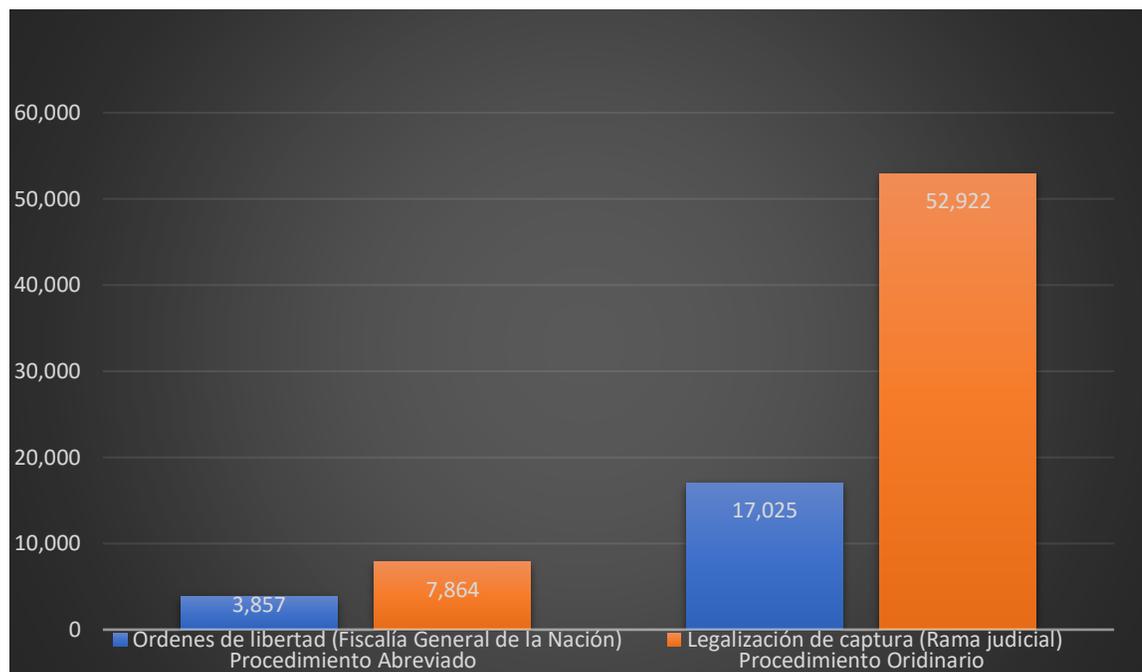


Tabla No. 1 Estadísticas de órdenes de libertad Ley 906 de 2004 y Ley 1826 de 2017. Fuente: Estadísticas de Rama judicial y Fiscalía General de la Nación. Elaboración: propia

Teniendo en cuenta que los sistemas de información no tienen exactitud del porqué de las libertades, se puede realizar ciertos análisis de las estadísticas proporcionadas. Respecto de la Ley 1826 del 2017, las órdenes de libertad que se otorgaron fueron de 3.857, frente a las solicitudes de legalización de captura que fueron de 7.864, es decir, que solo el 51% de las solicitudes la libertad no fueron concedidas y se continuó con el proceso, frente al 49% de las mismas solicitudes en donde la libertad fue otorgada. Ahora, en relación con la legalización de captura en la Ley 906 de 2004 se dieron 17.025 órdenes de libertades de las 52.922 solicitudes que se realizaron, es decir que en 35.897 no fue otorgada la libertad, lo que corresponde al 67.8%, frente al 32.2% donde esta fue otorgada.

Dentro de estas estadísticas no se registran cuantas ilegalidades u órdenes de libertad fueron realizadas, solo se informó el total de traslados de escrito de acusación que fue de 14.266, en donde no se tuvo la participación de los jueces de control de garantías, incluyendo los casos de captura en flagrancia y no se realizó ningún estudio de legalidad de procedimientos propios. Ya

que los sistemas de información de ambas entidades consultadas no establecen la forma de vinculación al proceso, es decir, no realizan diferencia si se realizó por captura en flagrancia, orden judicial o por presentación del indiciado, no sabemos con exactitud, cuantos procesos se realizaron por captura en flagrancia, en el cual ente acusador ejerció las funciones jurisdiccionales al declarar captura legales sin el juez natural.

De lo anterior, surgen algunas preguntas: ¿Se desnaturaliza la figura del juez de control de garantías con la Ley 1826 de 2017?; ¿Existe violación de derechos fundamentales con aplicación de la Ley 1826 de 2017, como el derecho a la defensa y el debido proceso, al ser solo obligatorio para la fiscalía llevar a la persona capturada ante el juez sí requiere la imposición de una medida de aseguramiento?; ¿En caso de que la defensa considere que el procedimiento de captura es ilegal, puede solicitar audiencia de control de legalidad ante juez de control de garantía, dentro de esas 36 horas?

2.3 El debido proceso y el ejercicio de la defensa en el procedimiento de captura en flagrancia.

Analizado lo anterior, se estudiará cómo se ejerce el debido proceso y el derecho a la defensa dentro del procedimiento de captura en flagrancia en ambos procedimientos, esto en búsqueda de verificar si se materializan en debida forma los derechos fundamentales en estudio. En relación con el debido proceso, este se configura como piedra angular de las actuaciones administrativas y judiciales del Estado; por lo tanto es un derecho y una garantía en el proceso penal, desprendiéndose entre otros el derecho a la defensa, con el fin último de materializar en sí mismo el debido proceso.

En lo referente con el derecho a la defensa, del mismo modo que la fiscalía se puede enfrentar a ciertas situaciones y dispone un protocolo para proceder, de igual forma la defensa tiene la posibilidad de hacerlo dentro del proceso penal; tal como se observó en el capítulo primero y lo manifestado por Karina María Nova y María Elena Dorado, existe tres maneras de ejercer la defensa, por lo que se verá en cada posible situación a la que se puede ser abocada, y se verán las posibles acciones de la misma de manera directa o indirecta, teniendo en cuenta lo estudiado por los artículos 301, 302, 303 C.P.P.

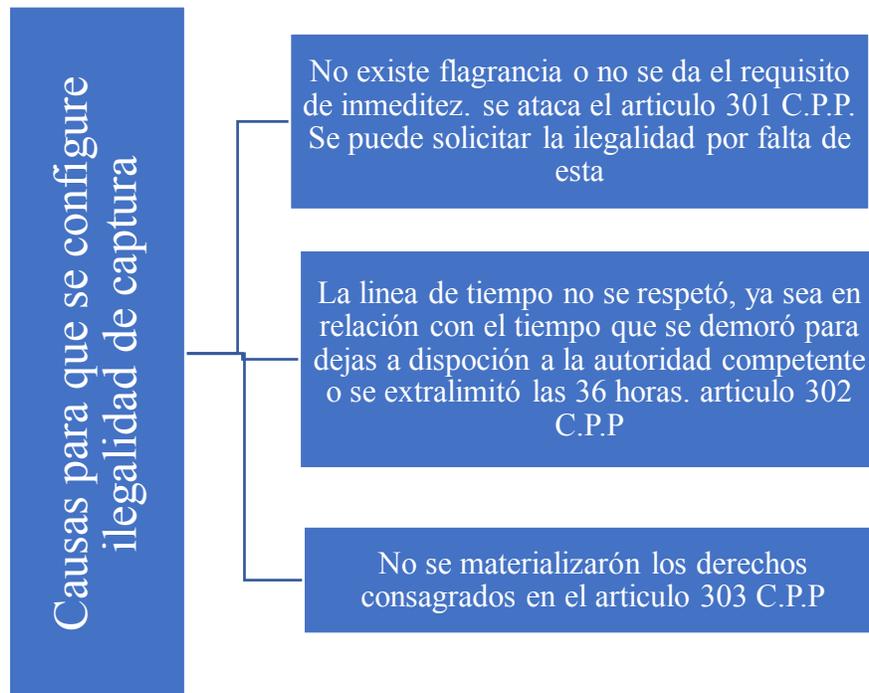


Diagrama No. 4. Situaciones de ilegalidad de captura
 Fuente: Código de Procedimiento Penal
 Elaboración propia

Las causas arriba mencionadas se pueden presentar una o varias a la vez, cualquiera que se configure es causal suficiente para que se decrete la ilegalidad de la captura, las mismas pueden ser detectadas por la defensa, fiscalía o el juez. De acuerdo con lo establecido en el Manual de Procedimiento Penal Abreviado, se dan tres posibles actuantes de la Fiscalía. Iniciando con la Situación 3 que vimos, en ella se explicó que el fiscal al detectar alguna ilegalidad puede dar la libertad de manera inmediata; en la Situación 1 dentro del procedimiento ordinario o abreviado, se acudirá al juez de control de garantía con el fin de legalizar, vincular al proceso por medio de traslado de escrito de acusación o imputación y solicitar medida de aseguramiento, por lo que en ambos procedimientos se hará el estudio de legalidad del procedimiento de captura.

Por su parte, en la Situación 2 si nos ubicamos en el escenario del procedimiento ordinario, sería de igual forma el juez de control de garantías quien haga el control de legalidad y vincule al proceso, en contraste con el escenario del procedimiento abreviado, el fiscal es aquel

que realizará el control de legalidad y hará la vinculación al proceso por medio del traslado de escrito de acusación y es aquí en donde surge la preguntas respecto de éste modelo: ¿Ante quién alega la ilegalidad de la captura la defensa?; ¿Puede solicitar audiencia preliminar control de legalización de captura, para que la misma sea verificada por el juez de control de garantías? ¿Tiene otra etapa procesal la defensa para alegar la ilegalidad de la captura?

Volviendo a las situaciones donde la defensa actúa en ecuanimidad que la fiscalía, en el marco del proceso penal se puede ejercer una defensa directa; en armonía con el principio de igualdad de armas, la defensa técnica aportar elementos materiales probatorios o evidencia física en las mismas condiciones que lo hace la fiscalía, con el fin de desvirtuar la existencia de la flagrancia, sea por inconsistencias en la línea de tiempo o por la no materialización de los derechos que proclama el artículo 303 C.P.P.

Igualmente, la defensa técnica puede ser indirecta, esta se realiza desvirtuando los elementos materiales probatorios y evidencia física que la fiscalía aporta para el avance del proceso, las acciones encaminadas consisten en advertir inconsistencias, falta de requisitos legales dentro de los mismos o violación al debido proceso que se observe.

Por consiguiente y volviendo a los caminos que la Fiscalía posee para actuar, se observa que en la situación 2 dirigida en el procedimiento abreviado, donde sólo se verifica la legalidad o ilegalidad de la captura por parte de la fiscalía y posteriormente se realiza la vinculación al proceso penal, no se puede accionar el derecho a la defensa, ya que el no estar frente a un juez de control de garantías, el principio de contradicción no se puede ejercer. Solo se podría solicitar audiencia inmediata de control de legalidad, pero se tiene en contra la disponibilidad del fiscal, el tiempo que tome en los actos urgentes del término perentorio de 36 horas, sin contar que no es obligación de la defensa acudir ante el aparato jurisdiccional para legalizar un procedimiento que debe ser reglamentado por el Estado, en el ejercicio correcto de *Ius Puniendi*.

Por otro lado, se puede establecer que el derecho a la defensa se ejerce de manera parcial en los procesos dirigidos por el procedimiento abreviado, en tal sentido en los casos de captura en

flagrancia no existe una aplicación absoluta del derecho al debido proceso, como también se desnaturaliza la figura del juez de control de garantías, juez natural normado para conocer el control de legalidad de los casos de privación de la libertad, en cualquiera de sus dos modalidades, sea por orden judicial o por captura en flagrancia.

A continuación se observará las situaciones descritas en líneas arriba, adicionando el actuar de la defensa en cada caso:

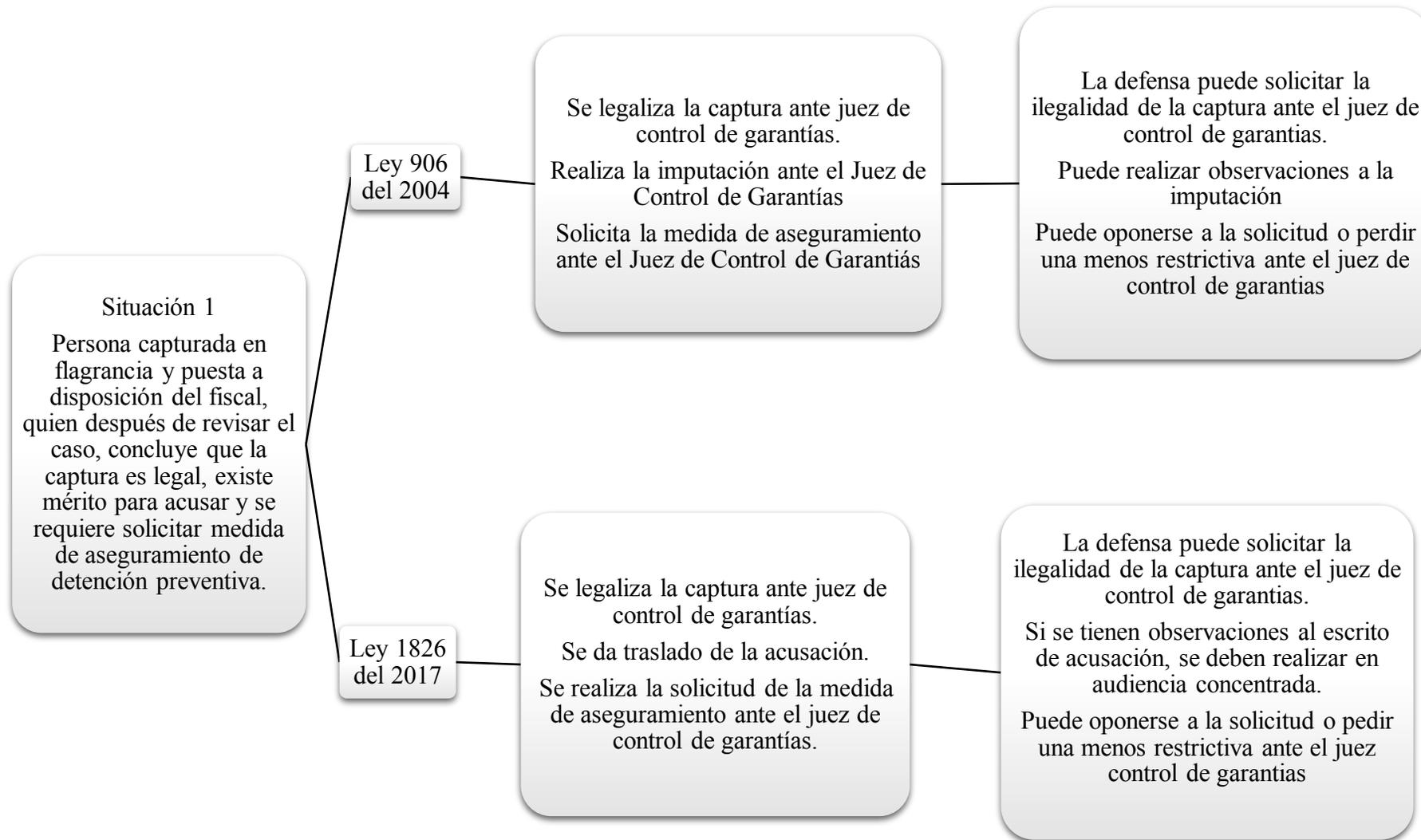


Diagrama No. 5. Situación 1 de captura en flagrancia (Defensa)
Fuente: Manual nuevo procedimiento penal abreviado y acusador privado
Elaboración: propia

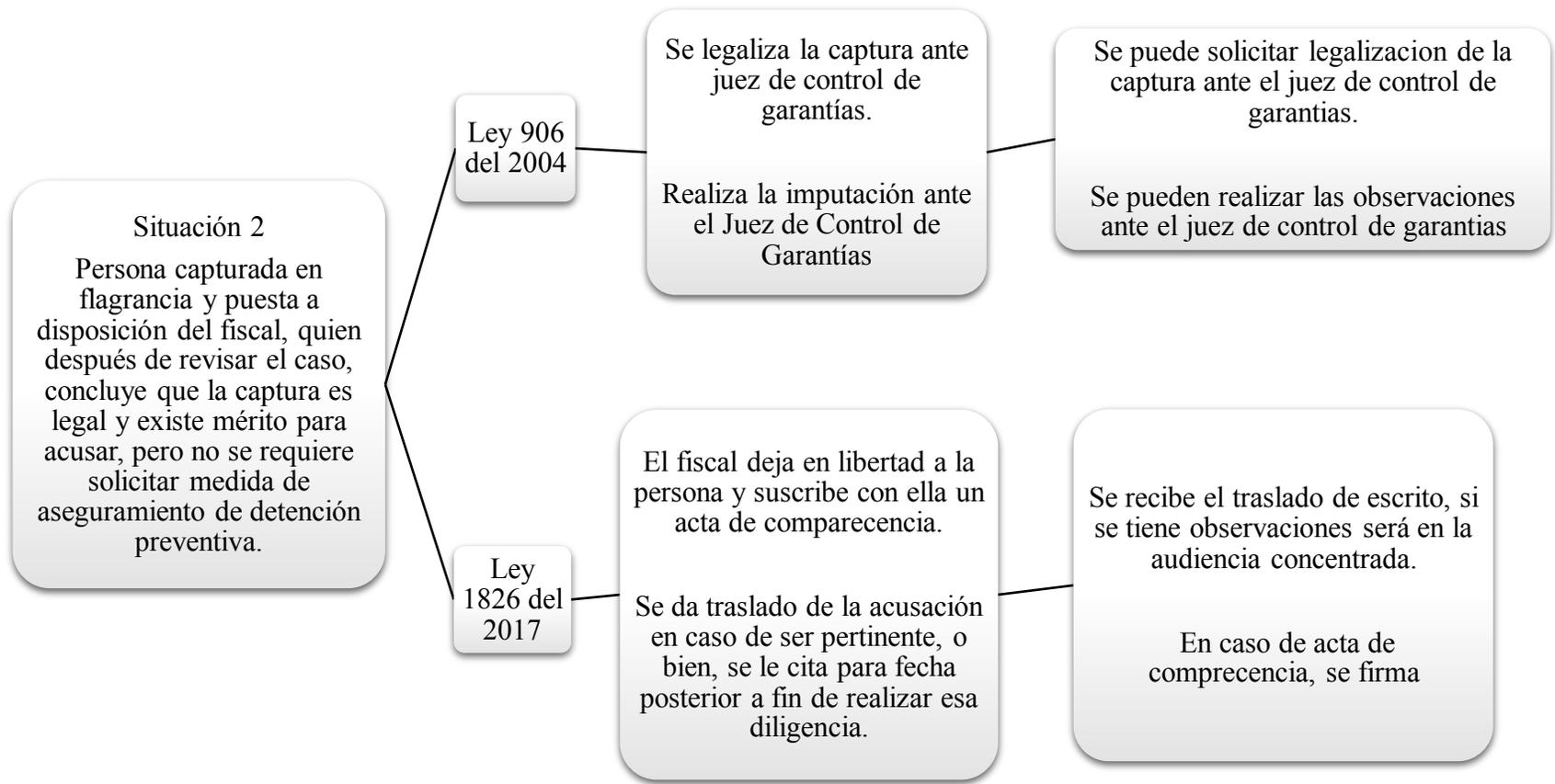
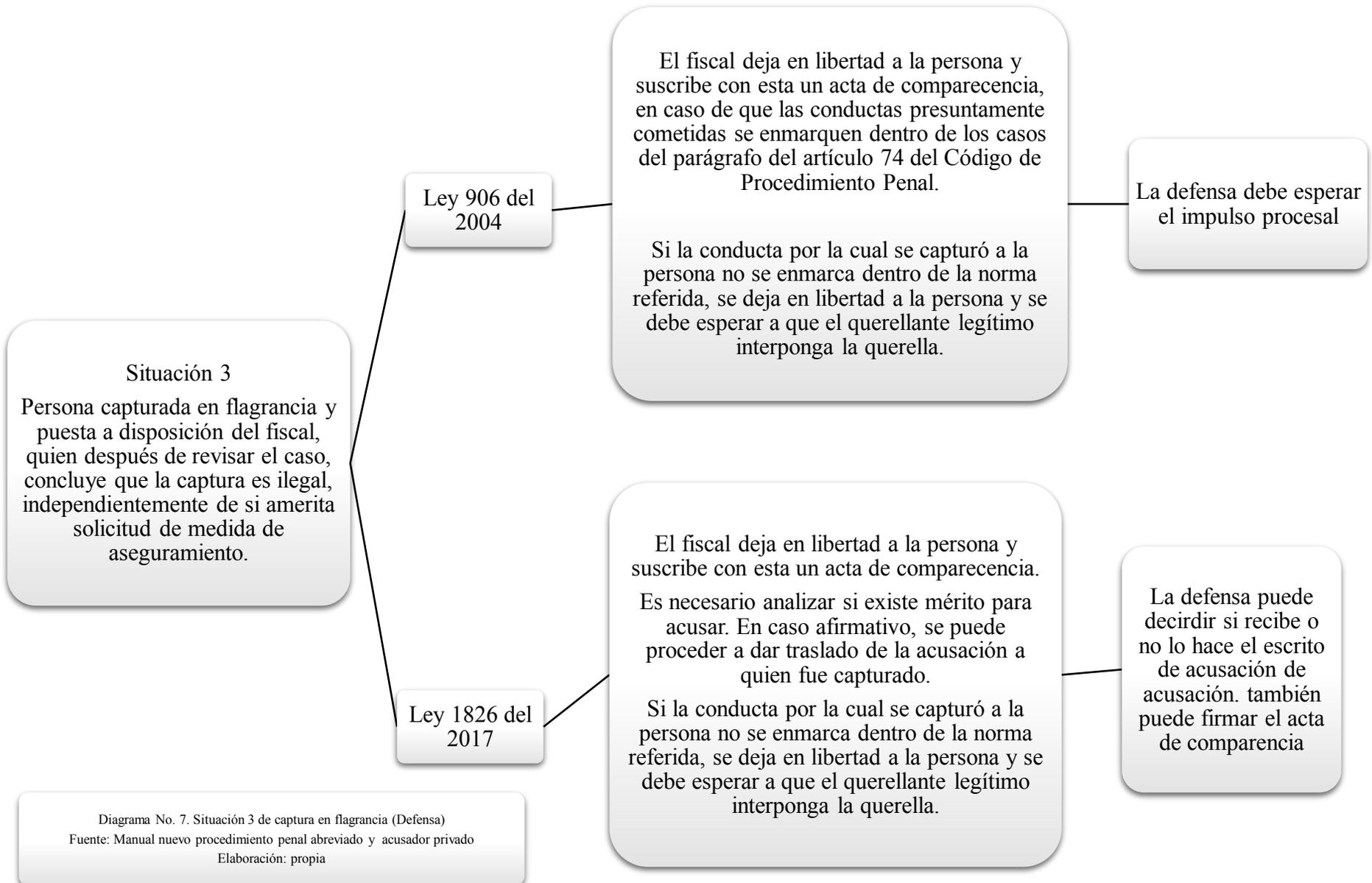


Diagrama No. 6. Situación 2 de captura en flagrancia (Defensa)
Fuente: Manual nuevo procedimiento penal abreviado y acusador privado
Elaboración: propia



Tal como lo sustenta el profesor Ferrajoli, las garantías primarias: normas sustanciales, deben estar acompañadas de las garantías secundarias: normas procedimentales, ya que juntas logran un derecho penal mínimo. En relación con esto, se observa en la Situación 2, al actuar en el marco del procedimiento abreviado, la fiscalía al considerar una vinculación al proceso penal sin la necesidad de una solicitud de imposición de medida de aseguramiento, se le facultó para resolver sobre el control de legalidad del procedimiento de captura en flagrancia, para poder continuar con la actuación.

Con lo anterior, se le impuso ejercer un control jurisdiccional al ente acusador, lo cual se puede entender como una falencia, que vulnera de manera directa las garantías primarias del derecho a la defensa como parte del debido proceso, y a las garantías procedimentales, al recaer en cabeza de la Fiscalía la función jurisdiccional de decidir acerca de la legalidad o ilegalidad de la misma; dejando sin recursos procesales al acusado y restricción al ejercicio de la defensa técnica.

En consecuencia se puede concluir con lo expuesto, que no se está sometido un derecho penal mínimo, con un sistema penal de tendencia acusatoria, donde el principio de contradicción se encuentra desde la etapa inicial hasta la final, con separación de juez y acusador, sino que en sentido contrario, nos encontramos bajo el título de un sistema penal acusatorio, con un trasfondo de eficientísimo penal, con vestigios de un sistema inquisitivo, cuyo único fin es la descongestión judicial y no las garantías procesales; con lo cual, también surgen los siguientes interrogantes: ¿Se desvirtúa el sistema penal acusatorio al devolverle funciones jurisdiccionales de manera indirecta a la fiscalía?; ¿Cuál era el objetivo principal del legislador cuando buscaba realizar un procedimiento más corto en materia penal y con unos delitos en específico?

CAPITULO 3. JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

COLOMBIANO: LEY 906 DEL 2004 – LEY 1826 DE 2017

El juez de control de garantías es una de las figuras novedosa que fue introducida con el Sistema Penal con tendencia acusatoria aplicado en Colombia, por medio del Acto Legislativo 03 del 2004. Este buscaba ser más garantista, al tiempo que ayudaba a mitigar la congestión judicial que avanzaba a pasos agigantados. Empero, todo fue insuficiente para hacer frente, luego de varios intentos, se creó un procedimiento abreviado, que busca que las conductas que se investiguen, juzguen y sanciones bajo este régimen, tengan un proceso más corto, desde la forma de vinculación hasta el juicio oral; en tal sentido, se estudiará los sistemas penales, el sistema penal colombiano y el procedimiento abreviado.

3.1 Reseña del Sistema Penal Acusatorio Colombiano

Antes de adentrarnos en lo que hoy el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, se hace necesario estudiar en concreto lo que es y sus características, realizando la respectiva comparación con el sistema inquisitivo y el sistema mixto, esto con el fin de entender la dinámica desarrollada por nuestro sistema y la historia de este.

3.1.1 Sistema inquisitivo, acusatorio y mixto

3.1.1.1 Modelo inquisitivo

El modelo inquisitivo fue la respuesta del absolutismo, en donde el poder radicaba en el juez, monarca o una autoridad en la que se concentra la facultad de investigar, acusar y juzgar. Lo que lleva a modo de característica general ser escrito y no practicar la oralidad. La persona procesada no era tenida como un sujeto derecho sino como un objeto procesal que debía responder ante el sistema, para el cumplimiento de una pena, castigo por su actuar desviado de la norma penal.

En relación con la verdad la busca en lo que “verdaderamente pasó” y como recuerda Ponce del profesor Ferrajoli: “la verdad deseada o permitida” (Ponce, 2019) teniendo en calidad de menor los derechos y garantías dentro proceso. Por esta razón, no se daba la presunción de

inocencia, la carga de la prueba la tenía la persona que era vinculada al proceso. La culpabilidad se presumía y era la inocencia lo que debía probarse en juicio.

Con el periodo de la ilustración, la revolución francesa, la Declaración De Los Derechos Del Hombre y Del Ciudadano, y la llegada de la democracia liberal, el absolutismo que permitía este tipo de sistema penal, fue perdiendo fuerza, surgiendo la escuela garantista en el interior del derecho penal (Reyes, 2020), haciendo posible las garantías en el derecho dentro de ésta línea jurisprudencial.

Dentro de las definiciones que se encuentran del sistema inquisitivo, se referencia a Miguel Carbonell “en los sistemas inquisitivos se dedica un enorme es- fuerzo institucional para integrar un expediente para cada caso particular” (Carbonell, 2010, pág. 35). Por otra parte encontramos a, Luigi Ferrajoli quien sostuvo:

...todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa...” (Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 2010, pág. 564).

Ahora en relación con la libertad, la regla general es la privación de la misma y la excepción es ella en sí (CIJUL, 2008). También vemos que no existe partes, solo un juez que se encarga de la investigación, acusación y juzgamiento, en donde el procesado pasa a ser un invitado más a su juicio, sin garantías, sin que esto pueda permitir un equilibrio dentro proceso, debido a la inexistencia de las partes. Al no existir partes procesales, el derecho a la defensa es nulo o inexistente.

3.1.1.2 Sistema acusatorio

Sus principales características son adversario, oral y público. Existen desde la Antigua Grecia, Homero en su obra la ‘La Ilíada’ describe la existencia de este sistema. Por su parte, los Romanos, llamaron su proceso ‘legis acciones’: el cual se encontraba dividido en dos etapas: la In

jure, que se realizaba en presencia del magistrado, quien sustanciaba las preliminares. Y la etapa 'laapud iudex', donde se decidía el asunto ante los ancianos, pero la decisión final la tenía el pueblo. (Ponce, 2019).

A diferencia del sistema inquisitivo, el sistema acusatorio busca la verdad procesal, una a la que se llega por medio proceso, con las garantías mínimas. Por lo que, la presunción de inocencia es una premisa mayor, lo que implica que el acusador tiene la carga de demostrar la responsabilidad penal de la persona.

En consecuencia, con lo anterior, el derecho a la defensa es considerado una de las garantías mínimas del procesado, pasó de ser un expectante del proceso judicial, sin derechos dentro del mismo, a desempeñar un rol activo. En ese orden de ideas, se puede argumentar que no existe un modelo acusatorio sin garantías procesal; por lo que Ferrajoli, mencionado por Marianela Ponce, estableció un mínimo de garantías. A continuación, se resaltan cuatro premisas, desde la séptima hasta la décima, antes mencionadas:

- No hay culpa sin juicio (principio de jurisdiccionalidad)
- No hay juicio sin acusación (principio acusatorio)
- No hay acusación sin pruebas (principio de la carga de la prueba o de la verificación)
- No hay prueba sin defensa (principio de contradicción, refutación y defensa) (Ponce, 2019)

Se observa que en el interior del sistema acusatorio se requiere un juez natural, una parte acusadora, pruebas debatibles y una defensa para alcanzar su armonía. Sí hacemos una comparación con el Sistema Colombiano, estos elementos los encontramos en la Ley 906 del 2004, de manera que se puede asentir la existencia de un equilibrio dentro del mismo. Ahora bien, la verdadera preocupación surge cuando la simetría se rompe y se le da más poder a una de las partes o actores del sistema, motivados por cumplir con el "eficientísimo judicial"; dicho esto, no es un yerro afirmar que el procedimiento abreviado es la raíz de lo mencionado línea arriba, por

cuanto permite vincular al proceso a una persona capturada en situación de flagrancia, sin el control de la legalización de captura.

En cuanto a la restricción al derecho a la libertad, la regla general indica que el proceso se debe adelantar en libertad, siendo la excepción la privación de esta (CIJUL, 2008). En respuesta al garantismo, impronta del sistema acusatorio, se puede concluir que el derecho a la defensa es transversal dentro del proceso, por ello toda acción que se traduzca en ejercicio de este, es permitido desde el inicio hasta el fin; en consonancia, se habla de igualdad de armas, pues al momento de acusar las partes se enfrentan y quien mejor haya presentado, argumentado y construido el caso, será el vencedor. (Hernández, 2013)

A continuación, se verá las características de estos dos sistemas:

Sistema inquisitivo	Sistema acusatorio
Busca una verdad histórica (realidad de los hechos)	Busca una verdad procesal (lo que se pueda probar en el proceso)
Es de carácter reservado	Es público
Es escritural	Es oral
Sin libertad probatoria o con tarifa legal	Existe la libertad probatoria
Regla general la privación de la libertad	Regla general la libertad
Se presume la culpabilidad	Se da la presunción de inocencia
No existe derecho a la defensa	Se garantiza el derecho a la defensa
Tabla No. 2. Cuadro comparativo sistema inquisitivo y sistema acusatorio. Elaboración: propia	

Hasta aquí, se puede sugerir que el sistema inquisitivo o la tendencia siempre será el resultado del poder, que responderá a los deseos, objetivos o querer de quien lo tenga; el cual no obedece a garantías procesales, exigidas en el proceso penal actual, y la preocupación radica, en la sobrevalorada importancia del proceso penal, al constituirse como el único medio en que se define de manera provisional o definitiva la libertad de una persona que esté vinculada. No obstante, en el otro extremo encontramos al sistema acusatorio, en el que busca dar garantías en

evolución del proceso penal, salvaguardando unos mínimos dentro, es respuesta al desarrollo jurídico, social y derechos de la humanidad.

Por otra parte, existen legislaciones que han adoptado un sistema mixto, es decir, guarda algunas características del sistema inquisitivo y otras del sistema acusatorio, por lo que vale la pena mencionar las particularidades de este sistema, pese a que la doctrina y la academia siempre han decantado con mayor suficiencia los sistemas mencionados.

3.1.1.3 Sistema mixto

Este sistema nace en el siglo XVIII, después del descontento por el desconocimiento de los derechos propio del sistema inquisitivo, por esta motivación se sanciona el Código de Instrucción Criminal, cuyas características fueron las siguientes:

- Existe separación de etapas: instrucción y juicio.
- Se da la escritura en la etapa de instrucción y en la fase de juicio se aplica la oralidad.
- Se dan la separación de funciones entre el acusador, instructor y juzgador
- Se da el derecho a la defensa (CIJUL, 2008)

La actuación dentro del sistema mixto, será determinante para establecer hacia cuál lado se incline la balanza, en relación con ser más de tendencia inquisitiva o acusatoria, todo esto dependerá del uso del poder punitivo del Estado; En el particular, esta investigación considera que tener una mixtura por sí sola representa un peligro para las garantías procesales que se deben observar en materia penal, así como, dificulta la aplicación de un derecho penal mínimo.

3.1.2 Sistema penal colombiano.

El sistema penal colombiano cuenta con toda una historia. La administración de justicia en cabeza del Estado ha buscado que sea pronta y eficaz. Tiene su génesis en el Decreto 409 de 1971 Código de Procedimiento Penal, adoptado por la Ley 2 de 1982, en esta normativa el proceso penal constaba de dos fases: una instructora, la realizaba un juez, y luego una segunda fase

llamada: causa, en donde el juez de conocimiento, era el responsable de acusar, juzgar y fallar. Claramente, este proceso dibujó la aplicación de un sistema penal mixto con tendencia inquisitiva.

Posteriormente pasamos al Decreto 50 de 1987, régimen que dio un paso más allá para llegar al sistema acusatorio y dejar de lado al sistema inquisitivo, el avance significó la facultad otorgada al juez que textualmente decía: "... el juez instructor acusaba por medio del auto interlocutorio que calificaba el mérito del sumario, pero no era sujeto procesal en la etapa del juicio" (Bernal, 2016, pág. 47), con esto se realizó la separación de las figuras de instructor y de conocimiento, lo que representó un progreso en materia de garantías procesales.

Con la entrada en vigencia de la Constitución del 91, se siguió el camino para acercarse al sistema acusatorio, la expedición del Decreto 2700 de 1991, que entró a regir a partir del 1 de julio de 1992, derogó el Decreto 50 de 1987, y con ello se logró uno de los avances más importantes en el procedimiento penal, representado en la separación de los roles de juzgador y e investigador, este avance se materializó gracias al surgimiento de la Fiscalía General de la Nación, entidad que en un primer escenario se le dio dos caminos en su actuar, una vez terminada la fase de instrucción, los cuales eran: acusar o precluir.

En búsqueda de actualizar el proceso penal a la dinámica social, e incluso tecnológica, se hizo inaplazable la derogatoria del Código Penal, vigente para la década de 1991, debido a que regía desde 1980; la Fiscalía presenta al congreso el actual Código Penal (ley 599 de 2000) y el Código de Procedimiento Penal (ley 600 del 2000), con ello buscaba un sistema con tendencia acusatoria, sin embargo, para el momento de materializar ésta hazaña, la norma constitucional no lo permitía, ya que, sólo admitía un sistema mixto con tendencia a lo inquisitivo donde había dos etapas: instrucción y acusación.

Así las cosas, se veían los siguientes rasgos del sistema inquisitivo:

... considerar la investigación como oficiosa, excepto cuando la acción tiene su origen en la querrela; facultades del juez para investigar en el juicio; procedimiento escrito en la

instrucción; intervención de la sociedad a través del Ministerio Público; y el fiscal no puede disponer del proceso” (Bernal, 2016, pág. 54)

Siguiendo este orden se puede ver los rasgos del sistema acusatorio:

... separación de las funciones de acusar y juzgar; no incomunicación del sindicado; libre apreciación de las pruebas por el juez; posibilidad de los sujetos procesales de controvertir las pruebas; control de legalidad en las medidas de aseguramiento; la inmediación del juez en las pruebas practicadas en el juicio; la oralidad; mecanismos de sentencia anticipada; agilidad en los procedimientos de notificación; ampliación de delitos en los que procede el desistimiento, la conciliación y la indemnización integral que no está limitada a cuantía.” (Bernal, 2016, pág. 55)

Teniendo en cuenta, la necesidad de avanzar a un sistema acusatorio, o por lo menos con la tendencia, surgió la posibilidad de modificar el artículo 250 de la Constitución; la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, trajo como resultado el nuevo sistema penal con tendencia acusatoria, que además de las garantías procesales propias del sistema, buscaba la descongestión judicial, debido a que se establecieron unos términos dentro de cada fase de investigación con el fin de darle celeridad a los mismos.

En el derecho angloamericano se habla de las nociones “*plea guilty*” y “*plea bargaining*”, las cuales son la génesis del “principio de oportunidad” (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006, pág. 34); en nuestro sistema éste principio también se encuentra reglado de manera taxativa, según lo establecido en el artículo 324 C.P.P. Así pues, del Modelo Continental Europeo se puede resaltar la división del proceso que hacen en dos fases: investigación y juicio, en el caso del procedimiento penal colombiano tiene tres etapas: indagación, investigación y juicio, lo que en la práctica lleva a consecuencia jurídica más trascendentales. (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006), el propósito de destacar estos asuntos están dirigidos a que se pueda entender el camino de construcción del Sistema Penal Colombiano, sus desafíos, retos y metas por cumplir, no solo

para la administración de justicia, sino para dar celeridad, eficacia y eficiencia a la ciudadanía cuando ésta acude al aparato judicial en búsqueda de justicia.

Nuestro sistema penal tiene matices del sistema anglosajón, entre esos encontramos la discrecionalidad que dispone el ente acusador de ejercer la acción penal; con una diferencia en relación con la rama del poder a que pertenece la fiscalía, ya que, en Colombia se ubica en la rama judicial como pieza de la administración de justicia y no de la rama ejecutiva, como si pasa en el sistema anglosajón, esto fue diseñado así para que el ente acusador no obedezca a intereses políticos, sino meramente de administración justicia.

En el recorrido de la construcción del sistema penal colombiano, se crearon los jueces con función de control de garantías con el fin que conocieran las actuaciones preliminares a la fase de imputación, y al tiempo, conozcan las que tenga que ver con garantías fundamentales en cualquiera de las etapas en que se encuentre el proceso que no sean verificables en la etapa de conocimiento. Por otra parte, se establecieron los jueces con funciones de conocimiento, cuya actividad judicial inicia desde la audiencia de acusación hasta el juicio, están los roles detallados de fiscalía y defensa, participación del ministerio público como garante de los derechos de la sociedad y el de las víctimas.

El proceso fue creado para realizarse en 4 audiencias:

1. Audiencia de imputación: se efectúa ante el juez de control de garantías, la cual, es un acto de comunicación que realiza la Fiscalía al acusado, donde queda vinculado formalmente al proceso.

2. Audiencia de acusación: busca el saneamiento del proceso, en ella se da a conocer las incompetencias, impedimentos, recusaciones a las que haya lugar, se proponen las posibles nulidades surgidas, se reconoce a las víctimas, y formalmente se realiza la acusación en contra del individuo, de quien hasta entonces tenía la calidad de imputado y aquí adquiere la de acusado.

3. Audiencia preparatoria: se realiza descubrimiento probatorio por parte de la defensa, se solicita las pruebas que se pretendan hacer valer en juicio oral por las partes y el juez decide sobre las mismas en admitirlas, rechazarlas o inadmitirlas.

4. Juicio oral: es el escenario para la práctica de prueba de las partes, y en donde el juez de función de conocimiento se llevará a un consentimiento jurídico y fáctico de los hechos, por lo que dará una sentencia de carácter absolutorio o condenatorio. Pese a lo corto del proceso, no fue suficiente para controlar la congestión judicial.

Ahora bien, con el Nuevo Sistema Penal con tendencia Acusatoria, los actos de la fiscalía dejaron de ser jurisdiccionales y pasaron hacer de investigación, dejando la función jurisdiccional a los jueces, así lo dejó saber la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2009, en ella se enfatizó como se deben considerar:

...En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías... (parr. 7)

Este debe ser el actuar en el interior del sistema para que se guarde el equilibrio, y se logre la menor afectación de los derechos fundamentales que se puedan verse impactados dentro del proceso, al respecto en la misma sentencia se dijo: "... la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales..." (Corte Constitucional, C-025, 2009. parr 7)

En la sentencia anteriormente mencionada, la Corte Constitucional, señaló cuáles son las finalidades del sistema, enlistando siete de ellas perseguidas, definidas así:

Las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal se concretó en: (i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba,

despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) **crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el ejercicio de su actividad investigativa.** (Subrayado fuera del texto original) (parr. 110)

Como se puede apreciar, la misma Corte Constitucional incluyó dentro de las finalidades del Sistema Penal Colombiano la figura del juez de control de garantías, sosteniendo la línea de pensamiento que las actividades investigativas de la fiscalía son de carácter investigativo y no jurisdiccionales; la función del juez de control de garantías, es precisamente ejercer el control previo o posterior de esas actuaciones con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales que se halla podio restringir. Esto no significa que el ente acusador actué por fuera de la ley, pero en un sistema en donde las partes tiene unos roles definidos, no es concebible pensar que la parte acusadora consigue determinar la legalidad de sus actos, sin un control jurisdiccional, ya que, en caso de hacerlo estaría en cabeza de la fiscalía la labor de acusador y juzgador, volviendo de manera inmediata a un sistema inquisitivo y dejando aún lado del camino al sistema acusatorio, aunque ese sea el título.

Con base en la breve historia legal esbozada, se puede decir que nuestro procedimiento penal colombiano, tuvo una tendencia inquisitiva, obedeciendo a los tipos de poderes que en su momento se ostentaron, pero desde el 2004, hay una “tendencia” acusatoria, que si no se protege los avances habidos en la instauración de actuaciones netamente acusatoria, pudiendo volver, de manera silenciosa y pausada, a un sistema con tendencia inquisitiva, representando un peligro

para el desarrollo del derecho penal en su parte sustancial y procesal en Colombia, en lo relacionado con garantías y derechos fundamentales que se debaten en los procesos.

3.2 Juez de control de garantías en el Sistema penal Colombiano.

Debido a que una de las figuras más novedosas del sistema, fue la creación del juez de control de garantías; figura conocida desde 1974 en Alemania, su origen se encuentra en las reformas realizadas y es conocido como el juez de la investigación; cuando se tuvo el interrogante de cuál sería la función u utilidad, la respuesta fue “en la necesidad práctica de limitar los poderes de la Fiscalía y sobre todo de la policía” (Guerrero, 2005, págs. 163 - 164). También fue distinguido en Italia, y nombrado juez de las indagaciones preliminares, se encargaba de la protección a la libertad, derechos constitucionalmente protegidos, proceso de captura y aplicar las medidas cautelares del caso (Guerrero, 2005); en la cultura Latinoamericana, específicamente en Chile, es llamado el juez de garantías:

El Juez de Garantía se encarga, durante la etapa de investigación, de la protección de los derechos constitucionales del imputado, de la víctima y de los testigos. Asimismo, falla en casos que no requieren llegar a un Tribunal Oral en lo Penal” (Defensoría Penal Pública, s.f.).

El autor Oscar Guerrero Peralta, respecto del juez de control de garantías y para efectos académicos creo una clasificación de funciones que pueden ser realizadas dentro del sistema penal acusatorio, así:

1. Funciones referente a la afectación del derecho a la propiedad en la fase de investigación penal: a. Medidas sobre bienes susceptibles de comiso. b. Medidas sobre la suspensión del poder dispositivo de bienes. c. Suspensión de las personerías jurídicas. d. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. e. Medidas cautelares sobre bienes contemplados en C.P.P.

2. Funciones de control relativas a la impulsión en la fase de investigación: a. Actos de imputación. b. Actos de imputación de persona ausente. c. Prueba anticipada.

3. Funciones de control posterior relativas a la actividad de investigación penal.

4. Funciones de autorización para proceder a una injerencia en los derechos fundamentales durante la investigación penal.

5. Medidas relacionadas con la libertad: control sobre la captura.

6. disposiciones restrictivas de la libertad: imposición de medidas de aseguramiento.

7. Control de legalidad sobre el principio de oportunidad. (Guerrero, 2005)

Con base en lo anterior, se ve de manera general en donde puede intervenir el juez de control de garantías dentro de la fase de indagación e investigación en el proceso penal, siendo un garante de los derechos fundamentales que se vean afectados en el mismo y que están consagrados en la Constitución.

La competencia del juez de control de garantías dentro de la jurisdicción penal, es de Jueces de Penales Municipales, tal como lo establece el Artículo 37 del C.P; sus funciones, referente al ejercicio del mismo se encuentra descrita en el Artículo 39 de la misma legislación. Respecto a la labor que cumplen, la Corte Constitucional en sentencia C -025/09 arguyó:

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

igualmente autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. (parr. 5)

La Corte es clara en esta misma sentencia y establece el control que se debe ejercer en las actuaciones de la Fiscalía, así:

Es por ello que al juez de control de garantías le corresponde examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales (parr. 5)

Ahora para verificar esta proporcionalidad el juez deberá analizar:

.... (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad. (parr. 5)

Lo anterior refiere que en todas las actuaciones que lleve a cabo por el ente acusador, en pro del ejercicio de la acción penal, en donde de modo directo o indirecto se vea afectados derechos fundamentales, dependiendo de la actuación y lo que establezca la ley, necesita tenerse el monitoreo posterior o previo del juez de garantías. Así las cosas, el procedimiento de captura en flagrancia, es una restricción de la libertad de manera provisional, por ello debe contar con un control de legalidad, sin embargo, al permitir tramitar una conducta por el procedimiento abreviado, el legislador omitió este control, al aceptar a la fiscalía cuando considere no tener mérito para acudir ante el juez de garantías, verificar y legalizar el procedimiento de captura, y de inmediato vincular a la persona al proceso penal por medio del traslado de escrito de acusación, cercenando en estos casos el debido proceso y el derecho a la defensa.

En comparativa con el sistema estadounidense, el fiscal no tiene la libertad de restringir derechos fundamentales, salvo por una causa probable, mientras que en el sistema colombiano, se permitieron algunas restricciones a derechos fundamentales, como realizar allanamientos y registros, con la condición que se realice una verificación posterior ante el juez de garantías y su misión será: "... específica de protección de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes, especialmente durante la etapa de investigación." (USID, 2009, pág. 60)

En concordancia, en el sistema americano la fiscalía fue despojada de sus funciones jurisdiccionales y se concentraron en realizar la persecución e investigación de las conductas que tienen características de delitos, dejando su rol en siguientes términos:

"Bajo el principio acusatorio, el fiscal actúa en la base de la pirámide funcional en contraposición a la defensa. Su presencia en el proceso penal puede identificarse bajo dos aspectos: como órgano del aparato estatal de persecución y acusación, y como sujeto de la estructura procesal, o mejor, como parte dentro del proceso penal." (Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID), 2009)

Una vez vista la historia, importancia, desarrollo legal y jurisprudencial del juez de control de garantías dentro del sistema penal acusatorio colombiano, como también cuál es su función en el interior del proceso, en los mismos términos se dejó establecido el de la fiscalía y el rol de la defensa, se sabe que estas partes son el equilibrio del litigio, garantiza su tendencia acusatoria y sus modificaciones deben ser en pro de mejorar las garantías ya alcanzadas y no menguarlas.

En el mismo sentido, encontramos que la congestión judicial, no se fue con la nueva implementación del sistema, sino que, por el contrario, tomó fuerza y después de varios intentos por parte del ministerio de justicia y la rama legislativa, se pudo crear un procedimiento abreviado, que se aplica en ciertas conductas y en teoría ayudará con la descongestión, ya que su objetivo es la eficiente administración de justicia.

Algunas de las causas de la congestión judicial se encuentran “... que no se destinan recursos humanos y técnicos a investigar la gran mayoría de delitos. La sensación en la sociedad de que existe un sistema corrupto, colapsado e ineficiente que genera impunidad...” (Archila, Torres, & Huertas, 2022, pág. 26) estos serían puntos a cuestionar dentro de las reformas que se le podrían realizar al sistema, en vez de buscar la solución en la reforma a la esencia del mismo.

3.3 Ley 1826 de 2017: Procedimiento abreviado en el sistema penal acusatorio en Colombia

A escasos tres años de entrar en vigencia el sistema penal acusatorio, ya se buscaba más salidas para mitigar la descongestión judicial, por medio de la Ley 1153 de 2007 se dio el primer intento que pretendía que las contravenciones penales que se enmarcaran en el artículo 19 de Código Penal, se tramitaran por conducto de la Policía Nacional, así fue consagrado el artículo 36 de la mencionada norma. La ley entró en operación hasta el 2008, cuando la Corte Constitucional, en Sala Plena y mediante la sentencia C-879 de 2008, considero que existía violación a la Constitución, ya que la misma consagra que la investigación es competencia de la fiscalía, pero la acusación y juzgamiento era dominio de los jueces de pequeñas causas, por lo que la ley fue derogada al declararla inexecutable.

En la búsqueda de mitigar la descongestión judicial, se buscó la aprobación del Acto Legislativo 6 de 24 de noviembre de 2011, con el cual se buscaba modificar el artículo 250 parágrafo 2 y estaba redactado así:

“Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar de forma preferente” (Función pública, 2011)

Se aprecia que se buscaba introducir la figura del acusador privado cuando la conducta y el bien jurídico lesionado así lo permitiera, este acto legislativo no nació a la vida jurídica, ya que no se le dio el trámite parlamentario correspondiente, por lo que terminó en archivo. Por último, se presentó ante el Congreso, el proyecto de ley 048 de 2015, el cual buscaba:

No obstante, se mantuvo el objetivo central del proyecto de ley dirigido a atacar la congestión judicial a través de la acusación penal privada, a través de ella un sujeto es autorizado para realizar funciones públicas propias de la Fiscalía General de la Nación y, por otra parte, la implementación de un “modelo procesal penal que permita un tratamiento ágil y eficaz para la investigación y juzgamiento (...)” para unas determinadas conductas punibles (Molina, 2018, pág. 110)

Este proyecto de ley le dio vida a la Ley 1826 del 2017, con su expedición se creó y desarrolló el procedimiento abreviado para delitos queréllales, además se incluyó la figura del acusador privado, misma que se ha utilizado en otras legislaciones como la española, alemana, guatemalteca, costarricense, mexicana, chilena, peruana, venezolana y ecuatoriana (Dirección Nacional de Defensoría Pública, 2018), al tiempo se establecieron ciertas conductas que se adelantan con esta modalidad.

En Colombia se buscó tramitar este procedimiento de acuerdo con la exposición de motivos que se sustentó ante el Congreso, el entonces ministro de justicia, Dr. Yesith Reyes, quien de manera inicial y sencilla realizó mención a los proyectos de ley fallidos, precisando que se buscaba con el respeto de los derechos fundamentales se diera la descongestión del sistema:

En general, las iniciativas tienen en común la filosofía de buscar un sistema que, garantizando el respeto a los derechos fundamentales de las partes involucradas, permita procesar de manera ágil y expedita a quienes toman parte en conductas delictivas de frecuente ocurrencia en la comunidad, que congestionan el sistema judicial de manera notoria.” (Ministro de Justicia Dr. Yesid Reyes Alvarado y otros, 2015, pág. 1)

Luego se expresaron los tres ejes fundamentales, en los cuales se basa el proyecto de Ley:

- i) la caracterización de las conductas contravencionales en un nuevo Libro Tercero de la parte especial del Código Penal
- ii) la estructuración de un proceso bipartito para la

investigación y juzgamiento de las mismas, y iii) la consagración de un sistema de conversión de la acción penal que permita radicar en cabeza de un particular las facultades de investigación y acusación penal cuando se trate de contravenciones penales (Ministro de Justicia Dr. Yesid Reyes Alvarado y otros, 2015, pág. 2)

3.3.1 Conductas que se tramitan bajo la ley 1826 de 2017

Como lo hemos visto hasta ahora la finalidad de la norma citada era la descongestión judicial, en su momento el representante del Ministerio de Justicia, basó el logro de estos objetivos en las estadísticas, mencionando que el veintiún (21) % de los procesos que se adelantaban para la fecha de la presentación del proyecto, eran por delitos querellables, y su elección se hacía bajo la lupa del principio de lesividad, al respecto se dijo:

Como criterio para determinar cuáles conductas presentan una menor lesividad, se tomó como base la figura de la querrela que hoy existe en el Código de Procedimiento Penal. A través de ella, se puede apreciar con total claridad aquel grupo de conductas que el legislador ha considerado como de menor lesividad social y, en consecuencia, ha impuesto tal requisito especial para el inicio de la acción penal” (Ministro de Justicia Dr. Yesid Reyes Alvarado y otros, 2015) .

Visto esto, los delitos querellables se encuentran enlistados en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, a los cuales el legislador le dio un trámite especial para iniciar la acción penal por parte de Fiscalía, entre las características especiales: tiene caducidad por un término de 6 meses, se necesita un querrelante legítimo para que inicie, se aplica la conciliación y se puede dar la figura de la preclusión.

Por otro lado, y siguiendo la línea de pensamiento que fue presentada, se entendía que dentro del procedimiento abreviado solo se incluirían las conductas que estaban descritas en el artículo arriba citado. Sin embargo, en artículo 10 de la Ley 1826 del 2017, el cual describe el ámbito de aplicación, en el numeral segundo se detalla la lista de los delitos que se puede tramitar

por este, encontrando el hurto calificado, hurto agravado, estafa sin tener en cuenta la cuantía, violencia intrafamiliar, entre otros que no se encuentran enlistados como delitos querellables, pero que son de gran incidencia nacional, por la frecuencia en la que ocurren, son investigable de oficio sin ninguna de las características propuestas de las conductas enlistadas en el artículo 74.

Conforme con la investigación realizada por Julián Buitrago, mayor de la Policía Nacional, y Eryvn Norza Capitán de la misma entidad, para el 2015, año en que se presentó el proyecto de ley, se registraron 779.801 tipos penales, de los cuales el 81% se habían registrado en contra de los siguientes bienes jurídicos: patrimonio económico, la vida e integridad personal, la familia, la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social. De acuerdo con los datos reportados de manera específica se tiene:

En el título de delitos contra el patrimonio económico, el tipo penal de hurto a personas, motocicletas, entidades comerciales y residencias comprendieron el 81% del total de estos (213.241). En los delitos contra la vida y la integridad personal, las lesiones personales representaron el 59% (86.883) y las culposas, el 29% (42.571) del total (147.865)” (Buitrago & Eryvn , 2016, pág. 12).

Se puede observar, la relación entre la recurrencia con que se da y el impacto en la sociedad de los delitos que incluyeron el procedimiento abreviado, además se incorporaron conductas que tienen penas de prisión altas, tal como el hurto calificado agravado que su pena mínima parte de 12 años, la violencia intrafamiliar que en caso de tener agravantes su pena mínima es de 6 años, adicionalmente son delitos que tiene prohibición legal de cualquier subrogado penal si se llega a condenas de acuerdo al artículo 68ª del Código penal.

Ahora lo anterior responde al principio de lesividad que se debe mirar dentro del derecho penal, el cual no es más que:

... cada Estado según su modelo y organización vincula el principio de lesividad con la política criminal que posea, por lo que el principio de lesividad, aunque es un concepto universal en cuánto a la intervención o capacidad que tiene un Estado para sancionar

conductas, su concepción varía dependiendo el Estado en que se aplique y la forma en que dichas conductas sean sancionadas. (Pavas Sánchez, 2019, págs. 13 - 14).

En aras de revisar el derecho comparado en relación con lo que tiene que ver en la manera como se desarrolla el procedimiento abreviado y las conductas que se pueden seguir en el mismo. Se revisará inicialmente el caso de Chile, ordenamiento que cuenta este procedimiento desde el año 2000, mediante la Ley No. 19.696, Código Procesal Penal Chileno, en el Libro Cuarto. Procedimientos Especiales y Ejecución, en el título IX, en el artículo 406, el cual reza:

Artículo 406.- Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, **los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo ; no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo...** (Subrayado fuera del texto) (Código Chileno, art. 406)

En Chile, para acceder al procedimiento abreviado, se basa en la pena a imponer del delito, es decir, a menor pena, representa menos lesividad. En Uruguay, se observa que se aplica el mismo criterio, en otras palabras, se acude al procedimiento abreviado en relación con la pena establecida, la cual no es inferior de seis años, de acuerdo con su Código de Proceso Penal, Ley 19.293 del 2014, modificado por la Ley N.º 19.436 de 23/09/2016 artículo 3, el artículo 272 dice:

Artículo 272 (Procedencia). - Se aplicará el proceso abreviado para el juzgamiento de **hechos que constituyan delitos cuyo tipo básico esté castigado con una pena mínima no superior a cuatro años de penitenciaría o de una pena no privativa de libertad,** cualquiera fuere la entidad de esta última. (subrayado fuera del texto) (Ley 19-436, 2016, art. 3)

Vemos que, en el caso uruguayo, solo se ve la pena mínima, es decir que no se tiene en cuenta la pena máxima, y dentro de su legislación existen delitos que tienen penas máximas mayores de 10 años, se podrían adelantar por el procedimiento abreviado.

Ilustración No. 1. Reportes de delitos en los juzgados penales municipales con función de conocimiento en el año 2020. Fuente y elaboración: Rama Judicial por medio de Microsoft Power BI

Ahora se apreciará en relación con el año 2015³, cuando se presentó el proyecto de ley que dio inicio al Procedimiento Abreviado, se identifica los delitos con mayor demanda de justicia, que se adelantaba en los juzgados penales con función de conocimiento:



Ilustración No. 2 Reportes de delitos en los juzgados penales municipales con función de conocimiento en el año 2015. Fuente y elaboración: Rama Judicial por medio de Microsoft Power BI

³<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaNTkzM2IxMzgtOTU0Ny00Mjc0LWE3ZTItMTJjMmNhMTg0OTFiliwidCI6IjYyMmNiYTk4LTgwZjgtNDZmMy04ZGY1LThlYjk5OTAxNTk4YiIsImMiOiR9>

Los delitos con mayor demanda de justicia, en los Juzgados Penales Municipales con Función de Conocimiento del año 2015, cuando se presentó el proyecto de ley, fueron de violencia intrafamiliar, hurto agravado y hurto calificado, tres delitos que en primera medida nunca han hecho parte del artículo 74 de C.P.P, es decir, no han sido conductas querellables, se inician de oficio y tienen penas mínimas altas. Ahora, en relación con el año 2020, son el hurto, inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar, delitos no querellables, pero que se pueden adelantar por el procedimiento abreviado.

Ahora, en relación con el cumplimiento del objetivo de descongestión judicial, que de acuerdo al proyecto de ley y como lo hemos desarrollado, se buscaba realizar en los juzgados de conocimiento. La totalidad de los procesos adelantados en el año 2020 fueron de 35.517 y para el 2015 fue de 15.353, lo que se ve un incremento considerable, para ser exacto fue de 20.164, es decir, que se presenta un aumento de 56.7%, de demanda de justicia que lograron llegar hasta la etapa de conocimiento.

Hasta aquí podemos analizar que la realización de un procedimiento abreviado en otras legislaciones, incluida la figura del acusador privado, se hace en base de la lesividad del delito a investigar y no en las estadísticas que muestran la congestión judicial de los despachos judiciales. Sin embargo, no es el caso colombiano, ya que los delitos enlistados la ley 1826 de 2017, no fueron solamente los delitos querellables de acuerdo al artículo 74 C.P.P, lo cierto es que se incluyeron conductas de las cuales se reciben mayor número de denuncias como el hurto calificado, violencia intrafamiliar y lesiones personales. Por lo que la respuesta a la congestión judicial y la conservación de las garantías y derechos fundamentales, no se realizó dentro del garantismo sino desde el eficientismo.

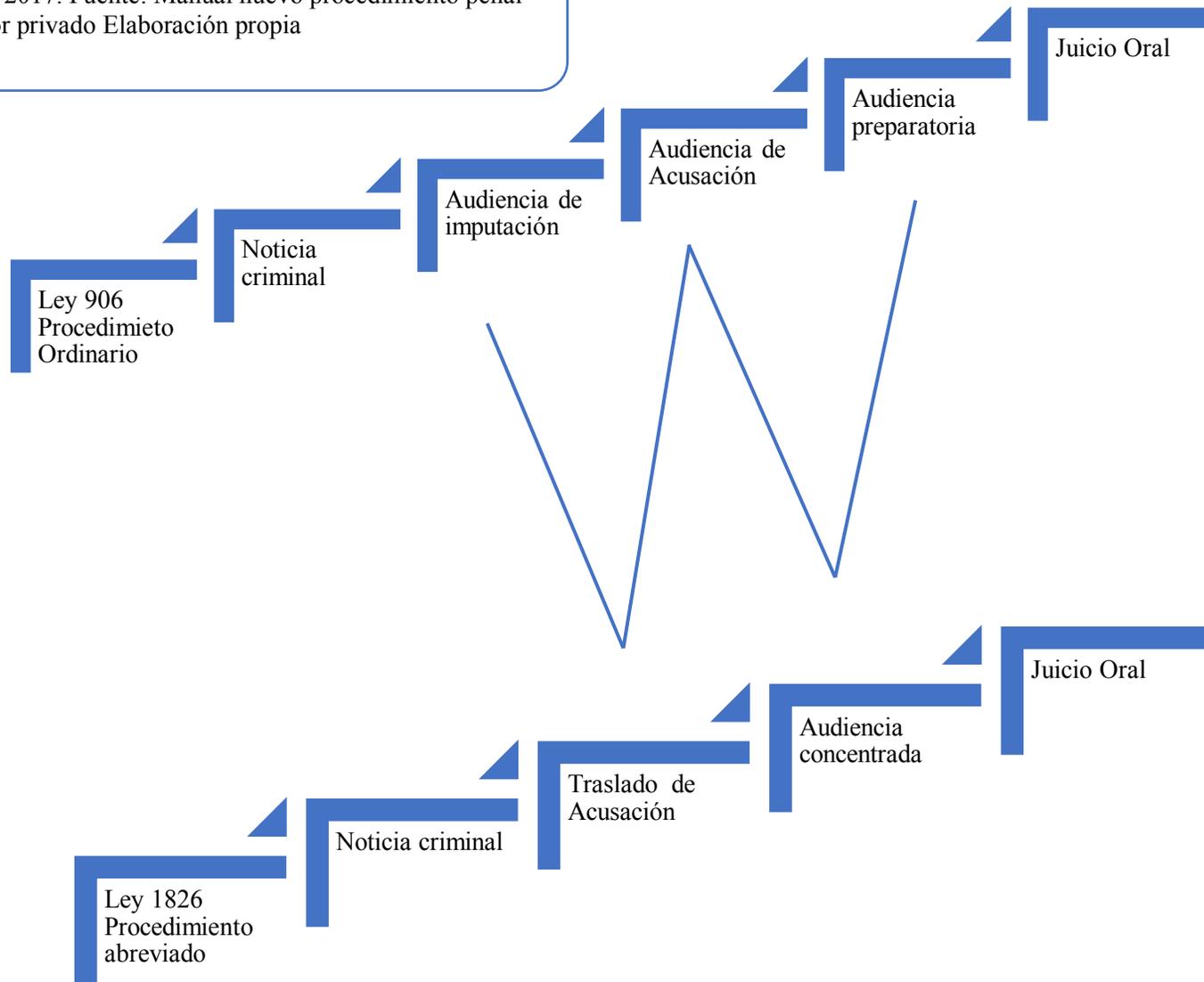
Por último, podemos concluir que el procedimiento abreviado no fue respuesta a la descongestión judicial, esta conclusión se llega gracias a que, los delitos que se adelanta por este, en la etapa de conocimiento, son asumidos por los Jueces Penales Municipales Con Función De Conocimiento, dejando por fuera a los Jueces Penales De Circuito y del Circuito Especializados, que también sufren de congestión. Además de lo anterior, las estadísticas reportadas por la Rama

Judicial, en el 2015 año en que se radicó el proyecto, y el 2020, año que se tomó como periodo de estudio, los casos han subido un 56.7%.

3.2.2 Diferencias entre el proceso ordinario y el procedimiento abreviado

A continuación, se observará un diagrama en donde se mostrará cuáles son las diferencias entre el procedimiento que se lleva a cabo con la Ley 906 del 2004 y el que se adelanta con la ley 1828 de 2017:

Diagrama No. 8. Esquemas de las etapas procesales Ley 906 de 2004 y Ley 1826 de 2017. Fuente: Manual nuevo procedimiento penal abreviado y acusador privado Elaboración propia



Como se puede apreciar, la manera de la vinculación al proceso, se unificó con el escrito de acusación, el cual se leerá en la audiencia concentrada. Al respecto, el proyecto de ley manifestó:

Se suprime el acto de imputación. En cambio, la comunicación de los cargos se hará, como regla general, a través del traslado del escrito de acusación y se leerán en la audiencia concentrada. Excepcionalmente, se podrán comunicar los cargos anticipadamente cuando medie solicitud de medida de aseguramiento. (Ministro de Justicia Dr. Yesid Reyes Alvarado y otros, 2015, pág. 4).

Lo que se ve en aras a la protección especial que tiene el derecho a la libertad, se varía el procedimiento si nos encontramos frente a la solicitud de la medida de aseguramiento, dentro del proyecto de ley se sustentó:

Precisamente, si se trata de una audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, deberá citarse al investigado y en la misma audiencia se le comunicarán previamente los hechos y los cargos por los cuales está siendo investigado. (Ministro de Justicia Dr. Yesid Reyes Alvarado y otros, 2015).

Lo anterior, implica que cuando el fiscal considere la imposición de una medida de aseguramiento, acudirá ante el juez de control de garantías en el procedimiento abreviado y esta será la única situación en la que se le dé legalidad al procedimiento de captura, pero la pregunta que surge es ¿No es el mismo derecho a la libertad que se restringe cuando se realiza una captura en flagrancia que el que se limita con la medida de aseguramiento?; ¿No necesita control al procedimiento de captura en flagrancia, independientemente del procedimiento con el que se quiera vincular a la persona?

Siguiendo con el esquema, se encuentra que en audiencia concentrada y su trámite se da de acuerdo al artículo 542 C.P.P, el cual fue adicionado por el artículo 19 de la ley 1826 de 2017, donde se da la posibilidad de aceptar los cargos, se reconoce a la calidad de víctima, se dan a conocer si existen causales de incompetencias, impedimentos o recusaciones, se pueden realizar las modificaciones, aclaraciones o adiciones al escrito de acusación, se realiza lo propio sobre el

descubrimiento probatorio por parte de la defensa y fiscalía, se hace la enunciación y solicitudes probatorias, se proponen las nulidades a las que hubiere lugar y al final juez decidirá acerca de las peticiones realizadas por las partes, lo que evidentemente es la fusión de la audiencia de acusación con preparatoria. Por último, se conserva la misma estructura y pasos a seguir el juicio oral.

Con esto se ve que se redujo considerablemente el tiempo de la etapa de investigación y juzgamiento dentro de los procesos que se adelantan por este procedimiento. Pero ¿Qué pasa con esas situaciones en donde la fiscalía, cuando se realizan la captura en flagrancia, decide sobre la legalidad del mismo y vincula al proceso a la persona, está ejerciendo funciones jurisdiccionales? ¿Si el fiscal ejercerse funciones jurisdiccionales, volvemos a un sistema con tendencia del modelo inquisitivo?

Para hablar de funciones jurisdiccionales, se refiere a la jurisdicción que de acuerdo al diccionario panhispánico del español jurídico la define como: “Función jurisdiccional, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.” (Diccionario Panhispánico del español jurídico, 2020). En la doctrina encontramos definiciones como la de Calamandrei y Chiovenda, mencionadas por Luis Ligarreto:

Según Calamandrei (1948) la jurisdicción es “la actividad que se realiza por el juez, como un tercero imparcial, para efectos de dirimir a través del proceso, el conflicto que las partes han sometido a su decisión”. Mientras que para Chiovenda (1989) “es función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva. (Ligarreto, 2014, págs. 16 - 17)

Ahora el poder jurisdiccional es ejercido por el Estado, en el caso colombiano se realiza por medio de la Rama Judicial, a través de los jueces y magistrados de las diferentes ramas del derecho; en la jurisdicción penal encontramos a los jueces de control de garantías encargados de

desempeñar el control de las medidas restrictivas, de legalidad, incluida los casos que se inician en situación de flagrancia, como lo vimos en la sentencia C -025/09 de la Corte Constitucional. Pero también se encuentra como parte la Fiscalía General de la Nación, quien es la comisionada de investigar las conductas que revistan características de delito, por lo que sus acciones dentro de la administración de justicia son de carácter investigativo y no jurisdiccionales, así puntualizado el alto Tribunal Constitucional.

Frente al tema sí el procedimiento abreviado de manera indirecta devuelve funciones jurisdiccionales a la fiscalía, dentro de los casos de captura en flagrancia, y se le permite decidir sobre la legalidad de la misma, en donde se garantizaron y materializaron los derechos como persona capturada y se cumple con los requisitos legales, se vuelve al sistema inquisitivo, de acuerdo con lo estudiado en el inicio de este capítulo, se puede afirmar que la respuesta es que si bien no volvemos totalmente al sistema inquisitivo, sí estamos llevando a la práctica un sistema mixto, con matices de ambos sistemas y que dependiendo al que se le dé mayor fuerza a la hora de aplicarlo será el que predomine, todo esto para cumplir con el eficientísimo penal, lo que pone en riesgo el sistema acusatorio y las garantías que él trae.

Como lo vimos en el desarrollo de la historia del Sistema Penal Colombiano, resaltando que, después transcurrido cuatro años de la implementación del sistema penal acusatorio, se seguía presentado la congestión judicial y al hacerse varios intentos por reducir los tiempos, crear nuevas formas de investigación, hace que estas medidas se acerquen más a la figura propia del eficientísimo que al garantismo y que de una u otra manera se tengan matices de un sistema inquisitivo.

3.2.3 Eficacia y garantismo en el sistema penal colombiano

Como referente teórico para esta investigación se tomó la Teoría del Garantismo planteada y desarrollado por el profesor Ferrajoli, en donde se busca aplicar la definición de los derechos fundamentales, aquellos que son inalienables, y los reconocidos por la legislación internacional, para la protección de los mismos y tener un lenguaje universal dentro de ellos. Pero

más allá de los derechos fundamentales, el profesor planteó la necesidad de hablar de las garantías, que no son más que aquellas que limitan y dirección el poder del Estado.

Estas garantías divididas en primarias y secundarias se ven dentro del proceso penal, se encuentra que las primarias, al igual que los derechos fundamentales que se consagran, se conoce como derecho sustancial. En el segundo grupo de garantías procesales que se dan al interior del proceso, hacen parte de lo procedimental. Ambas deben coexistir en armonía para dar como resultado un derecho penal mínimo, este en respuesta del poder punitivo del estado en cabeza de quienes administran justicia.

En este orden de ideas se cuenta, por un lado, el reconocimiento de los derechos fundamentales, como se vio en el primer capítulo, que de manera amplia y suficiente está desarrollado en la legislación nacional y hacen parte del bloque de constitucionalidad: el derecho a la libertad, el debido proceso y el derecho a la defensa. De igual forma, se tienen las garantías secundarias de carácter procesal, en donde el debido proceso pasa de ser solo un derecho a ser la columna vertebral del proceso penal y del actuar del Estado, en el mismo sentido se encuentra el derecho a la defensa, que es una extensión del debido proceso, pero que también tiene las garantías procesales. Habiendo con esto que coexistan tanto la verdad fáctica, jurídica y procesal.

El problema surge cuando esto se distorsiona de manera leve, indirecta y casi imperceptible, en búsqueda de un eficientísimos, siendo una respuesta de la economía procesal. Como lo señala Alejandro Aponte manifiesta la distinción entre la “eficiencia” y la “eficacia”. Así las cosas, la eficacia se entiende que es: "... La eficacia es entendida prácticamente como la producción a toda costa de sentencia condenatoria o, en todo caso, la producción de decisiones que afectan de manera directa la libertad de las personas..." (Aponte, 2020, pág. 1).

La unión entre la eficiencia y eficacia, en un sistema penal, crea el modelo eficientista, en el que los derechos y garantías se convierten en los obstáculos que impiden cumplir la función penal (Aponte, 2020). Esto en razón, a que esta corriente busca la mayor cantidad de decisiones judiciales que emitan un mensaje de “justicia” a la sociedad, entendida como la acción de poner

disposiciones restrictiva al derecho fundamental, que afecta de manera principal y directa el proceso penal, que es la libertad; lo cual se logra a través de sentencias condenatorias o imposiciones de medidas de aseguramiento, sobreponiendo las garantías fundamentales y es aquí en donde inicia el choque entre el garantismo y el eficientismo.

Hasta aquí, vemos que el proyecto de ley 1826 del 2017, no fue la respuesta a la protección y materialización de los derechos fundamentales y garantías procesales dentro del sistema penal acusatorio, sino que fue la reacción al eficientísimo; el logro era reducir la duración de las etapas del proceso: indagación, investigación y juzgamiento, que como consecuencia daría que se adelantaría la mayor cantidad de procesos en el menor tiempo posible; lo cual se lograría mediante la selección de conductas seleccionadas; que coincidentalmente son las mismas que tienen transcendental recurrencia a nivel nacional. Esto con el ánimo de lograr un número considerable de sentencias condenatorias o medidas de aseguramiento, por medio de cifras, que se le pueden dar a la ciudadanía, siendo solo estadísticas de que demuestran una administración de justicia pronta y eficiente.

¿Pero cuál es el problema de que el derecho penal tenga esta tendencia eficientista? Uno de los grandes problemas, es el relevo de importancia que se le dan a los derechos y garantías dentro del proceso, ya que la base es la eficiencia y su principal objetivo es el: resultado. Todo este tiene su apoyo y fundamento en la política criminal, como lo recuerda José Carlos Hernando Ubaté del profesor Roxi:

Con la cuestión de como debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, conforme el objeto principal de la política criminal. La política criminal está en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la practica” (Ubaté, 2019, pág. 7)

De acuerdo a la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-936/10 la política criminal se debe entender como:

Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. (parr. 2)

Ahora, en relación con la política criminal y a quien se compete esta función, se encuentra en artículo 189 en su inciso 4 de la Constitución, está en cabeza del presidente, y que este a su vez cuenta con la colaboración de las demás ramas del poder, por medio del Consejo Superior de Policía Criminal, dio su concepto, el cual fue favorable con algunos comentarios en consideraciones:

El orden de las consideraciones que vienen a continuación es el siguiente: (i) sobre la lógica del cambio de algunos delitos a contravenciones, (ii) sobre la diferenciación de la respuesta punitiva en delitos y contravenciones, (iii) sobre el procedimiento abreviado y la figura del acusador privado y, finalmente (iv) un comentario sobre el curso simultáneo de dos proyectos de ley que regulan la misma materia. (Constitución Política, 1991)

El Consejo Superior de Política Criminal, dio la viabilidad del proyecto de ley entre sus consideraciones que más llama la atención es: “Desde hace varios años, el sistema penal colombiano requiere diferenciar su intervención atendiendo la lesividad de las conductas punibles que se le han asignado a través de legislación...” (Valencia, 2017).

Podemos observar que concepto del Consejo Superior de Política Criminal, puntualizo la lesividad de la conducta y la diferencia que debe advertir en relación con las demás. Por lo que las consideraciones que se realizaron, no fueron en correspondencia a los derechos fundamentales al interior del proceso o el cuidado de la protección de sistema penal con tendencia acusatorio, sino temas procedimentales en asociación con delitos y contravenciones y sobre el procedimiento abreviado no se hicieron recomendaciones, a tal punto que no se hizo ninguna acotación con

respecto a la participación del juez de control de garantías dentro del mismo, ya que lo que se busca es el eficientísimo y no garantismo.

Como cierre, el sistema penal colombiano vive para y por el eficientismo judicial, luego de la aprobación y entrada en vigencia de la ley 1826 del 2017, se realizó la presentación Proyecto de Ley número 214 de 2018

Por medio de la cual se establecen sanciones para algunas conductas contravencionales, su reincidencia y se dictan otras disposiciones.” La cual busca: “reglamentar las conductas que se pueden considerar como contravenciones y, a través de esta normativización, regularizar la competencia, las conductas, las sanciones y el procedimiento de tal forma que se pueda implementar un sistema judicial eficaz, eficiente y efectivo. (Ley 214, 2018)

Por último, el Consejo De Política Criminal, en conjunto con el sistema y quienes lo conforma sea desde su gerencia o sus destinatarios han confundido que “justicia” es igual a condenas o cárcel, sin importar los derechos de las personas que se enfrentan a un proceso penal, sino que estos son exclusivamente de las víctimas; por lo que el eficientísimo, envía el mensaje incorrecto en relación con lo que se debe considerar la correcta y eficiente administración de justicia, ya que sin el respeto de las garantías fundamentales dentro de la misma no se puede hablar de ella y menos de poder alcanzarla.

Marco teórico

En la actualidad, el derecho a la libertad es uno de los más protegidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, a su vez, fue de los muy luchados por obtener, por ello, su vital importancia. Cuando una persona se enfrenta a un proceso penal, se busca garantizar un mínimo de garantías, como son el respeto al debido proceso y el derecho a la defensa; en el procedimiento penal colombiano corresponde al Juez de Control de Garantías, proteger dichos derechos.

El profesor Luigi Ferrajoli, doctrinante del derecho penal, en el año de 1989 desarrolló la Teoría del Garantismo; esta aparece como respuesta a la emergencia que se vivía en la segunda mitad de los años setenta en la legislación italiana; buscaba él entrelace de la Teoría Clásica del Pensamiento Liberal y la demanda que existía en la época por la Ilustración Jurídica, la cual exigía la protección de los derechos de la vida, libertad, integridad, basado en lo que Montesquieu denominó, el poder punitivo. Esta doctrina garantista, tomó fuerza en estados constitucionales y neoconstitucionales, los cuales procuraban tener unos derechos mínimos en el proceso, previo respeto a las garantías dentro del mismo.

Para entender la teoría planteada por el autor, es necesario partir del concepto de *Ius Positivist*, quien propone que se debe basar en un Estado constitucional de derecho. La doctrina garantista, reconoce que el primer peldaño que se dio para un Estado moderno, fue la aparición del principio de la legalidad, con el cual resultaba ser equivalente a la supremacía de la política sobre el derecho. Después del principio de legalidad, encontramos el surgimiento de las constituciones rígidas, como un segundo escalón, avanzando en la construcción del Estado de derecho, siendo estas las que dieron lugar en el mundo tras la Segunda Guerra Mundial, llevando a la decadencia del Estado de derecho y el sometimiento de todos los poderes, incluido el legislativo, a la Constitución. (García Micolta, 2017).

El derecho a la libertad, el debido proceso y el derecho a la defensa, se consagran en Colombia, por ser un Estado Social de Derecho, el cual se basa en un Estado Constitucional, concepto desarrollado por el profesor Ferrajoli, explicado en su ensayo *Derechos Fundamentales*:

“ Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo”. (Ferrajoli, Sobre los derechos fundamentales, 2006)

Desde la limitación que se puede realizar de la libertad, se estudió el paso a paso para su restricción dentro del ordenamiento penal colombiano, siendo está permitida, en una de sus formas, con la captura en flagrancia, protegiendo siempre el derecho al debido proceso y a la defensa, consagrados en la Constitución como derechos fundamentales, y al tiempo garantías procesales. Al respecto, Ferrajoli hace una distinción en su ensayo:

En la misma teoría desarrollada, se hace la diferencia entre derechos fundamentales y sus garantías, la cual también hace la búsqueda de nexo entre ellas, por lo que denomino las garantías primeras y secundarias.” (Ferrajoli, El Paradigma Garantista. Luigi Ferrajoli Filosofía crítica del derecho penal, 2018)

También realiza la distinción entre las garantías primarias y secundarias, así:

Las garantías primarias, están relacionadas con la parte sustancial, son aquellas que conllevan las prohibiciones y obligaciones en lo relacionado con los derechos subjetivos, las cuales recaen sobre los asociados y son estos los sujetos de estas garantías. Las garantías secundarias, van encaminadas a lo procedimental, estas se refieren a los actos ilícitos o inválidos que se llevan dentro del proceso, las cuales constituyen una violación directa o indirecta de los derechos subjetivos y que hacen parte de las garantías primarias dentro de la protección de los derechos por parte del Estado; de estas garantías a diferencia de la primera, el receptor son los asociados que acuden a un proceso y recaen sobre los órganos de jurisdicción, los cuales son los encargados de la administración del

proceso. (Ferrajoli, El Paradigma Garantista. Luigi Ferrajoli Filosofía crítica del derecho penal, 2018)

Dentro del análisis realizado, se ha podido evidenciar que los derechos y garantías coexisten con total independencia el uno del otro. Pero a la hora de elaborar la norma, en donde se establezca el derecho y no sé dé la debida garantía, se genera un vacío o laguna legal (Álvarez, 2010).

En lo referente a conceptos que se fundamentan la teoría del garantismo, el autor define que se puede dar dos tipos de respuesta a la pregunta ¿Qué son los derechos fundamentales?, la primera describe en los siguientes términos el concepto: Es la persona con capacidad de obrar, lo que los hace inalienables; una segunda contestación se da en el marco del derecho positivo, consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y Los Pactos Internacionales de 1966; al respecto, Ferrajoli representa los derechos fundamentales como la ley del débil, que sobrepone a la del fuerte, ejemplifica diciendo que el derecho a la vida se superpone a la ley de quien es más resistente físicamente, que los derechos de inmunidad y libertad se sobrepone al arbitrio del muy consistente políticamente y por último, los derechos sociales, superan a los derechos de las personas que se consideren impetuso social y económicamente. (Ferrajoli, Sobre los derechos fundamentales, 2006).

Existe una crítica dada por Danilo Zolo (Alvarez, 2010) frente al planteamiento de la teoría arriba referida, en relación con los derechos fundamentales, ya que no es aplicable a los derechos sociales, por cuanto la protección a estos no se da por falta de norma social, sino porque obedece a imposibilidades del sistema político y económicos de los Estados, ejemplo de ello es el acceso al derecho al trabajo. Puntualmente, no se puede aplicar dicha valoración al tema investigado, ya que, los derechos constitucionales y garantías fundamentales previstas en los procesos penales, obedecen a las necesidades de la sociedad, se ven materializados en la política criminal que se da el país, la cual el legislador ha configurado, por iniciativa gubernamental, tal como el caso de la Ley 1826 de 2017, desarrollada teniendo en cuenta la Constitución, la Ley y el espíritu del ordenamiento penal.

Ahora bien, más allá de lo que representan los derechos fundamentales, estos tienen una función de ser garantías, con lo cual se configura un límite al poder y direcciona su ejercicio; teniendo como principios la dignidad humana (se consagra en Colombia el artículo 1° de la Constitución, base del Estado Social de Derecho), la libertad y la igualdad (Están dentro de la Carta política colombiana en el artículo 28 y 13 respectivamente, como derechos fundamentales) (Ávila, 2017).

En conclusión, las garantías primarias y secundarias, planteadas por el profesor Ferrajoli, no son más que derechos fundamentales, reconocidos por aquellos Estados con bases constitucionales, que llevados al ejercicio práctico del derecho penal, lleva a conceptualizar el fundamento del derecho penal mínimo. Estas garantías sustanciales y procesales, buscan cada una un objetivo, las primeras procuran evidencia jurídica, a partir de la verificación de la hipótesis de acusación, y las segundas, pretenden una verdad fáctica.

Derecho penal mínimo

El derecho penal mínimo es la respuesta que se tiene para controlar y limitar la facultad punitiva del Estado; va desde la prevención del delito, hasta el desarrollo del proceso. (Ferrajoli, El Paradigma Garantista. Luigi Ferrajoli Filosofía crítica del derecho penal, 2018, pág. 28). Este se ven reflejado en la parte sustancial, en los principios de legalidad, taxatividad de los hechos punibles, lesividad, materialidad y culpabilidad. En el aspecto procesal se configura con los principios de contradicción, paridad entre acusador y defensa, rígida separación de juez y acusador, presunción de inocencia, carga de prueba, oralidad, publicidad del proceso e independencia del poder judicial y ente acusador.

En desarrollo al concepto de derecho penal mínimo, el autor sostiene que el principio de contradicción es resultado del derecho a la igualdad, afirma en su obra Derecho y Razón que “quien tiene la carga de la prueba tiene la obligación de probar, la contraria tiene el derecho de

refutar” (Bernad, 2018, pág. 4). Es decir, es igual de sustancial contar con la carga de probar de la hipótesis delictiva, como tener un contrapeso para su refutación.

La Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia FICP, Amalia Fustero Bernad, realiza una síntesis de los principios desarrollados por Ferragoli, en donde cita:

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar que se admita su poder contradictor en todo momento y grado del procedimiento. (Bernad, 2018, pág. 5).

En relación con el principio de Juez Natural, la misma autora citó:

El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia. El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal en el ejercicio de la función de juzgador cuenta con la mayor objetividad para afrontar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial” (Bernad, 2018, pág. 9)

En los términos de Ferrajoli, la justificación del derecho penal mínimo se da al cumplirse dos objetivos, el primero al lograrse la prevención negativa y la disminución de las vulneraciones a los bienes y derechos fundamentales, y la segunda, al alcanzar la prevención y mengua de las penas arbitrarias. (Ferrajoli, 2006). En conclusión, se puede observar como la Teoría del Garantismo, desarrollada por Luigi Ferrajoli, responde de manera satisfactoria a los interrogantes que surgen con las necesidades y falencia que presenta el Sistema Penal Colombiano; desde el punto de vista teórico, entendiendo que este ordenamiento debe obedecer a la dogmática penal,

nos veremos avocados a confusiones serias dentro del desarrollo del proceso penal, lo cual podría llevar a la violación de los garantías fundamentales, y con ello a la mala práctica de la administración de justicia.

Marco metodológico

Dentro del presente trabajo, estudiaremos los derechos fundamentales de la libertad, debido proceso y derecho a la defensa, los cuales son aplicados y reconocidos en el Sistema Penal Colombiano, y en el Nuevo Procedimiento Abreviado que entro en vigencia el 17 de julio 2017 con la expedición de la Ley 1826 de 2017, este procedimiento se implementó desde la etapa de indagación hasta la de investigación.

Sin embargo, solo nos centraremos en la etapa de indagación cuando se realice captura en flagrancia, verificando sí se da el cumplimiento del derecho a la defensa y el debido proceso, al dejar de manera alternativa la figura del Juez de Control de Garantías, en calidad de garante de los derechos fundamentales, y devolver las funciones jurisdiccionales a la Fiscalía, con el fin de obtener una justicia más ágil y descongestión en los despachos judiciales. Para lo anterior, utilizaremos como método de investigación el cualitativo con un enfoque deductivo, ya que este nos permitirá tener una mirada holística sobre el tema propuesto con una perspectiva desde la investigación jurídica, con discusiones doctrinales hasta el análisis de la jurisprudencia vigente.

La primera fase consistirá en documentar los antecedentes históricos del derecho a la libertad, debido proceso y el derecho a la defensa, en materia penal, en aquellos casos en que la libertad haya sido restringida por la posible comisión de un delito, apoyado en el desarrollo doctrinal que se ha dado en relación con estos temas.

Continuando a la siguiente fase, se recolectará y se analizará la jurisprudencia, principalmente la de la Corte Constitucional, respecto del derecho a la libertad, el debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito del derecho penal, en el campo de la captura en flagrancia y la función del Juez de Control de Garantías; lo que nos delimitará el estudio legal a la inspección de la Ley 906 del 2004 y la Ley 1826 del 2017, con el ánimo de analizar ambas normativas, a fin de establecer el enfoque material que le dan a los derechos fundamentales esgrimidos y así definir la efectividad de las mismas.

Sí bien el enfoque es cualitativo, como tercera fase, se recolectará las estadísticas referentes a los procesos que se dieron por captura en flagrancia, las cuales se obtendrá con los departamentos de estadística de la Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, por lo que se oficiaron a las mismas, en respuestas y mediante oficio UDAE021-899 el Consejo Superior de la Judicatura informó que en relación con la Ley 1826 de 2017, solo se tiene información a partir del año 2020.

Dada la información anterior, se volvieron oficiar a ambas entidades y se obtuvo por parte de rama judicial, mediante el oficio UDAE022-497, los datos correspondientes a las legalizaciones de captura que se realizaron por medio de la ley 906 de 2004 y en aplicación de la ley 1826 de 2017. En igual sentido, se recibió respuesta por la Fiscalía General de la Nación, radicado No. 20219430003531 de fecha 30 de agosto de 2021, informó las órdenes de libertad autorizadas por el juez en la ley 906 y en la ley 1826 para el periodo 2020.

Aunque la información que maneja ambas entidades tiene sentidos diferentes, pese a que se enviaron las mismas solicitudes, esto propio de las funciones que cada desempeñan cada una; se realizó el estudio y comparación de la misma, con el fin de realizar aproximaciones estadísticas en relación con órdenes de libertad vs las vinculaciones al proceso, dicho análisis solo se delimitó en correspondencia con los procedimientos de capturas.

Siguiendo con la ejecución de la tercera fase, también se realizó el estudio del programa Microsoft Power BI, dispuesto para la consulta del público por parte de Rama Judicial, en donde se condensa toda la información de todas las jurisdicciones. Se analizaron los delitos de mayor demanda competencia de los jueces penales municipales, ya que en ellos son los encargados de conocer las conductas llevadas por el procedimiento abreviado. Para este análisis se estudiaron los años 2015 y 2020. El 2015 se eligió en base en que fue el año en se presentó el proyecto de ley que le dio vida a la ley 1826 de 2017 y el año 2020 como continuación del tiempo que se delimitó en relación con las estadísticas de los procedimientos de captura en flagrancia.

Esta información se analizó por medio de tabulación y figuras, se realizaron las comparaciones entre las leyes y se llegarán a las conclusiones en cuanto a la efectividad de las mismas, teniendo en cuenta datos cuantitativos. Finalmente, se estudiará la figura del Juez de Control de Garantías, se analizará sus funciones desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial dentro del Sistema Penal Acusatorio.

Con todas las actividades anteriormente descritas y las conclusiones a que se llegarán, se finalizará con la redacción de una lege ferenda, en donde se propone la introducción de la figura del Juez de Control de Garantías en todos los procedimientos de captura en flagrancia, dentro del Código de Procedimiento Penal en el artículo 537 adicionado por la el artículo 14 de la ley 1826 de 2017, para que funja como garante de los derechos fundamentales al debido proceso y derecho a la defensa de las personas que sean capturas en situación de flagrancia.

Conclusiones

El derecho fundamental a la libertad ha sido el resultado de procesos, que en su gran mayoría han estado marcados por luchas. Este se extendió incluso a ámbitos personales del ser humano como la libertad de expresión, de culto y muchas más. En lo relacionado con la restricción física de esa libertad solo quedo sometido a la autoridad del Estado bajo lo que se conoce los Puniendi.

Después de muchos procesos, su mayor consignación a nivel internacional se encuentra en la Declaración de los Derechos Humanos, en su artículo tercero. En el ámbito nacional, se tenía la Constitución Política del 86, en la cual no se consagraba como tal el derecho a la libertad, pero el cambio constitucional que se realizó en 1991, se estableció de manera clara en el artículo veintiocho.

Hasta aquí el derecho a la libertad se consagra en la parte sustancial de la normal colombiana, en términos de la teoría del garantismo estaríamos situados dentro las garantías primarias. Pero se hace necesario tener las secundarias, las cuales son las garantías procesales que permiten la protección de los derechos fundamentales consagrados en la norma sustancial.

En Colombia, la privación de la libertad, se regula bajo la luz de la Ley 906 de 2004, que es el actual Código de Procedimiento Penal en su artículo segundo, ubicado en el Título Preliminar, en donde se encuentra los “Principios Rectores y Garantías Procesales” y en el ámbito internacional se halla en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 8.1.

La restricción de la libertad dentro del ordenamiento penal, activa de manera inmediata derechos entre ellos el debido proceso, el cual se puede definir como un conjunto de derechos y garantías procesales, que indican la ruta a seguir en el interior de cualquier proceso judicial o administrativo que se adelante por parte del Estado o de un particular. Integra este conglomerado de derechos y garantías fundamentales: el plazo razonable, el juez natural, la presunción de

inocencia, el derecho a la defensa, no autoincriminación, la doble instancia, el principio de publicidad, etcétera.

En el 2004 en Colombia se pasó de un sistema inquisitivo a un sistema con tendencia acusatoria y de los componentes del debido proceso encontramos la estructura básica del ordenamiento penal colombiano, el cual es: juez de control de garantías o de conocimiento (dando aplicación de la garantía del juez natural para cada etapa), Fiscalía General de la Nación (con las funciones de acusador) y defensa (concebida de dos formas: la material que es la realizada por la persona investigada y la técnica que es materializada por un profesional del derecho), siendo esta tripleta indispensable para el desenvolvimiento de cualquier audiencia. Y se menciona que lo anterior, como algo básico, ya que también pueden participar el ministerio público, las víctimas de manera activa, pero su participación no es vital para el desarrollo litigio.

Con la transición de sistemas, se realizaron muchos cambios, entre ellos encontramos lo relacionado con la flagrancia, se robusteció la figura, ya que pasamos de tres formas que contemplaba la Ley 600 del 2000 en su artículo 345 a cinco de acuerdo al artículo 301 de la Ley 906 de 2004. Pero en el mismo sentido ocurrió con el debido proceso (artículo 302) y materialización del derecho a la defensa (artículo 303), ya que se establecieron como pautas para ser verificados cuando se realicen capturas.

El cambio de sistema buscaba dos objetivos: ayudar a mitigar la congestión judicial que se vivía para el año 2004 y ser más garantista. Por lo que se implementó grandes transformaciones, una de ellas fue la distinción entre el juzgador y acusador, y esto se vio reflejado en la supresión de las funciones jurisdiccionales a la fiscalía, dejándolas de manera exclusiva en manos de los jueces, en cualquier etapa del proceso. Creando así una de las figuras más novedosas que se introdujo con el nuevo sistema: Juez de Control de Garantías.

El actuar del Juez de Control de garantías es la protección de los derechos fundamentales y garantías procesales dentro del proceso penal, cuando estos se vean limitados o restringidos para el inicio o continuidad de la investigación penal que adelanta la fiscalía. El mismo puede llegar

a conocer del procedimiento de legalización de captura, realizar la vinculación al proceso a través de la imputación, la restricción de la libertad por medio de la solicitud de medida de aseguramiento, control previo o posterior de las solicitudes que impliquen las restricciones de derechos fundamentales como órdenes de allanamiento, búsqueda selectiva en bases de datos, entre otras.

Ahora, es de observarse que las garantías primarias y secundarias se encuentran establecidas dentro de la normatividad penal colombiana y se podría decir que por lo menos en la teoría, no se darían algún tipo de violación de las mismas, pero sabemos que la norma es aplicada por personas que por su condición de humanidad tienden al error y se debe salvaguardar estos derechos fundamentales.

Esta figura de Juez del Control de Garantías representa la protección por parte del Estado a las garantías primarias y secundarias, en palabras de Ferrajoli, es decir, él salvaguarda de los derechos sustanciales y procedimentales dentro del proceso penal en la fase de indagación, investigación y hasta el juicio que realiza la fiscalía. No significa que las actuaciones del ente acusador estén viciadas o sean de mala fe, esto solo se da por él no puede realizar el control de legalidad de sus propios actos, ni el juzgador ejecutar actividades judiciales con el fin de acusar, premisa máxima del sistema acusatorio.

Ahora, como uno de los objetivos que se quería con la implantación del sistema era la descongestión judicial y no se logró, se buscó realizar un proceso más corto y después de varios intentos, se materializó con la Ley 1826 del 2017, creando lo que se llamó: procedimiento abreviado.

Se entiende por proceso ordinario el que se implementó con la Ley 906 de 2004, el cual cuenta con cuatro momentos procesales que son: audiencia de imputación, acusación, preparatoria y juicio oral. En este nuevo procedimiento abreviado solo consta tres momentos: el primero se da con la vinculación del proceso, esta se hace por medio del traslado de escrito de acusación (donde se unen la imputación y se realiza la presentación del escrito de acusación), una

segunda instancia en lo denominado audiencia concentrada (se da la unión de la realización de la acusación y la preparatoria) y por último, el juicio oral.

En ambos procedimientos una de las formas de la vinculación al proceso, es cuando se realiza captura en flagrancia, pero que previo a cualquier actuación se debe realizar la audiencia de legalización de captura y en este punto presentan notables diferencias, las cuales son de interés.

Dentro del proceso ordinario todas las capturas en flagrancia son legalizadas con el Juez de Control de Garantías sin importar si se requiere o no medida de aseguramiento, no ocurre lo mismo si estamos frente al procedimiento abreviado aquí el ente acusador, solo deberá acudir ante el juez cuando se quiera solicitar medida de aseguramiento. En los demás casos, la fiscalía podrá vincular sin que la judicatura realice ningún tipo de control.

Lo anterior, lleva a una primera pregunta y es: ¿En los casos de captura en flagrancia que se adelante por el procedimiento abreviado y que no requiera medida de aseguramiento puede la fiscalía vincular al proceso sin el control de legalidad de la captura? La respuesta inmediata es si, así quedo facultada por la ley 1826 de 2017, el paso que sigue es que le dé la libertad a la persona y el proceso siga su curso.

Así las cosas, surge otra inquietud ¿Entonces la fiscalía declara la legalidad de la captura en el procedimiento abreviado cuando no requiere una solicitud de medida de aseguramiento? La respuesta es si, se necesita que está lo declare legal, para que pueda realizar la vinculación al proceso por medio del traslado de escrito de acusación.

Entonces ¿La legalización de una captura es o no es una decisión jurisdiccional? De acuerdo con lo establecido por el legislador a partir el 2004, lo es y esto obedece a varias razones. Se parte de la base que el derecho a la libertad, el debido proceso y el derecho a la defensa, fueron consagrados como principios rectores y garantías procesales dentro del proceso penal, se detalló el paso a paso que se debe constatar desde el artículo 295 hasta el artículo 303 de la mencionada normatividad, estableciendo los derroteros a verificar cuando la privación de la

libertad se realice por orden de captura o por captura en flagrancia. Por todo lo anterior, se debía tener un juez natural para tratar dichos asuntos que fue denominado: Juez de Control de Garantías, revistiéndolo de funciones jurisdiccionales para la declaratoria de legalidad o ilegalidad de un procedimiento de captura, por lo que si fue considerada una decisión jurisdiccional.

Lo anterior, lleva un siguiente cuestionamiento ¿Por qué dentro del procedimiento abreviado, se le permite a la fiscalía declarar legal los procedimientos de captura en flagrancia y realizar la vinculación de una persona al proceso, siempre que no requiera una solicitud de medida de aseguramiento? La respuesta es que bajo la luz de la Ley 1826 no es que se autoriza la declaratoria de legalidad, solo se le admite estudiar la legalidad o ilegalidad de la captura y poder vincular al proceso. Pero un estudio detallado, indica que si se le devolvió de manera parcial, casi imperceptible la función de juzgador y acusador, ya que juzga sus propios actos al interior del procedimiento de captura, decide sobre su legalidad o ilegalidad en los casos que no se quiera solicitar medida de aseguramiento y luego si se ajusta a la ley acusa, todo esto sin ningún tipo de control por parte de judicatura, sin contar que esta es una función que fue dada al juez de control de garantías por la ley 906 de 2004, volviendo así a un sistema inquisitivo.

¿Y se vuelve así parcialmente a un sistema inquisitivo? Si, en los casos que la defensa material o técnica considere que el procedimiento de captura no cumple con los requisitos de ley, se ve limitada en su ejercicio a la defensa. Se podría pensar que la defensa puede radicar la solicitud inmediata de la realización de la audiencia de legalización de captura ante el Juez de Control de Garantías, pero tendría las mismas 36 horas que le da la ley para que se verifique dicho procedimiento y es el mismo término utilizado por la fiscalía para realizar los actos urgentes, decidir si vincula o no a la persona al proceso, ya que se debe esperar por las partes el llamado por parte de la fiscalía para la vinculación. Por otro lado, como el ente acusador no tiene funciones jurisdiccionales, no es posible debatir las irregularidades que se vean, dejando sin camino y restringiendo de manera evidente la práctica del derecho a la defensa.

Ahora, ni el procesado, ni la defensa técnica deberían tener la carga de acudir ante el Estado, en la búsqueda de un Juez, para que estudie las garantías y derechos fundamentales de un procedimiento que afecta el derecho a la libertad, ya que como un Estado Social de Derecho debe

ser este, el que provea todos los mecanismos para que los derechos fundamentales y garantías procesales estén cubiertos desde la norma, en los diferentes procedimientos establecidos, un aparato de justicia con funciones claras y más cuando de la restricción de la libertad se trate.

Ahora ¿Fue la intención del legislador o del ministerio de justicia volver a un sistema inquisitivo? No se podría predicar eso, ya que dentro del la sustentación del proyecto de ley que dio vida a la Ley 1826 de 2017 y con ella al procedimiento abreviado, se argumentó que el objetivo era mitigar la congestión judicial y haciendo un proceso más corto con la selección de conductas querellables se lograría lo deseado.

Las conductas querellables son aquellas que en principio están enlistadas en el artículo 74 de C.P.P, esto con base en que representan una menor lesividad. Ahora en el artículo 10 de la Ley 1826, se enlistaron las conductas que se podían tramitar por este procedimiento y con sorpresa se observa que están conductas como el hurto calificado, hurto agravado, la violencia intrafamiliar, entre otras, las cuales tiene las siguientes características: son de alta incidencia nacional, es decir, son cometidas con frecuencia, son investigables de oficios, tienen penas altas y tienen prohibiciones legales de conceder subrogados penales. A diferencia de las conductas querellables que no tienen tanta incidencia nacional, se requiere del querellables legítimo para darle trámite, las penas no son altas y no tiene prohibiciones legales en relación son subrogados penales en casos de condenas. Por lo que las conductas elegidas no fueron aquellas de menor lesividad, sino no de mayor concurrencia, en punto de llegar a la descongestión judicial.

Otra característica que tiene la elección de estas conductas, es solo son competencia es de los Jueces Penales Municipales con Función de Conocimiento y nada se hizo con los Jueces Penales del Circuito con Función de Conocimiento. Teniendo en cuenta esto, las estadísticas en que se sustentó fueron las del año 2015 cuando se radicó el proyecto de ley y a manera de estudio se revisaron las del año 2020, año en que la Rama Judicial inició su reporte estadístico con ambos procedimientos. Para el año 2015, se radicarón ante los Jueces Penales Municipal de Conocimiento la suma de 15.353 ingresos efectivo, es decir, proceso que ingresaron a la etapa de juzgamiento y para el año 2020 se recibieron 35.517, lo que indica que se entraron 20.164 más, lo

que se traduce en que se realizó un aumento de 56.7%, conclusión la congestión sigue y el procedimiento abreviado no fue la respuesta.

La existencia de la congestión judicial es real y el hecho de que se debe tomar medidas para mitigarla es una urgencia, pero esta no puede ser la excusa para realizar reformas al sistema que atente en contra de su esencia. El ordenamiento penal no debería responder al modelo eficientista como lo señala Alejandro Aponte, esto es, querer lograr la mayor cantidad de decisiones judiciales en el menor tiempo posible, sin el respeto propio de las garantías fundamentales, solo con el fin de enviar a la sociedad el mensaje de que el Estado con su poder punitivo realiza justicia.

Tener una corriente eficientista dentro del sistema acusatorio, puede traer varias consecuencias, en primera medida que el sistema sufra un deterioro en todo lo relacionado con el respeto por las garantías y derechos fundamentales; en segundo lugar tenemos que existe un riesgo de volver a un sistema inquisitivo de manera parcial y casi imperceptible, que llevaría a un sistema penal mixto con tendencia inquisitiva y la consecuencia inmediato es el debilitamiento por la las garantías fundamentales del proceso. Por último, tendríamos el concepto de administración de justicia sea entendida por la sociedad como simples decisiones judiciales que responde al furor del pueblo y de lo que ellos consideren justicia; y no como el conjunto de normas y garantías que en derecho respetan cada uno de los actores que la conforman de acuerdo al rol que les a tocado desempeñar.

En aras de realizar una revisión con el derecho comparado, encontramos que este procedimiento abreviado, ha sido implementado en otras legislaciones como en Chile de acuerdo con la Ley No. 19.696, Código Procesal Penal Chileno y Uruguay con Código de Proceso Penal, Ley 19.293 del 2014, el cual fue modificado por la Ley Nº 19.436 de 23/09/2016 artículo 3.

En la legislación chilena solo se puede acudir a este tipo de procedimiento cuando la pena no supere los 5 años de prisión y en el caso de la uruguay que no rebase la pena minina de 4 años de prisión, es decir, que el criterio para que una conducta sea adelantado por el procedimiento

abreviado es la lesividad de la misma, teoría fue el fundamento para la presentación del proyecto de ley en Colombia, pero que terminó en conductas que parte de los 8 y hasta 12 años de prisión como pena mínima.

La descongestión fue pensada para los procesos que se adelantan ante los Jueces Penales Municipales con función de conocimiento, pero no se habló de congestión de los Jueces Penales de Control de Garantías, y esto obedece a una razón los jueces de garantías fueron pensados al interior del sistema para la protección de los derechos fundamentales que deban ser restringidos o limitados dentro del proceso en la etapa de indagación y de investigación o juicio cuando así se requiera, por lo que sus audiencias tienen las características de ser concentradas e inmediatas, lo que no genera una fuerte congestión.

Entonces tenemos que el sistema acusatorio en Colombia, nació con unas partes definidas en el proceso penal, al igual que sus roles y es: juez, fiscalía y defensa. La fiscalía como ente acusador debía tener control previo o posterior de sus actos ante un juez y que en relación con los derechos fundamentales que restringen o limiten dentro de la etapa de indagación, investigación o juzgamiento este sería el Juez de Control de Garantías, lo lleva a ser el juez natural para esos asuntos, respetando así del debido proceso.

Lo anterior, fue así hasta que entró en vigencia la Ley 1826 de 2017 en su artículo 13 el cual dio origen al artículo 536 del C.P.P y estableció la forma de realizar el traslado de escrito de acusación, siendo un acto entre parte: fiscalía y defensa, sin la intervención del juez. En su parágrafo 4 precisa que este traslado equivale a la formulación de imputación, lo que no es más que la manera de vincular al proceso.

En el artículo 537 C.P.P adicionado por la Ley 1826 de 2017 en su artículo 14, es la única disposición que se tiene dentro de la misma, en donde se habla de la privación de la libertad o la solicitud de su restricción, el cual manifiesta:

ARTÍCULO 537. TRASLADO DE LA ACUSACIÓN EN AUDIENCIA DE SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 1826 de 2017. En los eventos en los que resulte procedente la imposición de una medida de aseguramiento, el Fiscal dará traslado del escrito de acusación al inicio de la audiencia, acto seguido se procederá de conformidad con lo previsto en los artículos 306 y siguientes de este código.

Este es el artículo que autoriza a la fiscalía a acudir ante el Juez de Control de Garantías de manera clara, que solo en los eventos que se requiera una medida de aseguramiento, sin hacer distinción de sí la vinculación al proceso se hace por procedimiento de captura en flagrancia, orden de captura o por citación al indiciado.

Lo que faculta por omisión a la fiscalía a que no importa por cuál figura se realice la vinculación al proceso, siempre que no se requiera una solicitud de medida de aseguramiento dentro de una investigación y que está se adelante por el procedimiento abreviado, no se requerirá al Juez de Control de Garantías para ninguna verificación o protección derecho fundamentales.

Lege ferenda

Se propone, como lege ferenda, la modificación del artículo 537 del Código de procedimiento Penal, artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 1826 de 2017, en función de seguir salvaguardando el espíritu del sistema penal acusatorio, manteniendo la distinción entre acusador y juzgador. Ya que, con esta propuesta, no se afecta el objetivo de la Ley 1826 de 2018, el cual es mitigar la congestión judicial y si, en cambio, se protegen los derechos y garantías fundámételes que se restringe en una captura en flagrancia, no son de poca monta, respondiendo así a las necesidades de la administración de justicia y el respeto de los derechos fundamentales, más no al eficientísimo judicial.

Como base legal tenemos que se daría protección a los derechos fundamentales que se establecieron el Pacto Internacional de Derecho Civiles, Convención Interamericana de Derechos Humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, así también al artículo 28 (derecho a la libertad) el artículo 29 (debido proceso) de la Constitución Política. A los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo cual se propone la modificación y adición de un párrafo del artículo 537 C.P.P adicionado por la el artículo 14 de la ley 1826 de 2017, como nuevo texto:

“ARTÍCULO 537. TRASLADO DE LA ACUSACIÓN EN PROCEDIMIENTO DE CAPTURA. Artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 1826 de 2017. En los eventos que se realice procedimiento de captura por orden de captura o captura en flagrancia, el Fiscal dará traslado del escrito de acusación previo legalización de captura ante el juez de control de garantías.

Parágrafo. En los eventos en los que resulte procedente la imposición de una medida de aseguramiento, se procederá de conformidad con lo previsto en los artículos 306 y siguientes de este código.

Bibliografía

- National Archives. (2019). National Archives. Recuperado el Octubre de 2021, de National Archives: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.
- Consejo Constitucional. (s.f.). Consejo Constitucional. Recuperado el 2021 de Septiembre , de Consejo Constitucional: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>.
- Organización de las Naciones Unidas . (s.f.). Recuperado el 2021 de Septiembre, de Organización de las Naciones Unidas : <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- García, L. X. (diciembre de 2019). Detección ilegal y libertad personal en sujetos de especial protección constitucional en Colombia. *Temas Socio Jurídicos*, 38(77), 130.
- Jiménez, J. E. (2012). Modelo hermenéutico del debido proceso en Colombia. *Estudio de derecho*, LXIX(153), 215 - 244.
- Pérez, E. S., & C. R. (2019). La experiencia del debido proceso en la jurisdicción colombiana. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*(49), 139 - 170.
- Camargo, E. M. (Enero - Junio de 2010). El debido proceso en el sistema penal colombiano: el alcance de la Ley 906 de 2004. *Revista Republicana*(8), 15 - 49.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 12: Debido proceso . Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 12: Debido proceso.
- Beltrán, A. (2008). El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional.

Arrieta, K. N., & M. D. (29 de Abril de 2010). El derecho de defensa y la estrategia del silencio. Recuperado el Septiembre de 2021, de Universidad Militar Nueva Granada: <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/4705>.

Helena. (2001 - 2021). Etimología. Recuperado el Agosto de 2021, de De Chile : <http://etimologias.dechile.net/?libertad>.

Real Academia Española. (s.f.). Rae. Recuperado el Agosto de 2021, de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/libertad>.

Ariza, S. (2017). El concepto de libertad en la República de Platón. Revista de Estudios sobre as Origens do Pensamento Ocidental.(19).

Pérez, L. R. (Diciembre de 2012). La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucionales. Cuestiones constitucionales(27).

Patterson, O. (s.f.). La libertad en la construcción de la cultura occidental. Andres Bello . Gemmell, M. A. (s.f.). ¿Qué son los Derechos Humanos? Evolución historia. Guatemala. 1787, C. d. (18 de Julio de 2019). National Archives. Recuperado el Abril de 2021, de National Archives: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

CASTILLO, A. Z. (2007). ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional.

Ramírez, M. A. (21 de Octubre de 2004). EL DEBIDO PROCESO. Revista Hispanoamericana de Derecho, 15.

Rescia(, V. M. (1998). EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. LIBERAMICORUM, 2, 1295 - 1328.

Agencia para le Desarrollo Internacional (USAID). (2009). Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano . Bogotá D.C, Colombia: D'Vinni S.A.

Hoyos, L. F. (s.f.). Análisis jurídico del término de legalización de capturas en Colombia. Colombia.

Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. (2009). *Énicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá, Colombia .

Real Academia Española. (2014). RAE. Recuperado el 10 de 2021, de RAE:
<https://dle.rae.es/flagrar>.

Arcibia, E., Erwin Garcia, G. G., N. M., A. M., & C. V. (Diciembre de 2011). *La flagrancia en el nuevo procesal penal. La flagrancia en el nuevo procesal penal*. Lima, Perú.

Barajas, A. C. (2016). *Flagrancia: estudio de los requisitos en cada una de sus modalidades y la inmediatez como exigencia necesaria del instituto*. Recuperado el Octubre de 2021, de Universidad Autonoma de Buramanga: <http://hdl.handle.net/20.500.12749/11781>.

Ponce, M. (2019). *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral. Estado de Querétaro, México : Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*.

Reyes, T. (2020). *Derecho penal: de lo inquisitivo a lo acusatorio. Estudio Socio-Juríco*, 1- 23.

Carbonell, M. (2010). *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* México : Porrúa.

Ferrajoli, L. (2010). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

CIJUL. (2008). *Sistemas Procesales Del Derecho Penal*. Centro de información jurídica en línea , 1 - 16.

CIJUL. (2008). *Sistemas procesales del derecho penal . Centro de información jurídica en Línea . Costa Rica : Universidad de Costa Rica*.

Bernal, G. (Julio de 2016). *Las reformas procesales penales en Colombia*. *Revista IUSTA*(22), 45 - 65.

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". (2006). Principales transformaciones del derecho procesal penal: un análisis estructural . Bogotá D.C, Colombia.

Guerrero, O. (2005). El juez de control de garantías. En C. S. Administrativa, Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal penal. Los gran desafíos de Juez Penal Colombiano. Bogota D.C, Colombia.

Defensoría Penal Pública. (s.f.). Defensoría Penal Pública. Recuperado el 2022 de Marzo , de Defensoría Penal Pública:
https://www.dpp.cl/pag/89/246/preguntas_frecuentes#:~:text=El%20Juez%20de%20Gara,nt%C3%ADa%20se,Tribunal%20Oral%20en%20lo%20Penal.

USID. (2009). Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Manual general para operadores judiciales . Bogotá D.C , Colombia.

Función pública. (24 de noviembre de 2011). Función pública. Recuperado el 2022 de marzo, de Función pública:
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44803.>

Molina, L. (2018). Una reflexión sobre el nuevo procedimiento penal abreviado y el acusador privado. Verba Iuris , 107 - 122.

Dirección Nacional de Defensoría Pública. (2018). Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Bogotá D.C, Bogotá D.C : Diagramación e Impresión.

Ministro de Justicia Dr. Yesid Reyes Alvarado y otros. (12 de Agosto de 2015). Congreso de la República de Colombia. Recuperado el 2022 de Octubre , de Congreso de la República de Colombia: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2014-2018/2015-2016/article/48-por-medio-del-cual-se-definen-las-contravenciones-penales-se-establece-un-procedimiento-especial-abreviado-para-ellas-y-se-regula-la-figura-del.>

Buitrago, J., & E. N. (Mayo - Agosto de 2016). Registros de la criminalidad en Colombia y actividad operativa de la Policía Nacional durante el año 2015. Criminalidad , 58(2), 9 - 20.

Pavas Sánchez, C. (2019). Análisis del criterio de menor lesividad en el procedimiento penal especial abreviado. Bogotá, Colombia . Recuperado el Octubre de 2021, de Universidad Santo Tomás: <http://hdl.handle.net/11634/16823>.

Diccionario Panhispánico del español jurídico. (2020). PANHISPÁNICO. Recuperado el Marzo de 2022, de PANHISPÁNICO: <https://dpej.rae.es/lema/jurisdicci%C3%B3n>.

Ligarreto, L. (2014). De la función jurisdiccional de la dirección de impuestos y aduanas nacionales : un estudio acerca de su constitucionalidad y legalidad. De la función jurisdiccional de la dirección de impuestos y aduanas nacionales : un estudio acerca de su constitucionalidad y legalidad. Bogotá, Colombia . Recuperado el marzo de 2022, de Repositorio institucional Universidad Católica de Colombia: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/2248>.

Aponte, A. (2020). El derecho penal en una perspectiva de paz: de la tensión entre "eficientismo" y garantismo en el caso Colombiano. 1 - 6.

Ubaté, J. (2019). JUSTICIA DE CONFORMIDAD ENTRE PARTES Y ACEPTACIONES UNILATERALES EN EL SISTEMA PENAL CON TENDENCIA ACUSATORIA EN COLOMBIA. Bogotá , Colombia.

Valencia, J. (24 de enero de 2017). Perseo Valencia. Recuperado el marzo de 2022, de Perseo Valencia: <http://perseovalencia.blogspot.com/2017/01/ley-1826-de-2017-y-el-concepto-del.html>.

García Micolta, J. A. (22 de 03 de 2017). cacia del derecho penal como control social. un análisis desde la teoría garantista del estado constitucional de Luigi Ferrajoli. cacia del derecho penal como control social. un análisis desde la teoría garantista del estado constitucional de Luigi Ferrajoli. Santiago de Cali, Colombia: Universidad Autónoma de Occidente.

Ferrajoli, L. (Julio - diciembre de 2006). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales(15), 113 - 136. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>.

Ferrajoli, L. (2018). El Paradigma Garantista. Luigi Ferrajoli Filosofía crítica del derecho penal. (D. I. Spin, Ed.) Editorial Trotta.

Álvarez, L. (2010). LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS. Revista Telemática de Filosofía del Derecho(13), 311-324.

Alvarez, L. (2010). Los derechos y sus garantías. Telemática de Filosofía del Derecho(13), 331 - 324.

Ávila, J. T. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. Revista de Derecho(47), 138 -166.

Bernad, A. F. (2018). DOGMÁTICA Y GARANTISMO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. Libertas.

Ferrajoli, L. (2006). Garantismo penal. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

DAVID GARCIA VANEGAS, O. H. (Diciembre de 2008). Evolución del sistema penal acusatorio en el marco del derecho germano, anglosajón y colombiano. Misión Jurídica, 1(1), 91 - 108.

Taborda, J. E. (Enero - Junio de 2007). Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o "Sistema procesal penal acusatorio". Co-Herencia, 4(6), 5.

Archila, E., Torres, H., & Huertas, O. (2022). Principio de oportunidad y política criminal sistémica. Bogotá D.C: Temis S.A.

Vázquez, J. E. (1996). La defensa penal. Argentina: Rubizal Culzoni.

Hernández, C. (2013). El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio. Ciencia JURISICA(4), 23 - 39.

Ferrajoli, L. (Julio - Diciembre de 2006). Sobre los derechos fundamentales. Revista Juridica UNAM(15).

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (2000). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 2021 de Octubre, de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>

Castellanos, A. (junio de 2016). Flagrancia: estudio de los requisitos en cada una de sus modalidades y la inmediatez como exigencia necesaria del instituto. Revista Estr@do, 03(05), 12 - 33.

Corte Constitucional. Sentencia 303 de 2019. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. Sentencia T 496/92. Magistrado Ponente:Dr. Simon Rodriguez Rodriguez.

Corte Constitucional. Sentencia T 572/92. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Sanin Greiffenstein.

Corte Constitucional. Sentencia T 383/00. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-341/14. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia T 140/93. Magistrados: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-025/09. Magistrado Ponente:Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-069/09 Magistrada Ponente: Dr. Clara Inés Vargas Hernán.

Corte Suprema de Justicia, sala de casacion penal. Sentencia No. 18517 de Marzo 03 de 2004, Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994 M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C - 303 del 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. Sentencia C - 239 del 2012. M.P Juan Carlos Henao Perez.

Corte Constitucional sentencia C-025 de 2009. M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional sentencia C-879 de 2008. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional sentencia C-936/10. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Tabla de figura

Diagrama No. 1. Situación 1 de captura en flagrancia (Fiscalía).....	Pag. 42
Diagrama No. 2. Situación 2 de captura en flagrancia (Fiscalía)	Pag. 43
Diagrama No. 3. Situación 3 de captura en flagrancia (Fiscalía).....	Pag. 44
Diagrama No. 4. Situaciones de ilegalidad de captura.....	Pag. 51
Diagrama No. 5. Situación 1 de captura en flagrancia (Defensa)	Pag. 54
Diagrama No. 6. Situación 2 de captura en flagrancia (Defensa).....	Pag. 55
Diagrama No. 7. Situación 3 de captura en flagrancia (Defensa).....	Pag. 56
Ilustración No. 1. Reportes de delitos en los juzgados penales municipales con función de conocimiento en el año 2020	Pag. 79
Ilustración No. 2 Reportes de delitos en los juzgados penales municipales con función de conocimiento en el año 2015	Pag. 80
Diagrama No. 8. Esquemas de las etapas procesales Ley 906 de 2004 y Ley 1826 de 2017.).....	Pag. 83
Anexo 1. Análisis del debido proceso en la legislación internacional y nacional	
Anexo 2. Análisis del derecho a la defensa legislación nacional e internacional	
Anexo 3. Respuesta Consejo Superior de la Judicatura - Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de fecha 02 de junio de 2021, radicado UDAE021 – 899 .	
Anexo 4. Respuesta Consejo Superior de la Judicatura - Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de fecha 04 de abril de 2022, radicado UDAE022 - 497.	
Anexo 5. Respuesta Fiscalía general de la nación , radicado No. 20219430003531 de fecha 30 de agosto de 2021	

