

CIRCULAR EXTERNA
No. 04

Para: Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial y Ministerio de Defensa Nacional

De: MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA
Directora
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-

Asunto: Lineamientos para prevenir el daño antijurídico por privación injusta de la libertad

Bogotá, D.C., 15 de marzo de 2023

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 otorgó competencias en materia de defensa judicial y prevención de las conductas y del daño antijurídico a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De conformidad con este marco normativo, a la entidad le corresponde recomendar, en aquellos casos que considere pertinente, las acciones y gestiones que deban adelantar las entidades públicas para una adecuada prevención y defensa de los intereses de la Nación¹.

La privación injusta de la libertad se encuentra entre las causas más importantes de litigios en contra de la Nación, con 8.323 demandas activas y pretensiones por 14,4 billones de pesos. Entre las entidades más demandadas están: i) la Fiscalía, con 7.668 procesos y 13,6 billones en pretensiones; ii) la Rama Judicial, con 6.963 procesos y 12,2 billones en pretensiones; y iii) la Policía Nacional, con 1.111 procesos y 2,1 billones en pretensiones. Adicionalmente, la tasa de éxito por esta causa ha pasado del 39%, en el año 2016, al 77,8% en el año 2023².

Conforme con el estudio y análisis de la jurisprudencia reciente efectuada por la Agencia se ha podido establecer que los siguientes son algunos de los supuestos por los cuales distintas entidades públicas han sido condenadas³:

- a. Cuando queda acreditado que la conducta por la cual se investigaba a una persona privada de la libertad no constituyó un hecho punible⁴.

¹ Artículo 6°, ordinal 1, Decreto Ley 4085 de 2011.

² Fuente eKOGUI. Datos con corte al 28 de febrero de 2023. El total de procesos no corresponde a la sumatoria del número de procesos por entidad, porque en un proceso pueden estar vinculadas dos o más entidades.

³ La mayor parte de las condenas se profieren en contra de la Fiscalía y la Rama Judicial.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2011-00514 del 27 de septiembre de 2018.



- b. Cuando la conducta era atípica y por ello no se reunían los requisitos para que se dictara una medida de aseguramiento⁵.
- c. Cuando no se cometió delito alguno y la detención se dio con fundamento en informes contrarios a la realidad⁶.
- d. Cuando se impuso una medida de detención preventiva sin el cumplimiento de los requisitos legales aplicables al momento de los hechos⁷.
- e. Cuando se produce la captura sin el lleno de requisitos legales, cuando había prescrito la acción penal o con extralimitación de funciones.
- f. Cuando la captura se produce sin una previa, debida y seria verificación de la tipicidad de la conducta, con fundamento en pruebas sin credibilidad o con base en informes y sin recolección de evidencia.
- g. Cuando se presenta un error judicial, un error en la actuación o en el procedimiento de la entidad.
- h. Cuando la privación de la libertad es consecuencia de una indebida valoración del material probatorio de cara a la definición de la situación jurídica del procesado.
- i. Cuando se produce una incorrecta identificación o individualización del autor del delito.

El presente lineamiento es una herramienta para orientar a las entidades acerca de las obligaciones y acciones que deben adelantar en las actuaciones que involucran la decisión de privar de la libertad a una persona, con el fin de mitigar la incursión en falencias como las enunciadas, prevenir procesos judiciales y condenas en contra de la Nación sobre la materia.

El documento consta de dos capítulos: i) el primero contiene unas consideraciones generales sobre la facultad constitucional y legal para imponer medidas privativas de la libertad; y ii) el segundo, establece los lineamientos para la adecuada adopción de medidas, con el fin de disminuir la litigiosidad y las condenas por privación injusta de la libertad.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2008-00159 del 3 de diciembre de 2018.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2009-00007 del 7 de octubre de 2019.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2011-00315 del 18 de octubre de 2018.



I. Sobre la facultad del Estado para imponer medidas restrictivas de la libertad

De conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional, la libertad es un derecho fundamental⁸. Sin embargo, este no es absoluto, puede ser limitado en aquellos casos expresamente establecidos por el legislador, siempre y cuando la restricción o privación de la libertad se encuentre justificada en la protección de derechos o bienes constitucionales⁹.

En ese sentido, la privación de la libertad será legítima en tanto se realice en el marco del proceso penal a través de dos formas. La primera, por medio de la imposición de una medida de aseguramiento de carácter preventivo y, la segunda, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal del acusado.

En lo referente a las medidas de aseguramiento, es importante precisar que estas se encuentran sometidas a unos límites formales y sustanciales, cuyo fin último es la protección de la dignidad humana¹⁰; por lo cual, las disposiciones que autorizan su imposición como forma de restricción preventiva: i) tienen carácter excepcional; ii) solo pueden ser interpretadas restrictivamente; y iii) su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales¹¹.

Por una parte, los límites formales hacen referencia a las condiciones mínimas para restringir el derecho a la libertad de manera legítima¹², los cuales son: i) la reserva de ley para la creación de las medidas privativas de la libertad¹³; y ii) la reserva judicial para la imposición de estas¹⁴.

⁸ Artículo 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 (...).

⁹ Ver Corte Constitucional, sentencias C-581 de 2001 del 6 de junio de 2001 y C-469 de 2016 del 31 de agosto de 2016, entre otras.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016 del 31 de agosto de 2016.

¹¹ Ley 906 de 2004, artículo 295. Afirmación de la libertad. Sobre el particular, también ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente SP1832-2019, 28 de mayo de 2019.

¹² Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016 del 31 de agosto de 2016.

¹³ Al respecto la Corte Constitucional ha indicado: «La Constitución establece una estricta reserva legal en materia de libertad personal, por lo cual un mandamiento de captura sólo puede fundarse en motivos previamente definidos en la ley en sentido formal y no en una norma administrativa aun cuando ésta sea general (...)» Sentencia C-024 de 1994 del 27 de enero de 1994.

¹⁴ La Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente: «En materia del derecho a la libertad personal, el constituyente ha estructurado una serie de garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducido a prisión, arresto o detención (CP artículo 28). En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad (...)» Sentencia T-490 de 1992 del 13 de agosto de 1992.



Por otra parte, los límites sustanciales son aquellos con la "...capacidad para contrarrestar los excesos en el uso de las ordenes cautelares, pues están dirigidos a su contenido y a las estrictas justificaciones constitucionales en que deben estar soportadas"¹⁵. Dichos límites son: i) los motivos de procedencia de la restricción; ii) la excepcionalidad; iii) la proporcionalidad; y iv) la gradualidad de las medidas¹⁶.

Conforme con lo anterior, es posible concluir que la privación de la libertad es de carácter legítimo, como excepción a la regla general, siempre y cuando en el proceso penal se cumplan los requisitos que la Constitución¹⁷ y la Ley¹⁸ establecen.

Como bien es sabido, el cumplimiento de dichos requisitos está a cargo de diferentes autoridades, en tanto el procedimiento penal colombiano contempla la separación de las funciones. La investigación y acusación corresponde a la Fiscalía General de la Nación¹⁹, mientras que la etapa de juzgamiento y todo lo

¹⁵ Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016 del 31 de agosto de 2016.

¹⁶ Sobre los límites sustanciales, la Corte Constitucional definió: «1. los motivos de procedencia o estricta legalidad imponen al legislador la redacción de figuras punibles y sanciones claras, precisas e inequívocas que proporcionen seguridad al ciudadano (...); 2. Excepcionalidad: (...) en el trámite del proceso penal, implican unas de las injerencias más invasivas del Estado en los derechos fundamentales del imputado, como se ha subrayado. Por esta razón y bajo el entendido de que son preventivas y su imposición está sujeta a precisas justificaciones, solo pueden ser decretadas de forma excepcional. Este límite proviene de mandatos constitucionales y de normas internacionales en materia de derechos humanos; 3. Proporcionalidad y necesidad: (...) es el marco de referencia que debe seguir el legislador en el establecimiento de los requisitos y supuestos de las medidas de aseguramiento, limitativas en especial del derecho a la libertad personal, de la misma manera que en las condiciones para su imposición (...); 4. Gradualidad: (...) es un criterio que debe ser seguido por el juez al determinar y seleccionar la imposición de una medida de aseguramiento, precisamente con arreglo al esquema diferencial de cautelas previsto por el legislador. No obstante, esa obligación del juez precisamente depende y es al tiempo una manifestación del modelo gradual de medidas que la ley está obligada a contemplar como forma de respeto a la proporcionalidad y a la necesidad de cada una de ellas (...) Sentencia C-469 de 2016 del 31 de agosto de 2016

¹⁷ Artículo 28. «(...) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley». También artículo 250.1. «...medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas».

¹⁸ Artículo 2 de la Ley 906 de 2004 «(...) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido 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». También artículos 295 a 314. Captura y medidas de aseguramiento.

¹⁹ Constitución Política. Artículo 250: «La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...) Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio (...)». Sobre el particular, Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005, del 9 de junio de 2005.



relacionado con las actuaciones que requieran autorización y control judicial²⁰, está atribuida a los Jueces de la República²¹.

Adicionalmente, la Policía Nacional participa activamente en diferentes etapas mediante el apoyo y/o ejecución de las órdenes judiciales²².

Por ello, las entidades mencionadas y, particularmente, los servidores públicos encargados de desempeñar las funciones asociadas a los postulados expuestos, son los directos destinatarios de los lineamientos que se enunciarán.

II. Lineamientos para prevenir demandas y condenas por privación de la libertad

El presente aparte contiene algunas recomendaciones dirigidas a quienes como servidores públicos y agentes del Estado participan de las distintas fases del proceso penal, a cuyo cargo se encuentran las diferentes actuaciones con las que se decide solicitar, imponer y ejecutar una medida de restricción del derecho a la libertad. Las recomendaciones se presentan conforme a las siguientes etapas:

1. Antes de tomar la decisión de solicitar una medida restrictiva o privativa de la libertad.
2. En el trámite de la orden de captura.
3. Durante el procedimiento de captura.
4. Durante la diligencia de legalización de la captura.
5. Durante la audiencia de solicitud e imposición de la medida de aseguramiento.
6. Durante las audiencias de juicio.

²⁰ Por ejemplo, todo aquello que deba resolverse en las audiencias preliminares ante los jueces con función de control de garantías. En específico, sobre lo que aquí interesa, ver Corte Constitucional, sentencia C-163 de 2008): «La condición de garante del juez se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones, los cuales cobran particular relevancia en dos momentos: (i) cuando desarrolla la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley; y (ii) cuando cumple la labor de controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene». Sobre el particular, la jurisprudencia penal también ha señalado que este Juez tiene una función de "contención". Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente SP3702-2019, 6 de septiembre de 2019.

²¹ Sobre las características del Sistema Penal Acusatorio y las competencias de los jueces con función de control de garantías y jueces con función de conocimiento, en las fases de investigación y juzgamiento, respectivamente, ver Corte Constitucional, sentencia C-118 de 2008 del 13 de febrero de 2008.

²² A través de las funciones de policía judicial (artículo 201 de la Ley 906 de 2004) o en ejercicio de la actividad de policía de vigilancia (artículo 205 de la Ley 906 de 2004).



1. Antes de tomar la decisión de solicitar una medida restrictiva o privativa de la libertad

La libertad es un principio rector del procedimiento penal, razón por la cual el uso de la privación de aquella como medida de aseguramiento es de carácter excepcional²³. Bajo ese entendido, antes de realizar dicha solicitud la Fiscalía debe:

- i) Estructurar adecuadamente los hechos jurídicamente relevantes y los hechos indicadores. Lo anterior a partir de la seria, estricta, ponderada y minuciosa evaluación del contenido y alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para lo cual deberá examinar la procedencia de la medida de aseguramiento, luego de realizado el riguroso juicio de imputación²⁴.
- ii) Acreditar la existencia o materialidad de la conducta y la inferencia razonable de autoría o participación de la persona investigada²⁵, a partir del examen crítico²⁶ de todos los elementos fácticos, jurídicos y probatorios.
- iii) Evaluar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad y establecer con precisión a qué finalidad constitucional es a la que mejor se ajusta la situación de hecho que haya fundamentado la estructura fáctica y jurídica del caso²⁷. La medida privativa de la libertad debe ser indispensable para el cumplimiento de una de las siguientes finalidades²⁸:
 - a. Evitar la obstrucción de la justicia: al respecto debe entenderse que existen motivos graves y fundados para concluir que el imputado puede afectar los elementos de prueba o interferir con imputados o testigos, así como realizar

²³ Artículo 2 de la Ley 906 de 2004, ya citado.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente S1.007, SP2042-2019, 5 de junio de 2019: «A partir de la información recopilada durante la fase de indagación, la Fiscalía debe analizar y decidir si existe mérito para formular imputación, esto es, realizar el "juicio de imputación"».

²⁵ Artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

²⁶ Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 de 2020, "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales respecto a la solicitud de medidas de aseguramiento" Vista en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2020-DIRECTIVA-0001-SOLICITUD-MEDIDAS-DE-ASEGURAMIENTO.pdf>

²⁷ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente SP3702-2019, 6 de septiembre de 2019: «... estando subordinado el tema de prueba a la estructura fáctica de la acusación, la formulación incompleta de los hechos jurídicamente relevantes, implica deficiencias en aquel y por ello en la estructuración probatoria... una acusación fáctica incompleta implica dejar fuera del debate probatorio hechos jurídicamente relevantes, sin los cuales no hay manera de estructurar válidamente el tipo imputado». Igual suerte correrá la medida de aseguramiento, pues una indebida estructuración de los hechos jurídicamente relevantes puede llevar a la imposibilidad de inferir de manera razonable la existencia del tipo imputado y, en consecuencia, no se podrá imponer una medida de dicha naturaleza.

²⁸ Artículo 296 de la Ley 906 de 2004.



actuaciones que entorpezcan las diligencias del proceso, de manera directa o a través de terceros²⁹.

- b. Proteger a la comunidad y las víctimas: esta situación se presenta cuando concurren circunstancias que ponen en riesgo los derechos de los demás, en particular alguna de las situaciones mencionadas en los artículos 310³⁰ o 311³¹ de la Ley 906 de 2004.
- c. Asegurar la comparecencia del imputado al proceso o garantizar el cumplimiento de la pena: al respecto debe analizarse la gravedad y modalidad de la conducta, además de los factores descritos en el artículo 312³² de la Ley 906 de 2004.
- d. Tener especial consideración con los casos de miembros de los grupos delictivos organizados (GDO) y grupos armados organizados (GAO), para efectos de determinar el peligro para la comunidad y el riesgo de no comparecencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 313A de la Ley 906 de 2004³³.

²⁹ Artículo 309 de la Ley 906 de 2004.

³⁰ Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego; armas convencionales; armas de fuego hechizas o artesanales; armas, elementos y dispositivos menos letales; o armas blancas definidas en la presente ley. 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada. 8. Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico. También ver Corte Constitucional, sentencia C-1198 de 2008, del 4 de diciembre de 2008.

³¹ Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

³² Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores: 1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. 2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este. 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena. 4. La resistencia al procedimiento de captura mediante actos violentos contra el funcionario o servidor que la realice, el intento de emprender la huida, o dificultar su individualización. También ver Corte Constitucional, sentencia C-1198 de 2008 del 4 de diciembre de 2008.

³³ Constituirán criterios de peligro futuro y de riesgo de no comparecencia, cualquiera de los siguientes: 1. Cuando el tiempo de existencia del grupo supere dos (2) años. 2. La gravedad de las



- e. Establecer, una vez evaluados estos criterios, si se está ante uno de los presupuestos enlistados en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004: I) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; II) delitos investigables de oficio con una pena mínima de 4 años; III) delitos contra los derechos de autor en cuantía superior a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes o IV) cuando la persona haya sido capturada por delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente³⁴.
- iv) Analizar la viabilidad de solicitar la imposición de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad: la Fiscalía debe demostrar ante el Juez que las medidas no privativas de la libertad resultan insuficientes para el cumplimiento de las finalidades pretendidas con la medida de aseguramiento. Por lo tanto, debe considerar si es posible solicitar la imposición de las medidas no privativas de la libertad, descritas en el apartado B del artículo 307 de la Ley 906 de 2004³⁵. En todos los casos, la solicitud de la medida de aseguramiento debe estar orientada a preferir aquella que sea más garantista de los derechos fundamentales³⁶, por lo que

conductas delictivas asociadas con el grupo, especialmente si se trata de delitos como el homicidio, secuestro, extorsión o el lavado de activos. 3. El uso de armas letales en sus acciones delictivas. 4. Cuando la zona territorial o el ámbito de influencia del grupo recaiga sobre cualquier zona del territorio o dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). 5. Cuando el número de miembros del grupo sea superior a quince (15) personas. 6. Haber sido capturado o imputado dentro de los tres años anteriores, por conducta constitutiva de delito doloso. 7. Cuando las víctimas sean defensores de Derechos Humanos o hagan parte de las poblaciones con especial protección constitucional. Se pondrá especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes, quienes han sido afectados por las organizaciones criminales objeto de esta ley. Este enfoque tendrá en cuenta los riesgos específicos que enfrentan las mujeres contra su vida, libertad, integridad y seguridad y serán adecuadas a dichos riesgos. 8. La utilización de menores de edad en la comisión de delitos por parte del grupo. 9. Se tendrá en cuenta los contextos y las particularidades del territorio, incluidas las problemáticas y actores presentes en el que evidencia la amenaza, el riesgo y la vulnerabilidad. 10. Se tendrán en cuenta los informes emitidos por la Defensoría del Pueblo.

³⁴ Ver Corte Constitucional, sentencia C-567 de 2019 del 27 de noviembre de 2019: «...las capturas aludidas en la norma examinada, sólo serán aquellas que hayan sido debidamente ordenadas por autoridad competente con apego a los requisitos legales, o las que sean fruto de audiencia de legalización por juez de control de garantías».

³⁵ Medidas no privativas de la libertad: 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica; 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada; 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho; 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares; 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas; 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

³⁶ Sobre el particular la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: «El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la



las medidas de aseguramiento privativas de la libertad únicamente deben proceder cuando las demás sean insuficientes.

- v) Realizar un test de proporcionalidad³⁷ entre los derechos fundamentales a la libertad y los fines que justifican la medida de privación. La Fiscalía debe abstenerse de solicitar la medida de aseguramiento de la privación de la libertad en caso de que alguno de los elementos del test no esté presente. Dicho test se desarrolla a través del análisis de los siguientes aspectos:
 - a. La medida debe perseguir un fin legítimo.
 - b. La medida debe ser idónea.
 - c. La medida debe ser necesaria.
 - d. La medida debe ser proporcional en sentido estricto.
- vi) Priorizar la detención preventiva en la residencia de la persona procesada: en los casos en que se identifique la necesidad de solicitar la imposición de la detención preventiva, la Fiscalía debe valorar si es posible cumplir con la finalidad que se pretende a través de la detención domiciliaria³⁸.
- vii) Solicitar la medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión³⁹, en caso de que no sea posible la imposición de la detención privativa en la residencia del procesado. De manera especial, se recomienda tener en consideración factores como la solicitud exagerada de medidas sin el reconocimiento de su carácter excepcional, lo que incrementa el riesgo de daño antijurídico y la litigiosidad en contra de la Nación, tal como lo ha resaltado la Fiscalía General de la Nación⁴⁰.

dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia "principio de interpretación pro homine" o "pro persona", sentencia C-438 del 10 de julio 2013

³⁷ Fiscalía General de la Nación. Directiva 0001 de 2020, "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales respecto a la solicitud de medidas de aseguramiento", párrafo N° 37. Vista en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2020-DIRECTIVA-0001-SOLICITUD-MEDIDAS-DE-ASEGURAMIENTO.pdf>. También en Corte Constitucional, sentencia C-695 del 09 de octubre de 2013.

³⁸ Ordinal 2 del literal B del artículo 307 de la Ley 906 de 2004: «Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento».

³⁹ Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, ordinal 1: «Cuando se trata de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes (...) 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión...».

⁴⁰ Directiva 001 de 2020, ordinal 14.



2. En el trámite de la orden de captura

La orden de captura debe ser proferida por un juez de control de garantías o por un juez de conocimiento, cuando emite el sentido del fallo o profiere la sentencia⁴¹ y, excepcionalmente, por el Fiscal General de la Nación o su delegado, esto último en los términos del artículo 300 de la Ley 906 de 2004⁴². Teniendo en cuenta que la orden de captura emitida por el juez de conocimiento se da como consecuencia de un fallo de carácter condenatorio al declararse la responsabilidad penal del procesado, su trámite no implica mayor complejidad.

Ahora, en relación con la orden de captura que es proferida por un juez de control de garantías, a petición del fiscal respectivo⁴³, las autoridades deberán tener en cuenta lo siguiente:

- i) Por parte de la Fiscalía: le corresponde al titular del caso sustentar la solicitud en audiencia y para ello deberá⁴⁴:
 - a. Identificar o individualizar a la persona sobre la que recae la solicitud.
 - b. Precisar el delito por el que se realiza la solicitud y que este tiene prevista la medida de aseguramiento privativa de la libertad.
 - c. Acreditar la existencia del delito.
 - d. Demostrar la relación del individuo como autor o partícipe del delito.
 - e. Sustentar el juicio de proporcionalidad.
 - f. Precisar el término de duración de la orden de captura.

Es importante mencionar que la tipicidad de la conducta es un requisito fundamental para iniciar la investigación penal, así como para la solicitud y

⁴¹ Artículo 299 de la Ley 906 de 2004. También ver Corte Constitucional, sentencia C-276 de 2019.

⁴² «El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales: 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. La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión». Ver Corte Constitucional, sentencia C-185 de 2008: «...en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante».

⁴³ Artículo 297 de la Ley 906 de 2004.

⁴⁴ Rama Judicial, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Guía judicial para audiencias de control de garantías, vista en: <https://www.juecesyfiscales.org/images/stories/berbiqui/GUIA-JUDICIAL-2da-edicion.pdf>



posterior expedición de una orden de captura⁴⁵, razón por la cual es ineludible que desde este momento se tengan debidamente estructurados los hechos jurídicamente relevantes y los hechos indicadores, así como cuidadosamente relacionados los elementos probatorios que los sustentan, para poder acreditar la existencia del delito y demostrar la relación con el presunto autor o partícipe.

ii) Por parte del Juez: este debe valorar integralmente la información presentada por la Fiscalía, conforme a las reglas de la sana crítica, que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada. Para esto deberá:

- a. Decidir sobre la procedencia o improcedencia de la orden de captura.
- b. Definir la vigencia de la orden de captura.
- c. Determinar si la orden puede ser difundida por las autoridades.

3. Durante el procedimiento de captura

Las autoridades de Policía⁴⁶ deben efectuar el procedimiento de captura dando estricto, cuidadoso e integral cumplimiento a lo precisado en la ley, para lo cual deberán tener en cuenta lo siguiente:

i) En caso de **captura por orden escrita**, los funcionarios responsables deben:

- a. Contar con una orden de captura proferida por un juez⁴⁷, o excepcionalmente dispuesta por la Fiscalía⁴⁸, para realizar el procedimiento.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 09 de julio de 2018, Radicado, 76001-23-31-000-2008-01007-01.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente 34.867, 5 de junio de 2013: «(...) la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares, de la que hacen parte el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, está prohibida por la Carta Política, porque desnaturaliza la estructura y objetivos esenciales de dicha fuerza y contraría la prohibición contenida en su artículo 213. Pero esto no significa (...) que las actividades realizadas por los miembros de la Armada Nacional o cualquier otro órgano de las Fuerzas Militares, en ejercicio del deber de protección de las personas, o de la preservación del orden público y la convivencia ciudadana, o de la facultad consagrada en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, se tornen en ilícitas o ilegales por el simple hecho de provenir de un órgano que no tiene asignadas funciones de policía judicial (...) si las fuerzas militares se limitan a dar respuesta a una situación de peligro, o a un llamado de ayuda, sin desplazar a los cuerpos de policía judicial en las funciones de indagación que les son propias, como ocurre cuando solo realizan requisas preventivas, o capturas de personas sorprendidas en flagrante actividad delictiva, o actos de protección y aseguramiento de los elementos probatorios y las evidencias físicas, mientras los órganos de policía asumen el control de la situación, la actuación será lícita, si se cumple dentro de los marcos de respeto de las garantías fundamentales».

⁴⁷ Artículo 299 de la Ley 906 de 2004, con función de control de garantías o de conocimiento, según el caso, como ya se ha dicho.

⁴⁸ Parágrafo del artículo 297 de la Ley 906 de 2004: «Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías».



b. Informar al capturado acerca de lo siguiente⁴⁹:

- Los datos de identificación de quienes realizan el procedimiento.
- Razones de la captura, así como la autoridad que expidió la orden.
- El derecho que tiene el capturado de indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. En este caso el funcionario responsable del capturado deberá comunicar de forma inmediata sobre la retención a la persona indicada.
- El derecho a guardar silencio⁵⁰.
- El derecho a designar un apoderado de confianza o informarle que, en caso de no contar con uno de confianza, podrá ser representado por un abogado del sistema nacional de defensoría pública⁵¹.

c. Proceder de la siguiente manera, una vez se ha llevado a cabo la captura:

- Dirigir a la persona capturada de forma inmediata ante el fiscal correspondiente. Se recomienda que el traslado del capturado se haga en el menor tiempo posible, sin demora alguna, salvo justificación verificable. Entendiéndose éste como “en el término de la distancia”, lo que minimizará el riesgo de vencimiento de términos.
- Evitar el uso excesivo e injustificado de la fuerza, durante todo el procedimiento. El uso de la fuerza debe evitarse al máximo, es decir, debe entenderse como lo indispensable para preservar la seguridad de quienes realizan el procedimiento de captura y de otras personas que se encuentren alrededor, así como para evitar su fuga. Sin embargo, durante el procedimiento de captura se deben respetar los derechos fundamentales del capturado.
- Elaborar cuidadosamente los informes de la actuación. Se recomienda hacerlo de manera inmediata, lo cual favorecerá la precisión de la información que se registre.

ii) En caso de **captura en flagrancia**, las autoridades de Policía podrán adelantar el procedimiento sin orden judicial previa, siempre y cuando se cumplan los siguientes supuestos⁵²:

a. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.

⁴⁹ Artículo 303 de la Ley 906 de 2004 y Fiscalía General de la Nación, Manual Único de Policía Judicial, visto en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Manual-de-Policia-Judicial-Actualizado.pdf>

⁵⁰ Conforme al ordinal 3 del artículo 303 de la Ley 906 de 2004, esto incluye 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».

⁵¹ Ordinal 4 del artículo 303 de la Ley 906 de 2004.

⁵² Artículo 301 de la Ley 906 de 2004.



- b. 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.
- c. 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.
- d. En los demás supuestos señalados en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004⁵³.
- e. En las situaciones mencionadas, las autoridades que realizaron la captura deben:
 - Garantizar los derechos del capturado, en los términos del artículo 303 de la Ley 906 de 2004⁵⁴.
 - Evitar el uso excesivo de la fuerza, incluyendo el maltrato psicológico.
 - Conducir a la persona aprehendida inmediatamente ante la Fiscalía. Si la captura fue realizada por un particular, éste deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía, la cual lo pondrá a disposición de la Fiscalía dentro del mismo plazo⁵⁵.
 - Elaborar cuidadosamente los informes de la actuación y para ello se recomienda⁵⁶:
 - ✓ Precisar los hechos que dieron origen a la captura en flagrancia. En este punto deben incluirse todos los aspectos relacionados con la actuación que sirvan para sustentar cualquiera de los supuestos de flagrancia contemplados en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004.
 - ✓ Narrar los hechos en orden cronológico y garantizar que haya congruencia entre ellos.

⁵³ «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; 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».

⁵⁴ Derechos del capturado. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente: 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».

⁵⁵ Artículo 302 de la Ley 906 de 2004.

⁵⁶ Estudio criminológico fallas y debilidades en los procedimientos de capturas por parte de la Policía Nacional. Observatorio del Delito. Visto en <https://www.policia.gov.co/file/4627/download?token=dL6qbl6G>



- ✓ Puntualizar las fechas de ocurrencia de los hechos (día, mes y año), así como la hora y el lugar de estos, y la descripción de las características relevantes.
- ✓ Incluir los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectados en el lugar de los hechos, cumpliendo los protocolos de cadena de custodia en aquellos eventos en que se requiera.
- ✓ En caso de que los informes sean elaborados a mano, deben ser diligenciados con letra clara y legible.
- ✓ Los informes deben ser elaborados por quienes participaron en el procedimiento de captura y efectuar su correspondiente firma.

4. Durante la diligencia de legalización de la captura

La Fiscalía debe, dentro de las treinta y seis horas siguientes a la captura, presentar al capturado ante el Juez, quien deberá ejercer el control de legalidad formal y material de la aprehensión⁵⁷. Frente a lo anterior se recomienda⁵⁸:

i) Por parte de la Fiscalía:

- a. Verificar que se garantizaron los derechos del capturado, para lo cual se sugiere:
 - Entrevistar rápidamente a quienes realizaron la captura sobre la forma como se adelantó el procedimiento.
 - Entrevistar en privado al capturado, sobre cómo fue el procedimiento de captura.
- b. Presentar la solicitud de legalización de captura a la mayor brevedad y evitar cualquier actuación que genere un retraso injustificado en su realización.
- c. Durante la audiencia deberá⁵⁹:
 - Identificar y/o individualizar al capturado. De ser necesario y si es posible, utilizar medios técnicos.
 - Acreditar la existencia y vigencia de la orden de captura o las circunstancias que justificaron la captura en flagrancia.
 - Precisar las circunstancias en las que se realizó la captura.

⁵⁷ Inciso tercero del artículo 304 de la Ley 906 de 2004: «En caso de que el capturado haya sido conducido a un establecimiento carcelario sin la orden correspondiente, el director la solicitará al funcionario que ordenó su captura. Si transcurridas treinta y seis (36) horas desde el momento de la captura no se ha satisfecho este requisito, será puesto inmediatamente en libertad».

⁵⁸ Rama Judicial, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Guía judicial para audiencias de control de garantías, vista en: <https://www.juecesyfiscales.org/images/stories/berbiqui/GUIA-JUDICIAL-2da-edicion.pdf>

⁵⁹ *Ibidem*.



- Indicar al Juez que se cumplió con el plazo de treinta y seis horas para la legalización de la captura y las precisiones temporales que lo sustentan.
 - Demostrar que se garantizaron los derechos de la persona capturada.
- ii) Por parte del juez con función de control de garantías:
- a. Verificar la presencia de la Fiscalía, la defensa y el capturado. La audiencia podrá adelantarse sin la presencia del capturado en los casos en que se encuentre en estado de inconsciencia o que su salud le impida ejercer su defensa material⁶⁰.
 - b. Garantizar que todas las partes vinculadas puedan pronunciarse sobre la legalidad de la captura. Sin embargo, en caso de que las partes estén compuestas por pluralidad de sujetos, debe controlar que la intervención de cada una se limite a los intereses de sus representados.
 - c. Pronunciarse sobre la legalidad o no de la captura y argumentar su decisión.
 - d. Ordenar la libertad de la persona en aquellas situaciones en que no se declare la legalidad de la captura y, cuando exista orden judicial previa, cancelarla⁶¹.
 - e. Indicar la procedencia de los recursos sobre la decisión y ante quiénes puede interponerlos.
- iii) Por parte del Juez con funciones de conocimiento:
- a. Realizar el control de legalidad al acto de aprehensión, si el capturado es aprehendido para el cumplimiento de una sentencia⁶².
 - b. Si la sentencia ya se encuentra ejecutoriada, dicho control corresponderá al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad⁶³. En ese control, además

⁶⁰ Parágrafo 1 del artículo 289 de la Ley 906 de 2004.

⁶¹ Parágrafo del artículo 298 de la Ley 906 de 2004.

⁶² Parágrafo artículo 298 de la Ley 906 de 2004. También ver Corte Constitucional, sentencias C-042 de 2018 del 16 de mayo de 2018 y C-137 de 2019 del 28 de marzo de 2019: «En el entendido de que el capturado deberá ponerse a disposición del juez de conocimiento o en su ausencia ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la privación de la libertad. En caso de que el control judicial de la aprehensión se surta ante el juez de control de garantías, ese funcionario resolverá sobre la situación de la captura del condenado, adoptará las medidas provisionales de protección a las que haya lugar y ordenará la presentación de la persona junto con las diligencias adelantadas ante el juez de conocimiento que profirió la sentencia, al día hábil siguiente, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de contradicción del detenido, así como el principio de juez natural».

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente AHP775-2019, 1 de marzo de 2019: «...la Corte Constitucional, en sentencia C-042 de 2018, no contempló en la mentada decisión todos los escenarios que se presentan cuando se captura a una persona con miras a que se cumpla una condena, pues lo refirió exclusivamente a esas circunstancias en las cuales el fallo no se encuentra ejecutoriado y por ende la competencia se mantiene en el juez que profirió la sentencia, de allí que destacara que es al juez de conocimiento a quien le compete ejercer el control de legalidad en tanto que conoce las particularidades del expediente. Desconoció la Corte Constitucional los eventos en los que, como ocurre en este asunto, la sentencia condenatoria ya se encuentra ejecutoriada y por ende el expediente ha sido remitido a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de suerte que se mantiene en la actualidad un vacío interpretativo que le



de verificar la legalidad y constitucionalidad de la privación de la libertad, debe constatar lo siguiente⁶⁴:

- Que la orden de captura haya sido librada para cumplir la condena y que se encuentre vigente.
- Que la orden de captura esté dirigida contra la misma persona que fue capturada.

5. Durante la audiencia de solicitud e imposición de la medida de aseguramiento

La Fiscalía y la víctima⁶⁵ están habilitadas para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento ante el Juez de Garantías. Por ser absolutamente pertinente, tanto para la Fiscalía como para el Juez, resulta relevante señalar los requisitos que deben darse para la imposición de la medida de aseguramiento, los cuales fueron sintetizados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶⁶, de la siguiente manera:

“i) La inferencia razonable de participación del imputado en la conducta. Para tales efectos, deben presentarse y explicarse las evidencias físicas y otra información legalmente obtenida, con la que se acredite, en el nivel de conocimiento establecido en la ley, que el delito ocurrió y que el imputado es autor o partícipe.

ii) La necesidad de la medida contra el imputado. Para ello, tanto el solicitante al formular la petición, como el juez al resolverla, deben evaluar los siguientes factores:

a. Factores no procesales, que desarrollan los arts. 310 y 311 del Código de Procedimiento Penal, que disponen la imposición de la medida restrictiva de la libertad cuando el imputado represente un peligro para la seguridad de la comunidad (posibilidad de reiteración de la conducta o comisión de otras), o pueda inferirse razonablemente que atentará contra la víctima, sus familiares o sus bienes.

b. Factores procesales, previstos en los arts. 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, que disponen la procedencia de la restricción de la libertad cuando existan «motivos graves y fundados» que den cuenta de que el imputado podría no comparecer al proceso y/o afectar la actividad probatoria.

corresponde a los jueces llenar a través (sic) un ejercicio hermenéutico, conforme se lo impone la autonomía e independencia que caracteriza la función judicial».

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007.

⁶⁶ Expediente SP3702-2019, 6 de septiembre de 2019.



iii) La elección del tipo de medida a imponer. En esta etapa, es carga de los involucrados en la diligencia indicar cuál de las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal se habrá de imponer (privativa o no privativa de la libertad), y luego exponer los motivos por los que dicha medida es la procedente.

Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el artículo 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del artículo 307 y artículo 308).

En este proceso, es necesario llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, orientado a que se evalúe si la medida solicitada resulta adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, a través de un balance de los intereses que se confrontan, esto es, el derecho fundamental que se afecta con la imposición de la medida y el fin constitucional que se busca proteger al decretarla (artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004).

Como tercer aspecto, habrán de evaluarse los problemas jurídicos atinentes a las particularidades del caso, como, por ejemplo, la posibilidad de imponer una medida más o menos grave que la solicitada por la Fiscalía o la víctima”.

En este escenario hay que concretar el razonamiento que se planteó en el acápite de este lineamiento denominado “antes de tomar la decisión de solicitar una medida restrictiva o privativa de la libertad”.

Cabe mencionar que, durante la audiencia de solicitud e imposición de la medida de aseguramiento, es obligatoria la presencia del apoderado de la defensa⁶⁷ y, además, se recomienda:

- i) Por parte de la Fiscalía:
 - a. Realizar la individualización del imputado.
 - b. Enunciar el delito.
 - c. Aportar los elementos de conocimiento que permitan soportar el cumplimiento de las exigencias legales y jurisprudenciales para la imposición de la medida.

⁶⁷ Artículo 306 de la Ley 906 de 2004.



- d. Tener en consideración, para su debida argumentación, la definición que sobre los conceptos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida ha efectuado la práctica judicial⁶⁸.
- ii) Por parte del Juez con función de control de garantías:
- a. Garantizar el derecho de la defensa de pronunciarse frente a lo expuesto por la Fiscalía o por la víctima, según el caso, y de aportar pruebas (Derecho de Contradicción).
 - b. No abandonar la estructura fáctica de la imputación, sino ajustarse a aquella que permita inferir razonablemente la existencia del delito, la participación del imputado y los elementos que estructuran la procedencia de la medida de aseguramiento.
 - c. Restablecer el derecho a la libertad, cuando el imputado esté privado de ella, en caso de no imponerse la medida.
 - d. Librar la boleta de detención⁶⁹ u ordenar las comunicaciones a que haya lugar, en caso de imponer la medida
 - e. Ordenar la captura, si la persona se encuentra en libertad y/o no está presente en la audiencia.
 - f. Indicar la procedencia de los recursos sobre la decisión y ante quiénes puede interponerlos.

6. Durante las audiencias de juicio

Esta etapa se desarrolla a través de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral, durante las cuales se recomienda, como buenas prácticas, y con el propósito de minimizar los riesgos de que por alguna falla procedimental o en la estrategia acusatoria, se dicte una sentencia absolutoria que haga injusta una privación de la libertad anterior, o que genere que en instancias subsecuentes, la privación que se imponga con la condena resulte siendo revocada por causa de esas falencias, lo siguiente:

⁶⁸ La idoneidad hace referencia a que con la medida se pueda evitar que el riesgo se materialice; la necesidad se refiere a que no exista otra medida igualmente idónea pero menos restrictiva con la cual se pueda cumplir el mismo fin constitucional; y la proporcionalidad consiste en el balance de intereses entre el derecho fundamental que se afecta y el fin constitucional que se pretende proteger. Fuente: Rama Judicial, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Guía judicial para audiencias de control de garantías, vista en: <https://www.juecesyfiscales.org/images/stories/berbiqui/GUIA-JUDICIAL-2da-edicion.pdf>

⁶⁹ La boleta de detención o encarcelación es el documento por medio del cual se hace efectiva la orden del juez de restringir la libertad del procesado. Fuente: procedimiento para realización de trámites relacionados con la situación jurídica de una persona, visto en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/5454330/30175121/Procedimiento+Tr%C3%A1mites+Relacionados+con+la+Situaci%C3%B3n+Jur%C3%ADdica+de+una+Persona.pdf/3b123607-fd77-4c8d-baa1-b0f11fed1821>



i) Por parte de la Fiscalía:

- a. Presentar el escrito de acusación dentro de los términos legalmente dispuestos luego de formulada la imputación. Dicho documento deberá contener, de manera estricta, los componentes definidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004. En este escenario, se recomienda:
- Estructurar en debida forma los hechos jurídicamente relevantes, a partir de los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales.
 - Tener especial cuidado y consideración en la revisión de la competencia de los Jueces, a partir del tipo de delito o de las cuantías por las cuales se presenta la acusación.
 - Evitar discusiones relacionadas con el descubrimiento probatorio, para lo cual se sugiere incorporar dentro del anexo la totalidad de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que se encuentre en poder de la Fiscalía o de la que se tenga conocimiento, incluida la que es favorable al procesado y, en general, de todo elemento que pueda tener vocación probatoria en el juicio oral⁷⁰.
- b. Participar de la audiencia de acusación en la cual deberá, además de cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, tener especial cuidado en la formulación de los hechos jurídicamente relevantes⁷¹ y establecer con rigor, si va a efectuar adiciones o modificaciones al escrito de acusación, que no impliquen transgresión al principio de congruencia que puedan dar lugar a una nulidad o absolución posterior⁷².
- c. Participar de la audiencia preparatoria, en la cual deberá surtir las etapas contenidas en los artículos 356 a 359 de la Ley 906 de 2004⁷³. En especial, se recomienda:

⁷⁰ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente AP644-2017, 01 de febrero de 2017, retoma expediente 25.920, AP del 21 de febrero de 2007: "...el descubrimiento, como garantía fundamental dentro del proceso adversarial integrante del debido proceso probatorio, surge como obligatorio para la Fiscalía, con el anexo al escrito de acusación". También sentencia AP449-2022 del 16 de febrero de 2022, expediente 60.433: «...de acuerdo con el ordenamiento jurídico, el descubrimiento probatorio integral a cargo de la Fiscalía no es un acto que quede librado a la discrecionalidad del Fiscal».

⁷¹ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente AP3824-2022, 24 de agosto de 2022: "La audiencia de formulación de acusación es el punto delimitador de la fase del juicio, pues marca el derrotero de la pretensión acusatoria del Estado, por lo cual, su importancia es central, en tanto punto de partida del proceso penal propiamente dicho. En esta diligencia se precisa la concreta descripción fáctica y jurídica indispensables para el desarrollo del juicio".

⁷² Artículo 339 de la Ley 906 de 2004.

⁷³ Artículo 356 de la Ley 906 de 2004.



- Tener cuidado con el descubrimiento probatorio que efectúe la defensa, sobre todo en aquellos eventos de documentación voluminosa, con el propósito de evitar que al juicio ingresen elementos que no fueron descubiertos.
- Enunciar las pruebas que soportarán de manera fundada y completa la teoría del caso de la Fiscalía, de tal manera que no se deje espacio a la duda sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.
- Ser estratégicamente cuidadosa en no efectuar estipulaciones probatorias que faciliten la estructuración de la duda sobre la existencia del delito o la responsabilidad.
- Ser rigurosa en la constatación sobre el decreto de la totalidad de pruebas requeridas para soportar la teoría acusatoria. Hacer una lista de chequeo que permita contrastar lo solicitado y lo decretado.
- Solicitar de manera adecuada la inadmisión, rechazo o exclusión probatoria, según el caso, impidiendo que ingresen al juicio oral pruebas que sean inconducentes, superfluas, impertinentes, no descubiertas, ilegales o inconstitucionales que puedan llegar a afectar la teoría acusatoria y, por consiguiente, generar una absolución.
- Interponer y sustentar en debida forma los recursos que sean estrictamente necesarios para consolidar el caudal probatorio indispensable para soportar la teoría del caso acusatoria, evitando dilaciones injustificadas que puedan generar afectación al proceso.

d. Participar de la audiencia de juicio oral, en la cual se recomienda⁷⁴:

- Realizar la presentación de la teoría del caso, a partir de la estructuración adecuada de los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores, los elementos de prueba, la debida postulación y pedido de condena con base en las estrategias de litigación oral.
- Representar a la Fiscalía con el mayor compromiso y con el uso máximo de sus capacidades durante todo el juicio, lo cual involucra la preparación adecuada de cada una de sus fases y el cumplimiento de los deberes específicos de la Fiscalía General de la Nación, en los términos del artículo 142 de la Ley 906 de 2004⁷⁵.
- Tener especial cuidado, para los alegatos de conclusión, de tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual se presentó acusación⁷⁶.

⁷⁴ Artículos 366 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

⁷⁵ «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, constituyen deberes esenciales de la Fiscalía General de la Nación los siguientes: 1. Proceder con objetividad, respetando las directrices del Fiscal General de la Nación. 2. Suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado. 3. Asistir de manera ininterrumpida a las audiencias que sean convocadas e intervenir en desarrollo del ejercicio de la acción penal. 4. Informar a la autoridad competente de cualquier irregularidad que observe en el transcurso de la actuación de los funcionarios que ejercen atribuciones de policía judicial».

⁷⁶ Artículo 443 de la Ley 906 de 2004.



- ii) Por parte del Juez con funciones de conocimiento:
- a. Para la audiencia de formulación de acusación, además de cumplir con estricto rigor los presupuestos procesales contenidos a partir del artículo 338 de la Ley 906 de 2004, se sugiere tener especial consideración con lo siguiente:
- Realizar el debido control formal del escrito de acusación y de la formulación de acusación, garantizando que los hechos jurídicamente relevantes sean lo suficientemente claros y congruentes con la estructura fáctica contenida en la formulación de imputación, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional y penal.
 - Tener especial cuidado con las posibles causas de incompetencia, que puedan generar una nulidad posterior y la consecuente afectación al debido proceso⁷⁷.
 - Garantizar adecuadamente el derecho de defensa, de tal manera que no se cause una afectación que pueda generar una nulidad o absolución futura⁷⁸.
 - Verificar de manera cuidadosa que no se promuevan actuaciones dilatorias del procedimiento y que atenten contra el principio de preclusividad de las etapas procesales⁷⁹, para lo cual podrá utilizar las órdenes de manejo o conducción del proceso⁸⁰.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente AP3824-2022, 24 de agosto de 2022: «...la audiencia en mención fue concebida dentro del modelo procesal de la Ley 906 de 2004, no solo como el comienzo de la etapa del juicio. El Legislador consideró, así mismo, que materializaba un momento y un escenario procesal adecuados para sanear posibles irregularidades, enmendar anomalías y asegurar la continuación del trámite, con observancia de la plenitud de las formas propias del proceso. En consecuencia, en una primera parte de la diligencia, diseñó un espacio para el debate entre las partes e intervinientes acerca de ciertos aspectos. Así, la Fiscalía, la defensa y el Ministerio Público pueden poner de manifiesto y discutir en torno a las circunstancias que den lugar a impedimentos y recusaciones, lo cual está relacionado con la garantía de imparcialidad del juez que conducirá en adelante la actuación. De igual manera, dado que es la primera oportunidad en la cual las partes se encuentran ante el juez del conocimiento que dirigirá integralmente la fase del juicio, podrán expresar eventuales situaciones asociadas a la incompetencia del funcionario». Para la Corte «constituye, por antonomasia, el escenario propio para el saneamiento del juicio».

⁷⁸ «...[E]l juez habrá de adoptar las decisiones de mérito que correspondan o resolver los incidentes que se susciten. En este sentido, las providencias que se emitan, naturalmente, serán susceptibles de impugnación, mediante los recursos y conforme a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal. Por lo que aquí concierne, conviene subrayar que, una vez abierta la oportunidad para la presentación de solicitudes de nulidad y siempre que sean formuladas en esta fase, el juez deberá decidir las de fondo y las determinaciones que se adopten, según lo indicado, podrán ser discutidas a través de los recursos legales pertinentes». *Ibidem*.

⁷⁹ «...[E]l ejercicio de los derechos de defensa y acceso a la administración de justicia debe ser compatibilizado con la fijación de etapas o fases preclusivas en el proceso penal. Razones vinculadas a los principios constitucionales de seguridad jurídica, celeridad, pronta y cumplida justicia, eficacia y lealtad procesal implican que, cuando la ley prevé escenarios precisos para la presentación de cierta clase de solicitudes, si las partes o intervinientes no las promueven, se les extingue la oportunidad para hacerlo con posterioridad». *Ibidem*.

⁸⁰ Artículo 139, ordinal 1º. Ley 906 de 2004: «Las órdenes, de acuerdo con esta disposición, son aquellas que el juez debe adoptar, a fin de disponer trámites de los que la ley establece para dar



- b. En relación con la audiencia preparatoria, además de los contenidos de los artículos 355 y siguientes de la Ley 906 de 2004, se recomienda lo siguiente:
- Garantizar que el descubrimiento probatorio de la Fiscalía a la defensa sea lo más completo posible⁸¹.
 - Verificar, con base en las reglas de pertinencia y admisibilidad, la procedencia de las solicitudes probatorias de las partes, con el propósito que se decreten aquellas que sirven para la demostración de los extremos de la acusación y de las correspondientes teorías del caso, evitando la dilación injustificada del juicio⁸².
 - Tener especial cuidado para no permitir que al juicio ingresen pruebas no descubiertas o que sean dilatorias del procedimiento.
 - Valorar de manera adecuada el alcance de eventuales solicitudes sobre pruebas sobrevinientes⁸³.
 - Aunque pueda resultar obvio, abstenerse de decretar pruebas de oficio⁸⁴.
- c. Respecto de las funciones de dirección de la audiencia de juicio oral, a más de lo consignado a partir del artículo 366 de la Ley 906 de 2004, se recomienda lo siguiente:
- Garantizar que la audiencia se adelante conforme a lo establecido en la ley y con el respeto a los derechos de las partes, lo cual incluye la motivación

curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma». Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia AP3824-2022 del 24 de agosto de 2022.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente AP449-2022, 16 de febrero de 2022: «...es uno de los actos procesales más significativos para el ejercicio del derecho de defensa, en su componente de contradicción; determina el marco del debate probatorio a materializar en el juicio oral; es un proceso de doble vía y en el caso de la Fiscalía debe ser integral... en virtud de ese deber, a la Fiscalía no le está permitido ocultar ningún dato a la defensa, por insignificante que le llegara a parecer y con independencia de las pruebas que finalmente decida solicitar».

⁸² Artículo 357 de la Ley 906 de 2004. También ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente AP4640-2022, 24 de agosto de 2022: «Las pruebas tienen como finalidad, llevar al conocimiento del Juez, más allá de toda duda razonable, acerca de "los hechos y las circunstancias que rodearon la conducta que se investiga, así como la responsabilidad de aquél a quien se le acusa como autor o partícipe" (...) el juez decretará la práctica de las pruebas cuando "ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad"».

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente AP449-2022, 16 de febrero de 2022: «...se ha destacado el carácter excepcional de la admisión de la prueba sobreviniente, pues, no se trata de habilitar un nuevo período de descubrimiento probatorio o remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo... la prueba sobreviniente no incluye los medios de convicción que racionalmente pudieron ser conocidos y obtenidos de manera oportuna por las partes con el despliegue de mediana diligencia... Además, corresponde evaluar si la ausencia de esa evidencia puede perjudicar de manera grave el derecho de defensa o la integridad del juicio».

⁸⁴ Artículo 361 de la Ley 906 de 2004.



- adecuada de las decisiones que se tomen y el cumplimiento de los deberes de los jueces, en los términos de los artículos 138 y 139 de la Ley 906 de 2004⁸⁵.
- Adelantar la audiencia de manera concentrada, en la medida de lo posible y conforme con la dinámica del proceso. No obstante, dicha audiencia puede ser desarrollada en diferentes momentos.
 - Evitar que las partes e intervinientes realicen maniobras o actuaciones que puedan dilatar de manera injustificada el procedimiento, que puedan causar nulidades o eventualmente la absolución del procesado.
 - Procurar, en lo posible, emitir el sentido del fallo una vez finalizadas las alegaciones.
- d. Conforme con las atribuciones para proferir la decisión, además de mantener el rigor exigido por los artículos 446 y 447 de la Ley 906 de 2004, se recomienda:
- No abandonar la estructura fáctica de la acusación, garantizando al máximo el principio de congruencia y condenar única y exclusivamente si se cuenta con el estándar probatorio que permita establecer, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.
 - Imponer las penas dentro de los márgenes legales y con base en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.
 - Disponer la orden de captura, si el fallo es condenatorio, como la segunda forma legítima de privación de la libertad.

⁸⁵ Artículo 138: «Son deberes comunes de todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes: 1. Resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional. 2. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso. 3. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas y responder por el uso de la autoridad que les haya sido otorgada o de la ejecución de las órdenes que pueda impartir, sin que en ningún caso quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la que le corresponda a sus subordinados. 4. Guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo. 5. Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal. 6. Abstenerse de presentar en público al indiciado, imputado o acusado como responsable. 7. Los demás establecidos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en el Código Disciplinario Único que resulten aplicables». Artículo 139: «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes: 1. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos. 2. Ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales atribuidos por este código y demás normas aplicables, con el fin de asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia. 3. Corregir los actos irregulares. 4. Motivar breve y adecuadamente las medidas que afecten los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervinientes. 5. Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables. 6. Dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y garantías del imputado o acusado y de las víctimas».



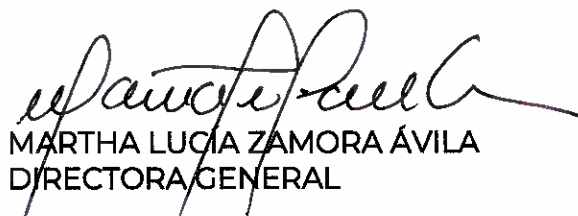
- e. Solo en la medida en que este estándar tenga la solidez suficiente, se podrá disminuir el riesgo de daño antijurídico en esta etapa procesal y el índice de litigiosidad.

III. Conclusiones

En primer lugar, se debe destacar que el Estado tiene la facultad de restringir la libertad de las personas cuando se den los presupuestos legales para el efecto, siempre y cuando las autoridades que tienen a cargo adelantar el procedimiento respectivo observen la totalidad de las garantías y requisitos establecidos en la ley.

En segundo término, la adopción de la medida de aseguramiento privativa de la libertad requiere por parte de las autoridades de un análisis profundo sobre su procedencia, para lo cual deben descartar en todos los casos que las medidas no privativas resulten insuficientes para el cumplimiento de las finalidades establecidas en la ley, esto es, evitar la obstrucción de la justicia; proteger a la comunidad y a las víctimas; asegurar la comparecencia del imputado al proceso o garantizar el cumplimiento de la pena.

Finalmente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha identificado que la privación injusta de la libertad sigue siendo una fuente importante de demandas y condenas en contra del Estado, por lo que resulta relevante que las autoridades competentes adopten las recomendaciones que se imparten en este lineamiento, las cuales van encaminadas a fortalecer las actuaciones y decisiones relacionadas con la medida de aseguramiento privativa de la libertad.


MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA
DIRECTORA GENERAL

Aprobó: Nohora Patricia Rodríguez Barrera
Revisó: Paula Robledo
Proyectó: Rodrigo Zuluaga/Ronald Mauricio Sierra Mahecha/María Fernanda Suárez Celly.