

**INCAUTACIÓN CON FINES DE COMISO E INVESTIGACIÓN EN LA LEY
906 DE 2004 Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A
LA PROPIEDAD, INTIMIDAD Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA.**

**TRABAJO DE GRADO PARA LA MAESTRÍA EN
DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO**

Presentado por:

**LEONARDO DE JESUS CARDENAS JIMENEZ.
MARCOS DAVID SÁNCHEZ GÓMEZ.**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA (UNLAULA)
MEDELLÍN**

2020

CONTENIDO

INCAUTACIÓN CON FINES DE COMISO E INVESTIGACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004 Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 1

RESUMEN..... 3

INTRODUCCIÓN 5

1. CONTROL DE LEGALIDAD A LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN 6

2. TEST DE PROPORCIONALIDAD Y SU IMPORTANCIA A LA HORA DE DETERMINAR AFECTACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES. 11

3. UN BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE LA INCAUTACIÓN FINES DE INVESTIGACIÓN Y CON FINES DE COMISO. 14

4. LA INCAUTACIÓN CON FINES DE INVESTIGACION Y CON FINES DE COMISO EN LA LEY 906 DE 2004. 17

4.1. INCAUTACIÓN COMO MEDIDA MATERIAL CON FINES DE COMISO. 18

4.2. INCAUTACIÓN COMO MEDIDA MATERIAL CON FINES DE INVESTIGACIÓN. 20

5. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDEN VERSE AFECTADOS EN LA INCAUTACIÓN. 24

6. CONCLUSIONES 32

RESUMEN

Se expone con en el presente artículo la importancia del control de legalidad en el marco de la incautación con fines de investigación y de comiso, en la Ley 906 de 2004, como quiera que bajo normas de la carta política y tratados internacionales, se señala que cualquier afectación a derechos fundamentales, como la intimidad, la propiedad y el acceso a la administración de justicia, debe ser autorizada por un juez, quien analizará la estricta necesidad de su limitación, ponderando cada uno de ellos, dependiendo de cada caso en concreto, atendiendo la diversidad de factores que se presentan en el sistema procesal. El Juez debe convencerse del mérito suasorio ofrecido por los medios de convicción y que ellos superan el estándar inferencial para dar por acreditados los motivos fundados, si fueron obtenidos con el respeto al debido proceso y, además, debe permitir que los posibles afectados con tal medida puedan ejercer su derecho a la contradicción, no solo en el juicio, sino desde el primer momento en que la jurisdicción realiza un control formal y material de las actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación.

ABSTRACT

The importance of legality control in the framework of seizure for investigation and confiscation purposes is set out in this article, in Law 906 of 2004, as under the norms of the political letter and international agreements, it is stated that any violation of fundamental rights, such as privacy, property and access to the justice administration, must be authorized by a judge, who will analyze the strict need for its limitation, weighing each one of them, depending on each specific case. taking into account the diversity of factors that arise in the legal system. The Judge must be certain of the convincing merit offered by the means and that they exceed the inferential standard to be considered well-founded reasons as proven, if they were obtained with respect for due process and, in addition, must allow the possible affected with such measure that would be possible to exercise the right to contradiction, not

only at trial, but from the first moment that the jurisdiction carries out a formal and material control of the actions performed by the Attorney General's Office.

INTRODUCCIÓN

Como decía CARLOS GAVIRIA DIAZ, nada más engañoso que las “verdades evidentes”. Si hay algo que deba despertar suspicacia y alentar las posibilidades de análisis, son las afirmaciones que todo el mundo acepta sin poner resistencia porque parecen obvias. Hay que desconfiar, por principio, de la unanimidad generada por el lugar común¹.

En la exposición de motivos de la ley 906 de 2004, se le impuso al Fiscal, el deber de someter ante un Juez de Control de Garantías, para el correspondiente juicio de constitucionalidad y legalidad, lo actuado en diligencias de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, dentro de las 36 horas siguientes a su práctica y en audiencia de control de legalidad posterior.² Este artículo analiza las medidas de incautación con fines de investigación y con fines de comiso, y la necesidad de ejercerse sobre ellas un control formal y material, que permita un estudio sobre la

¹ GAVIRIA DÍAZ, Carlos. 9 conferencias, círculo de Viena, Universidad de Antioquia. Medellín: Señal Editora, 2018, p. 99.

² REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Rad. 30363. M.P.: María del Rosario González Muñoz: “los jueces de control de garantías tienen la función de constatar si las facultades ejercidas por la fiscalía y la policía judicial, amén de las excepciones (artículo 32 carta política) se ajustan a los cánones constitucionales, especialmente, al respeto de los derechos fundamentales y garantías de los ciudadanos, rigiéndose para ello por el criterio de disponibilidad, según el cual, en todo momento puede contarse efectivamente con la intervención de un juez de control de garantías a fin de realizar la mencionada labor... “... en la exposición de motivos de la ley 906 de 2004, se impone el deber del fiscal de someterse ante un juez que ejerce la función de control de garantías” “... el legislador de 2004 determinó que corresponde a los jueces de control de garantías dar curso y decidir en audiencia preliminar los asuntos que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o de juicio oral...” “... puede concluirse que se trata de actuaciones perentorias y urgentes encaminadas a la protección inmediata de derechos fundamentales de los indiciados, tales como la libertad personal, la legalidad de los actos de investigación y de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la intimidad personal y familiar, y el debido proceso.

justificación de afectar derechos fundamentales como la intimidad, la propiedad y el acceso a la administración de justicia, bajo el cumplimiento estricto del debido proceso.

1. CONTROL DE LEGALIDAD A LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

La expedición del acto legislativo 03 de 2002 sienta las bases constitucionales para un cambio estructural en el proceso penal colombiano que se materializa con la ley 906 de 2004. Esta reforma constitucional da el paso que ya se había dado en otras áreas, es decir, la constitucionalización del proceso penal y del derecho probatorio en materia penal³, produciéndose un cambio de un proceso penal históricamente heredado del proceso denominado como mixto francés⁴, a un modelo con la pretensión de fundarse sobre el principio acusatorio y adversarial, con las consecuencias que ello supone en la estructura del proceso, rol de las partes e intervinientes, los fines del proceso -eterna discusión sobre la verdad formal y material que también se da en el derecho angloamericano- y la forma en que se entiende y se vive el litigio jurídico.

Un fiel reflejo de esta constitucionalización es la creación de la figura del juez de control de garantías por el constituyente⁵, como un medio de limitar el poder del ente acusador,⁶ buscando darle legalidad a las actuaciones propias de actividad de investigación, proteger derechos fundamentales y realizar una verificación del procedimiento realizado en etapas

³ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal (2ª edición). Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012 p. 104 y s.s.

⁴ MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Tomo I (2ª edición, 1ª reimpresión). Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 351 y s.s.

⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 03 de 2002. 19 de diciembre de 2002. Diario Oficial No. 45.040.

⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 del 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis: “La figura del Juez de Control de Garantías se concibió como un mecanismo para compensar o encontrar un equilibrio entre la eficacia de la justicia representada en el amplio poder instructivo que a través de la reforma se asigna a la Fiscalía General de la Nación y la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio de dicha facultad, como mandato constitucional ineludible”.

previas⁷, es decir, como un juez de la investigación que estudia y analiza toda la actuación a partir de la Constitución como punto de partida.

Una característica de los sistemas acusatorios es la separación de funciones entre quien juzga e investiga, no obstante, para el caso colombiano el principio acusatorio no solo permea los roles de investigación y juzgamiento, sino que en la misma etapa de investigación el juez de control de garantías aparece como un contrapeso al actuar del ente acusador⁸. En este orden de ideas, entre el Fiscal y el Juez de Control de Garantías puede observarse la influencia del principio acusatorio a través del sistema de controles (previos o posteriores), conforme al cual las decisiones que comporten ejercicio de función jurisdiccional solo pueden ser proferidas por la judicatura. Y es apenas lógico, separar de la posibilidad de afectar derechos fundamentales a las partes o intervinientes, pues desde luego es de suponerse que quien tiene intereses en el proceso quiere realizar todas las labores tendientes a acreditar y defender su teoría del caso o sus propios intereses⁹ y de allí la necesidad que un ente imparcial sea quien resuelva la controversia.

⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-334 del 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez: “El juez de control de garantías persigue los objetivos (i) asegurar la legalidad formal y sustancial de la actuación, (ii) proteger los derechos fundamentales de quienes , por activa o por pasiva, son afectos al proceso o a la investigación preliminar; (iii) verificar la corrección del operador jurídico de la Fiscalía, en las medidas ordenadas y adoptadas para la conservación de la prueba, la persecución del delito y la procura de reparar a las víctimas y de restituir la confianza en la comunidad.”

⁸ El estudio y análisis del principio acusatorio en Colombia es problemático desde la misma estructura del Estado que se encuentra en la Constitución, particularmente en la adscripción de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial. Esta situación justificó el ejercicio de función jurisdiccional por parte de la Fiscalía en los sistemas anteriores a la ley 906, como, por ejemplo, la facultad de imponer medidas de aseguramiento. Este tema ha sido analizado por Oscar Julián Guerrero en perspectiva de derecho comparado. Estudio que se recomienda. Ver GUERRERO, Oscar Julián. Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 97 y s.s.

⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de agosto 20 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “La corte analizó, entre otras discusiones, si el Fiscal estaba legitimado para hacer entrega o devolución de bienes incautados u ocupados con fines de comiso, considerando la Corte que “la asignación al fiscal de una competencia que implica poder decisorio, potestad jurisdiccional en tanto debe determinar quién tiene derecho a recibir los bienes a que se refiere el precepto acusado, vulnera un eje axial del sistema penal acusatorio consistente en que las determinaciones que impliquen facultad dispositiva deben ser adoptadas por quien ejerce poderes jurisdiccionales, función que en la fase investigativa compete al Juez que ejerce Funciones de Control de Garantías, ello bajo la consideración que le Fiscal es un sujeto procesal con interés en el proceso”.

A nivel internacional la comisión de expertos reunida en palma de Mallorca, en cuatro sesiones de trabajo, que tuvieron lugar los días 23, 24 y 25 de noviembre de 1990; 3,4 y 5 de mayo de 1991; 5, 6,7 y 8 de septiembre de 1991 y 14,15 y 16 de febrero de 1992; “crearon las reglas de Mallorca”, donde se señalan las reglas mínimas que se deben seguir en un proceso penal.

Dentro de este conjunto de normas, se indicó que debe existir una separación entre el funcionario encargado de la investigación y quien tiene la función de decidir de fondo el proceso penal¹⁰. Estas reglas reconocieron la importancia de contar con un control judicial cuando se puedan ver comprometidos los derechos fundamentales del procesado.¹¹ Esta precisión es importante a la hora de analizar el desarrollo legislativo Colombiano pues el numeral 3, del artículo 250 constitucional, asigna una función específica a la Fiscalía que no estaba prevista expresamente en el texto original de 1.991, a saber, la de “asegurar los elementos materiales probatorios”, para lo cual deberá garantizar la cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción de dichas pruebas.

Asimismo, establece una regla general que señaló qué: “en caso de requerirse medidas adicionales para asegurar tales elementos materiales probatorios, que impliquen afectación de derechos fundamentales, se deberá contar con autorización judicial por parte de Juez que ejerza la función de control de garantías.”¹²

Puede observarse entonces que la Constitución reservó amplias facultades a la Fiscalía en el artículo 250, sin embargo, cuando se trate de afectación a derechos fundamentales, como

¹⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal. Mallorca, 25 de noviembre de 1990. Artículo segundo, numeral 1. “Las funciones investigadoras y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora.”

¹¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal. Mallorca, 25 de noviembre de 1990, artículo 18, numeral 2. “Las medidas tomadas por el ministerio público y por la policía que impliquen directamente lesión a derechos fundamentales de la persona deberán ser autorizadas judicialmente, a instancia del referido ministerio público”.

¹² REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. Gaceta No. 116. Artículo 250.

regla general éste debe acudir a un Juez de Control de Garantías.¹³ De esta manera en el nuevo sistema el ejercicio de función jurisdiccional por parte de la Fiscalía que pueda implicar afectación a derechos fundamentales, aunque autorizada por la misma Constitución es reglada, taxativa y en todo caso excepcional.

En desarrollo de sus funciones, el Fiscal, igualmente esta investido de las facultades de ordenar incautaciones¹⁴, y aunque esta facultad le permite realizarlas sin contar con una orden judicial previa, debe someter a control de legalidad con posterioridad al acto, los elementos materiales incautados; pues ello hace parte del debido proceso, el cual se constituye como la columna vertebral de las garantías constitucionales y una de sus características, es que la actividad judicial sea coherente con el discurso del Estado Social de Derecho.

Ello impide que en la investigación como en el proceso penal, se justifique llegar a la verdad de cualquier manera. Con el proceso penal, el Estado pretende conocer la verdad¹⁵ de los hechos que pueden constituir un delito, y para llegar a él es legítimo limitar algunos derechos fundamentales del individuo, por ejemplo, los artículos 251 a 253 de la ley 906 de 2004 permiten afectaciones a los derechos fundamentales como el buen nombre, la libertad de movimiento o la intimidad, con miras a la identificación del autor o participe de un delito, los artículos 82 al 91 permiten la limitación a la propiedad con fines de comiso y del artículo 92 al 101 están consagradas las medidas cautelares con fines de indemnización.

Como se observa, el proceso penal no solo tiene la facultad de afectar la libertad, sino otros derechos y valores no menos importantes, es decir, que el proceso se plantea también como

¹³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 del 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis: “En ese sentido, aparte de los allanamientos, registros, incautaciones e interceptación de comunicaciones, las demás actuaciones que supongan afectación a derechos fundamentales deberán contar con la autorización previa del juez. Un control judicial que ha de verificar la necesidad, oportunidad e intensidad de la actuación del ente acusador, de modo que la intervención que ésta suponga sobre el o los derechos fundamentales del sujeto de derechos (del indiciado o investigado, de sus familiares, también de las víctimas del delito), únicamente opere cuando sea indispensable y sólo en el grado que resulte plenamente justificado”.

¹⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. Gaceta No. 116. Artículo 250, numeral 2.

¹⁵ Existen procedimientos vedados para el estado, así su propósito sea llegar a la verdad, como cuando se interceptan las comunicaciones entre el defensor y el procesado, en esos casos opera la conocida “prohibición probatoria”

un espacio donde se presentan conflictos de intereses y de derechos. Lo anterior se observa por ejemplo en la creciente actividad de la víctima cuyos intereses se enfrentan a los del procesado, y aquellos terceros que pueden ver afectada la propiedad sobre los bienes, entrando en conflicto con el interés de la víctima en ser reparada, el interés del Estado en perseguir aquellos bienes relacionados con la conducta punible y el respeto a la buena fe del tercero.

En este orden de ideas, el juez de control de garantía adquiere una función central en el proceso no solamente como juez constitucional, sino esencialmente como una forma de trasladar al proceso un sistema de equilibrio de las partes, y al mismo tiempo -se reitera- la expansión del principio acusatorio en estas etapas previas del proceso penal.

Si bien, el proceso penal tiene la potencialidad de afectar los derechos de los ciudadanos como el buen nombre, la libertad en sus múltiples dimensiones -entre otros-, no es menos cierto que existen cargas que todos están en deber de soportar, pues son propias de una vida en sociedad, sin embargo, existen derechos fundamentales que deben ser protegidos dada la relevancia de los mismos y la posibilidad de ser limitados por los funcionarios del Estado en el ejercicio legítimo de sus deberes,¹⁶ por ello, ni siquiera al mismo legislador¹⁷ se le permite una limitación caprichosa de ellos, es decir, hay un sistema de valores implícito que ni el mismo legislador puede afectar.

¹⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, Fundamento jurídico No. 36: “La creación del juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional.”

¹⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-756 del 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy: Cabra “El núcleo esencial se ha definido como el mínimo contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas, es decir, que el núcleo esencial del derecho fundamental es precisamente lo que lo torna en tal.”

2. TEST DE PROPORCIONALIDAD Y SU IMPORTANCIA A LA HORA DE DETERMINAR AFECTACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los funcionarios públicos, dentro de los procedimientos realizados en ejercicio de sus atribuciones, están obligados a respetar el ordenamiento jurídico¹⁸ y evitar incurrir en vías de hecho¹⁹. A la hora de analizar la afectación legítima de derechos fundamentales bajo la perspectiva de que estos no son absolutos, juega un papel importante el test de proporcionalidad, el cual consiste en demostrar fáctica, jurídica y probatoriamente, cual es la necesidad²⁰ de afectar uno o varios derechos fundamentales, que dicha afectación sea adecuada para lograr el fin perseguido y que puesto en una balanza los derechos en conflicto, de una parte el del ciudadano y por otra el de la sociedad, se analice cuál o cuales deben ceder, en procura de cumplir con los fines propuestos para cada caso en concreto²¹. Esta metodología de ponderación²² ha servido para resolver casos complejos, que impiden que se cometan excesos en la función pública, mediante la aplicación del juicio de proporcionalidad o razonabilidad, aplicación de la concordancia práctica o armonización concreta, apoyados

¹⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-011 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero: “el debido proceso en materia penal es más exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico”

¹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-242 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica: “las formas propias de cada juicio constituyen garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momento la conducta de los jueces se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales, situación en la cual la actuación configura una vía de hecho”.

²⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 del 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett: “El criterio para la valoración de la necesidad, es que sea el único medio para alcanzar el fin perseguido”

²¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 del 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “Los jueces de control de garantías, deben verificar que al momento de la fiscalía solicitar una afectación a derechos fundamentales se cumpla con tres requisitos especialmente (i) ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realiza la intervención corporal y las circunstancias específicas en que se encuentra (de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad)”.

²² REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-426 DE 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su ejercicio.

en las fuentes de derecho y respetando siempre el deber de motivar las decisiones que privilegian a uno u otro.²³

Este método de análisis constitucional permite generar un límite al poder de las mayorías, pues en un Estado Social de Derecho como el estatuido en Colombia, el ciudadano es un fin en sí mismo y no simplemente un individuo más que conforma la población de un Estado.²⁴

Ahora bien, bajo esta perspectiva la forma en que debe interpretarse la norma penal, requiere que sea compatible con los mandatos constitucionales acordes con la realidad del país, la hermenéutica penal debe realizarse de acuerdo a los valores y principios consagrados

²³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de “pluralismo valorativo”, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. En estas condiciones, la tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro. Así, por ejemplo, las reglas de procedimiento penal surgen como resultado de la ponderación de todos los derechos e intereses inmersos en la cuestión criminal: la garantía de los derechos que pueden verse afectados por una acción delictiva, la defensa del inocente, la búsqueda de la verdad, etc. En ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son las mejores. Su función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales. Para ello, se ha elaborado un arsenal hermenéutico que vincula al funcionario judicial con criterios de decisión-como sus propios precedentes, el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad, la aplicación del principio de concordancia práctica o armonización concreta, etc.- que surgen de las fuentes del derecho y que deben ser expuestos de manera clara en los motivos que fundamentan una determinada decisión judicial.”

²⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 2002. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. Esta providencia recoge apartes de la sentencia C-350 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero: “Esta Corte ha insistido en que la única forma como los derechos constitucionales pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos, como lo señala la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación... “ (...) son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo”, y por ende no pueden “(...) ser disueltos en un cálculo unitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de la mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo...” “(...) los derechos fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías-y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”.

constitucionalmente,²⁵ ello obedece a criterios inspirados en la justicia, reconocida como el valor superior del ordenamiento jurídico y para lograrlo, se han creado una serie de garantías mínimas, que en todo proceso han de ser reconocidas para evitar que tanto el administrador de justicia como el legislador desconozcan dicho valor superior.

Un Estado Social de Derecho privilegia el derecho sobre las formas y por ello al momento de analizarse si se pueden limitar los derechos fundamentales²⁶ debe acreditarse que no existen otros medios que puedan llegar a la teleología perseguida, con las medidas a tomar en cada caso en concreto.²⁷ No puede perderse de vista que las actuaciones judiciales se deben inspirar en lograr los cometidos que hagan realidad los principios, derechos y deberes constitucionales,²⁸ pues solo a partir del respeto por los derechos constitucionales de los ciudadanos, puede el Estado estar legitimado para intervenir en ellos.

Ahora bien, en materia penal el Test de Proporcionalidad juega un papel fundamental bajo la perspectiva del conflicto de intereses que convergen en el proceso penal. En efecto en muchos casos no es posible conciliar los valores e intereses enfrentados, de manera que se plantea el escenario en el cual uno o alguno de ellos debe ceder. Naturalmente esta discusión cuando se plantea en el escenario de los derechos fundamentales supone que el sacrificio de estos no

²⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-544 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero: “en la República de Colombia se ha dado una nueva constitución, la cual, entre otras innovaciones, estableció un sistema de valores fundamentales y principios materiales que informan, orientan y articulan el ordenamiento jurídico y en consecuencia cumplen una función interpretativa, crítica e integradora”.

²⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 296 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “Estos últimos, se ha dicho, admiten restricciones en aras de lograr objetivos constitucionalmente válidos, siempre y cuando tales recortes no afecten el núcleo esencial del derecho y resulten proporcionados de cara al objetivo superior que se persigue.

²⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias c-957 de 1999 y C-646 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis. “Los estados sociales de derecho dan prioridad a la sustancia, es decir a la situación de hecho protegida por el Derecho, sobre la forma o mecanismo diseñado para la protección del mismo. En todo caso de choque entre una forma y un derecho sustancial, deberá prevalecer el segundo sobre la primera. significando esto que el fin de la actividad estatal en general, y de los procedimientos judiciales en particular, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo. En esa medida, dicha prevalencia del derecho sustancial significa que el proceso es un medio y que, por lo mismo, las normas procesales deben aplicarse con un fin, consistente en la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial”.

²⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-105 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

se haga orientado por una teleología que le subyace, sino que en el trasfondo se da la posibilidad de que en un determinado contexto cedan intereses debido a que se defienden valores superiores.

El escenario de conflicto de intereses es por antonomasia el contexto al que se enfrenta un Juez de Control de Garantías al decidir sobre la afectación a derechos fundamentales. Obsérvese que cuando un juez imparte legalidad a una actuación que soporta una afectación intensa de derechos lo que hace es manifestar que dicha intervención es legítima en cuanto defienden intereses o valores que en ese preciso contexto son los importantes o relevantes.

Desde este punto ya se puede vislumbrar el carácter esencial del control judicial de los actos de investigación que afecten derechos fundamentales, y de manera específica, según se aborda en este trabajo de la incautación con fines de investigación y de comiso, en la medida que se abre el espacio en sede jurisdiccional para que todos los interesados otorguen argumentos al juez constitucional para decidir sobre la legalidad de los procedimientos.

3. UN BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE LA INCAUTACIÓN FINES DE INVESTIGACIÓN Y CON FINES DE COMISO.

En el ordenamiento jurídico colombiano se empezó a estructurar el concepto de comiso – y las medidas encaminadas a su efectivización- partir del siglo XX, en el marco o contexto de una fuerte incidencia del ejecutivo en el plano legislativo -legislador extraordinario- a través del uso de los estados de excepción -estado de sitio. Concretamente un primer antecedente de intervención del Estado en los bienes de una persona como consecuencia del proceso penal se puede encontrar en el Código Penal de 1.936²⁹. Se destaca de esta norma en primer lugar, que no habla de comiso sino de confiscación³⁰ por lo que no se establecen medidas cautelares

²⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 95 de 1936. 24 de octubre de 1936. En: Diario oficial No. 23316, año LXXII. Artículo 59.

³⁰ Recuérdese que en Colombia la confiscación está prohibida por la Constitución (Art. 34). Según la Corte Constitucional, esta figura es una pena que afecta el patrimonio de la persona condenada como responsable sobre un delito. Los bienes del condenado que pasan a ser del Estado no tienen relación con el delito de ahí su

para su realización, de manera que aquella no se debe entender como un instrumento sino como el resultado de la actuación penal; y en segundo lugar, el legislador estaba teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe, las víctimas de la conducta punible y la posibilidad de destruir o perder las cosas con las cuales se cometía la conducta punible.

Con el código penal de 1938³¹ se puede encontrar el primer antecedente de medidas cautelares al interior del proceso con fines probatorios o de investigación. En efecto a partir de este momento el código de procedimiento penal, empezó a hablar del secuestro como medida cautelar material, con el fin de sacar del comercio los bienes utilizados para la comisión de la conducta, los cuales debían ser detallados y harían parte del sumario para los efectos de la investigación.

Este código estuvo vigente hasta el año de 1971³², momento en el cual se crea el nuevo código de procedimiento penal colombiano, mediante el Decreto Extraordinario 409 de 1.971 (código de procedimiento penal de 1.971); ya en esta nueva codificación el legislador extraordinario dispuso en sus artículos 350 y 727 establecer el comiso, el cual trae una modificación en su inciso segundo del artículo 350 consistente en la excepción al comiso cuando los delitos son culposos y son cometidos con vehículos automotores, naves o aeronaves, siempre y cuando los mismos estuvieren asegurados. En ese orden de ideas, si el vehículo no estaba asegurado, sería secuestrado y quedaría a disposición del proceso.

naturaleza de sanción penal. REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. No obstante, esta norma utiliza el concepto confiscación, pero en relación con aquellos bienes relacionados con la comisión de la conducta punible. Sobre las diferencias con otras instituciones que afectan la propiedad como la expropiación y la extinción de dominio se recomienda: MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. En: La extinción del derecho de dominio en Colombia. Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2015, p. 16 y s.s.

³¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 94 de 1938. 13 de junio de 1938. En: Diario Oficial No. 23801, año LXXIV. Artículos 316 y 702.

³² REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Extraordinario 409 de 1971. 3 de mayo de 1971. Diario Oficial No. 33.303. Artículos 350 y 727.

Posterior al Decreto 409 de 1971, se crea el nuevo código penal colombiano, Decreto Extraordinario 100 de 1980³³, el cual ya empieza a hablar del comiso como figura jurídica en su artículo 110, estableciendo las mismas circunstancias y excepciones tratadas en las normas penales del código penal y de procedimiento penal. Los desarrollos de la figura del comiso desde 1936 hasta 1980, en realidad fueron muy pocas, pues el legislador ordinario o extraordinario en las diferentes normas penales no introdujo cambios significativos a esta figura. Fue solo a partir del código de procedimiento penal de 1987, Decreto 050 del 13 enero de 1987, que el legislador da un giro a la figura del comiso en cuanto a su aplicación y las consecuencias de este. Fue desde esta nueva legislación en la que se empezó hablar en su artículo 365 de la entrega provisional, la entrega definitiva y la pérdida total de las cosas mediante una sentencia condenatoria que así lo ordenara de los bienes sometidos a comiso, pero para los efectos de la indemnización como lo establece el inciso tercero del artículo 365³⁴.

Luego con la entrada en vigor de la nueva carta política de 1.991, también empieza a regir un nuevo código procesal penal, creado mediante el decreto 2700 del 30 noviembre 1.991³⁵, el cual en su artículo 338 y 339 establecen la figura del comiso, adicionando en su artículo 339 unas excepciones al respecto. En este nuevo código de procedimiento penal, se copió de manera textual la figura del comiso en su artículo 338; y fue solo a partir del artículo 339 que se dispuso adicionarle otros elementos y darle un poco más de claridad a la figura³⁶.

A partir del artículo 339 de este nuevo código de procedimiento penal (decreto 2700 de 1991.), se empieza hacer la distinción entre bienes muebles, inmuebles y títulos valores, de los cuales si fueren susceptibles de registro se informará a quien fuere competente con la

³³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Extraordinario 100 de 1980. 20 de febrero de 1980. En: Diario Oficial No. 35.461. Artículo 110.

³⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. En: Decreto Extraordinario 50 de 1987. 13 de enero de 1987. En: Diario Oficial No. 37.754. Artículo 365.

³⁵ Se aclara que dichas facultades no fueron otorgadas por el legislador sino directamente por la Constitución, concretamente el literal a) del artículo transitorio 5, del capítulo 1 de las disposiciones transitorias, aspecto que no deja de ser curioso.

³⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2700 de 1991. 30 de noviembre de 1991. Diario Oficial No. 40.190. Año CXXVII. Artículos 338 y 339.

finalidad de cumplir con el principio de publicidad y dejar por fuera del tráfico comercial estos bienes, esto como medida jurídica; y como medida material, para los bienes muebles e inmuebles la aprehensión, incautación y la ocupación.

Luego de tantos cambios en materia procesal penal e ir modificando el código penal de 1936 y 1980, en el año 2.000 mediante la expedición de la ley 599 del 24 julio, se cambia el código sustantivo penal, disponiendo en su artículo 100 la figura del comiso, la cual no ha presentado mayores cambios en comparación a lo normado en los códigos antes mencionados, y que serán motivo de desarrollo en otro aparte del presente trabajo, al igual que los modificaciones en materia procesal penal a partir de los cambios introducidos por la ley 906 de 2004.

4. LA INCAUTACIÓN CON FINES DE INVESTIGACION Y CON FINES DE COMISO EN LA LEY 906 DE 2004.

El 31 agosto de 2004, se crea el nuevo código de procedimiento penal, el cual empieza a regir gradualmente en nuestro país, a la par con el código de procedimiento penal del año 2.000 en ambas normativas se estableció cuál era el procedimiento para los bienes susceptibles de comiso, su procedimiento, consecuencia y competencia para el mismo.

Para efectos del presente artículo se centrará la atención única y exclusivamente en la ley 906 del año 2004, en la cual el legislador dispuso en su Título II, capítulo II que debe entenderse por comiso y su procedimiento dentro del sistema penal con tendencia acusatoria. Una de las razones que por las cuales el legislador busca la pérdida de las cosas en favor del estado, es la de desincentivar el enriquecimiento como consecuencia de las actividades ilícitas, al igual que dar cumplimiento a los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, en la cooperación de lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y las grandes estructuras delincuenciales. Colombia es uno de los países fundadores de las Naciones Unidas en 1945, desde entonces ha participado en esta organización, y ha ratificado su apoyo para combatir los delitos trans nacionales, el narcotráfico, el tráfico de drogas psicotrópicas y grandes estructuras delincuenciales entre otros.

Por otro lado, la actividad investigativa requiere de la protección de aquellos elementos que puedan ser relevantes en la investigación, es decir, que puedan representar un aporte epistémico al proceso, de manera que la incautación es también una medida material enfocada a que el ente acusador tenga herramientas jurídicas que le permitan asegurar bienes para el proceso. Para lo anterior, es decir, tanto para el comiso como para la investigación, el legislador previó unas medidas de naturaleza jurídica y otras de naturaleza material.

4.1. INCAUTACIÓN COMO MEDIDA MATERIAL CON FINES DE COMISO.

Las medidas cautelares dispuestas en el código de procedimiento penal de la ley 906 de 2004, se encuentran en el artículo 83, y tienen como finalidad poder hacer efectiva la figura del comiso, las cuales son de dos clases, una de carácter material y otra de carácter jurídico³⁷. Dentro de las medidas cautelares de carácter material se encuentran la incautación y la ocupación. La primera recae sobre bienes muebles y la segunda sobre inmuebles.

La facultad de la Fiscalía General de la Nación de realizar incautaciones deviene directamente de la Constitución y de una manera más precisa del artículo 250, numeral 2º de la carta con la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002. Puede afirmarse que se trata de una de aquellas actividades que implican ejercicio de función jurisdiccional en la medida que tiene la posibilidad de producir una afectación intensa en los derechos fundamentales de las personas³⁸ y que no requiere de un control judicial previo -como es la regla general- sino posterior.

Cuando se trata de incautaciones con fines de comiso, lo primero que se debe tener en cuenta es que se debe contar con una orden del Fiscal General o su delegado (artículo 84 C.P.P), si

³⁷ Como medida jurídica se establece la pérdida del poder dispositivo. Junto con la incautación se encuentra regulada a partir del artículo 83 de la Ley 906 de 2004.

³⁸ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal, Tomo II. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, p. 229 y s.s.

bien, el legislador no precisó si debería ser escrita o verbal, de su redacción se entiende que es una orden escrita, la cual debe contener unos motivos fundados (artículo 83 inciso 2 C.P.P), que permitan inferir que ese bien se encuentra dentro de una de las causales consagradas en el artículo 82 del código de procedimiento penal. Es decir, los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros.

Con base en esos motivos fundados, es que el Juez con Función de Control de Garantías determinará si es plausible la procedencia de la medida cautelar solicitada; ahora bien, debemos entender por motivos fundados, ese grado de conocimiento que permite establecer un nexo entre los bienes y la conducta punible. Una vez se realice la incautación de dicho bien, será puesto a disposición dentro de las 36 horas siguientes a su aprehensión u ocupación, de un Juez con Función de Control de Garantías para que realice una verificación de lo actuado; y decidirá conforme a esos motivos fundados.

El legislador dispuso varios grados de conocimiento dependiendo de la etapa procesal donde nos encontremos, como por ejemplo; motivos fundados, inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Para el caso del comiso, el legislador dispuso un grado de conocimiento mínimo, como lo son los motivos fundados, que en igual sentido a la inferencia razonable, son criterios de razonamiento lógico que se forman a partir de un silogismo jurídico, que consta de dos premisas y una conclusión, la primera premisa es conocida como premisa mayor, la segunda como premisa menor y una conclusión de ambas premisas³⁹.

Es a partir de ese razonamiento lógico deductivo y del respaldo mínimo probatorio de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que el

³⁹ UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, FACULTAD DE DERECHO. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. En: Principia Iuris, 2011-2, No. 16. Pag.314.

Juez deberá pronunciarse, de cara a determinar si procede o no la incautación de esos bienes. No frente a la inferencia razonable de autoría y participación del procesado frente a la conducta que se le imputa. Sino, de cara a la relación de causalidad entre esos bienes y la configuración de alguno de los eventos establecidos en el artículo 83 de la ley 906 de 2004.

Ahora bien, una vez superado el control de legalidad posterior y de configurarse una de las causales sobre las cuales procede el comiso, será el juez de conocimiento competente quien mediante una sentencia ordene el comiso de ese bien del penalmente responsable y a favor del Estado, siempre y cuando así se demuestre en el proceso penal ⁴⁰(artículo 85 código de procedimiento penal).

4.2.INCAUTACIÓN COMO MEDIDA MATERIAL CON FINES DE INVESTIGACIÓN.

La incautación en estricto sentido, es la facultad que tiene un servidor público de despojar provisionalmente a una persona de los elementos que lleve consigo, en este caso estarían facultados la Policía Judicial, o Fiscalía General de la Nación mediante una orden motivada, escrita, con unos motivos fundados si se trata de un acto de allanamiento con fines de recolectar elementos materiales probatorios o evidencia física, y si se trata de una situación de flagrancia, estaría facultada la persona que realice la aprehensión, que en este evento sería cualquier persona⁴¹.

Se trata a la luz de lo dispuesto por el artículo 83 de una medida material cuyo elemento definidor es su carácter instrumental, es decir, que se contemplan con el objetivo de lograr o

⁴⁰ No necesariamente todos los bienes incautados con fines de comiso pueden terminar intervenidos a través de una sentencia judicial. El artículo 88 permite la devolución de bienes, antes de la acusación, siempre que no sean necesarios para la indagación o investigación o no se encuentren en una circunstancia en la cual proceda su comiso. En el artículo 100 se regula por su parte la entrega provisional de bienes en delitos culposos que hayan sido afectados con medidas cautelares, no obstante, es preciso indicar que dichas medidas no están encaminadas a lograr el comiso sino para garantizar la indemnización de los perjuicios sufridos por las víctimas.

⁴¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. Gaceta No. 116. Artículo 32.

realizar determinado fin. Es decir que es menester no confundir la incautación con el resultado o destino final de los bienes el cual está supeditado al desarrollo del proceso penal. No se trata pues de una medida definitiva.

Las medidas cautelares tomadas en virtud de la incautación con fines de investigación, tiene por objeto recolectar información que puede estar en el mismo bien y con la finalidad de incorporarse al proceso para esclarecer los hechos; dichos bienes deberán ser entregados una vez realizada la labor de investigación, para lo cual se tiene un término de seis meses contados a partir de su legalización y antes de formularse la acusación, como lo establece el artículo 88 (ley 906 de 2004).

En los procedimientos de incautación con fines de investigación, la Fiscalía cuenta con amplias facultades para investigar las conductas que lleguen a su conocimiento y que revistan las características de un delito, por medio de denuncia, querrela, petición especial o cualquier otro medio idóneo, como lo establece el artículo 200 de la ley 906, en armonía con lo señalado en el artículo 250 constitucional, el cual también establece las facultades de la Fiscalía General de la Nación y sus delegados.

Es a partir de allí, que se puede obtienen las facultades para investigar, y por supuesto, para recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física e información debidamente obtenida, por parte de los agentes de policía judicial, a órdenes del fiscal delegado para esa investigación.

En la práctica son los agentes de la policía judicial los que en la mayoría de los casos determinan que elemento materiales recolectar con fines de investigación, toda vez que son ellos los que tienen contacto directo con los investigados y sus elementos; y las órdenes impartidas por los fiscales, en muchos casos, van dirigidas de forma general a recolectar evidencia que sirva para el esclarecimiento de los hechos, siendo ello un mandato abstracto. Conduciendo a los agentes de policía a incautar lo que a su juicio consideren importante para la investigación, afectando en muchos de los casos, derechos de los procesados, sus familias o terceros ajenos al proceso.

Deben tenerse en cuenta dos aspectos a la hora de referirse a ese procedimiento, lo primero, la fiscalía cuenta con esa facultad de incautar, ocupar o suspender la libre comercialización de los elementos materiales que la fiscalía considere necesarios para su investigación, y segundo, que esa potestad no es absoluta, a tal punto que no requiera un control judicial para la realización de dicho acto de investigación.

Ello en atención a lo establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 250, en los cuales se establece la obligación de someter a un control posterior por parte del juez con función de garantías los actos de incautación - numeral 2, y de acuerdo a esa facultad establecida en el numeral 3, de

(...) asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.⁴²

Se considera que se deberá someter a un control por parte de un juez con función de control de garantías dicho acto, en los casos en donde la incautación de elementos con fines de investigación, afecten derechos fundamentales. Por ejemplo. Si bien la finalidad de ese acto es dotar a la investigación de evidencias que deben ser debidamente recolectados para sustentar ante un juez de conocimiento la posible responsabilidad de un individuo, también es cierto que esa investigación debe ser con respeto de las garantías judiciales reconocidas en el ordenamiento jurídico, y en tratados y convenios internacionales firmados y ratificados por Colombia.

⁴² REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. Gaceta No. 116. Artículo 250, numerales 2 y 3.

En auto del 27 de febrero de 2019, la Corte Suprema de Justicia en el auto penal AP682-2019 con radicación No. 51263, se dijo que en la *ratio decidendi*⁴³:

Los elementos incautados a L. J. T. V. y W. T. V., en el procedimiento de captura realizado el 18 de octubre de 2013, fueron los siguientes: i) una camioneta doble cabina de placas KHW-207, de propiedad de I. P. P. P.; ii) quince millones de pesos (\$15.000.000.00) en efectivo; iii) 116 paquetes contentivos de sustancia estupefaciente (cocaína); **iv) tres celulares; v) un recibo de consignación del 1ro de octubre de 2013 por valor de nueve millones cuatrocientos mil pesos (\$9.400.000.00) y vi) una agenda pequeña con un esfero.**

En cuanto a los tres últimos elementos, es evidente que sobre los mismos no procedería el comiso, pues no se advierte que sean producto directo o indirecto del delito ni que hayan sido utilizados como medio o instrumento para su ejecución. Diferente es que bajo custodia de la Fiscalía, puedan permanecer por tratarse de evidencia física necesaria para la investigación o indagación (parágrafo 1º, art. 86 Ley 906 de 2004), o devolverlos a quien tenga derecho a recibirlos, cuando no sean ineludibles para tal fin (art. 88 ídem).

Por tratarse de evidencia física necesaria para la misma conclusión deriva para el estupefaciente, pues además de que no es susceptible de valoración económica ni sobre el mismo recae derecho de dominio, es el objeto material del delito que, por su naturaleza, debe ser destruido por las autoridades de policía judicial, como lo demanda el artículo 87 de la Ley 906 de 2004.

Luego, en relación con el procedimiento de incautación de los mencionados elementos (cocaína, celulares, recibo, agenda y esfero), el fiscal no estaba obligado a solicitar el control del juez de garantías, ya que, se reitera, sobre ellos no procedía el comiso⁴⁴. (Subrayado no hace parte del original)

En dicha decisión la corte, utiliza el término custodia, para referirse a la posibilidad del ente fiscal de retener la evidencia necesaria para la investigación, indicando, además, que el fiscal

⁴³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-039 del 2003. “para identificar la ratio decidendi de un fallo deben considerarse tres elementos: (i) la norma objeto de la decisión de la corte; (ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y (3) el criterio determinante de la decisión”.

⁴⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia AP682-2019 Radicación No. 51263.

no está obligado a solicitar control ante juez de garantías, como quiera que sobre dichos elementos no procedía el comiso.

Posición de la Corte que no es compartida en el presente artículo, en razón a que la decisión, de someter a control de garantías una actividad investigativa de la fiscalía no depende de si se está en presencia de los eventos en que procede el comiso, sino en la posibilidad que existe de verse afectados derechos fundamentales, sin pasar por el tamiz del juez de garantías⁴⁵. Es decir, el elemento determinante no depende del fin al que será sometido el elemento, sino si se afectan derechos fundamentales. Es a partir de allí que deben activarse todas las garantías de los afectados.

5. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDEN VERSE AFECTADOS EN LA INCAUTACIÓN.

La necesidad del control judicial a la incautación es reflejo de la fuerte incidencia o afectación intensa que puede tener sobre los derechos fundamentales de las personas. La legalización de aquella determina que a la luz de la constitución esa injerencia se considere legítima y que en consecuencia el ciudadano esté en la obligación de soportarla, de allí lo esencial del control judicial y del papel del Juez de Control de Garantías. Ahora bien, es dable afirmar que -sin perjuicio de afectar otros derechos- la incautación tiene un gran impacto en los derechos a la

⁴⁵ Esta situación se puede verificar en el caso de los macro elementos materiales probatorios, pues dispone el art. 266 que si estos están destinados al comiso se sujetarán a las reglas de esta, entre ellas el control posterior. De lo contrario es el fiscal directamente que debe devolver los bienes. No obstante, reténgase que es al fiscal en este último caso ante quien hay que acreditar la calidad propietario, poseedor o tenedor legítimo. Esta situación es compleja porque la norma habla de demostración de la calidad, lo que indica que el interesado deber probar dicha calidad antes el fiscal y este último debe hacer un ejercicio de valoración probatoria, un ejercicio más propio de los jueces o de los fiscales en otros sistemas como en ley 600 o en extinción de dominio. De manera que puede existir una incoherencia sistémica estructural en este punto.

propiedad⁴⁶, la intimidad⁴⁷ y en el acceso a la administración de justicia o tutela jurisdiccional efectiva⁴⁸.

El derecho a la propiedad, se ubica en el artículo 58 de la Constitución Política de 1991,⁴⁹ y por parte de la Corte Constitucional, se ha indicado que la ubicación de este derecho dentro de la constitución, no pertenece al grupo de derechos fundamentales de forma taxativa, sin embargo, vía legal⁵⁰ y jurisprudencial, se ha dado un concepto favorable a estimar dicho

⁴⁶ La “propiedad” significa derecho o facultad de poseer algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales. Límites no solo para quien ostenta el derecho, sino también para el Estado pues la propiedad permite el ejercicio de otros derechos y entre ellos la dignidad humana, su limitación sólo es posible por causas previamente establecidas en la ley. A este respecto la Corte Constitucional ha establecido: El legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen, así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038. 09 de febrero de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷ El derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, en la cual pueda desarrollar su vida plena en aspectos tales como los personales, familiares, sociales, espirituales y culturales, sin la intromisión de la sociedad o el estado, salvo autorización expresa de su titular o con apego a los procedimientos y normas establecidas para su afectación.

⁴⁸ A nivel internacional se han ofrecidos diferentes normas que permiten a los seres humanos acceder a los mecanismos y recursos para la optimización de sus garantías. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, se les reconoció a todas las personas, la posibilidad de acceder a la administración de justicia para que se amparen los derechos, ese acceso debe ser real, en condiciones de igualdad, ante una autoridad imparcial, por su parte en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, se reiteró la posibilidad de los ciudadanos de hacer valer sus derechos, pero esta vez se agregó que dicho ejercicio debía hacerse de manera sencilla y breve, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, que entró en vigencia en 1968 para Colombia, reitero la importancia del derecho acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad y de imparcialidad, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1.969, agregó que dicha facultad, le permite a los ciudadanos defenderse de acusaciones no solo en el ámbito penal, sino también en el área civil, laboral, fiscal entre otras.

Es importante, hacer énfasis en que cada individuo no solo tiene derecho a que la protección se proporcione por medio de un procedimiento rápido y sencillo, sino también, que dichas garantías, se cumplan aun cuando la violación a sus derechos fundamentales se vea amenazada por el ejercicio de la actividad estatal a través de sus funcionarios oficiales.

⁴⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. Gaceta No. 116: “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles...”

⁵⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-712 del 2007 y T-609 de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil: “Ciertos derechos constitucionales adquieren el rango fundamental, como consecuencia del desarrollo legal”.

derecho como inherente a la persona humana⁵¹ y por ende fundamental, cuando se encuentra estrechamente ligado (conexidad) a otros derechos que sí lo son de forma directa, pudiendo la propiedad ser protegida incluso mediante acción de tutela.⁵²

Por otro lado el derecho a la intimidad - reconocido en el artículo 15⁵³ de la carta política de 1.991 y en convenios internacionales ratificados y firmados por Colombia⁵⁴- supone varias dimensiones⁵⁵ primero, cuando se presenta una intromisión al espacio físico que ocupa una persona, o sea, simplemente ingresar a ese espacio determinado físicamente sin autorización de su titular o en virtud de un mandato legal, como por ejemplo, ingresar a la habitación de una casa donde vive una persona, independiente que allí se realice o no una acción que

⁵¹ BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, y CHINCHILLA, Tulio Elí. ¿qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Temis, 1999. Pag 38 y 42.

⁵² REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-506 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, reiterada en sentencias T-831 de 2004, T-235 de 2011, T-454 de 2011 y T-580 de 2011: “La posibilidad de considerar el derecho a la propiedad como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve a su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere la naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela”

⁵³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1.991 artículo 15. Gaceta No. 116.

⁵⁴ En materia internacional, encontramos la intimidad desarrollada en los siguientes instrumentos internacionales, de los cuales Colombia hace parte, a). Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual indica en su artículo 12 que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. París, 1º de diciembre de 1948, artículo 12. b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 17 numeral 1, el cual señala que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 16 de diciembre de 1966 artículo. 17 numeral 1. Entrada en vigor para Colombia: 23 de marzo de 1976 en virtud de la ley 74 de 1968. c) la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11 numeral 2, en cual preceptúa que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, no de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11 numeral 2. Entrada en vigor para Colombia: 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.

⁵⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-696 de 1996. Fabio Morón Díaz. Decisión reiterada en las sentencias T-169 de 2000 y T-1233 de 2001.

vulnere otra garantía fundamental; segundo, cuando se ventila información verdadera de una persona, la cual no es susceptible de ser divulgada, por ejemplo, los gustos en las prácticas sexuales que pueda tener una persona en su intimidad, los cuales no están disponibles ni son de acceso al público; y tercero, cuando se presentan hechos falsos sobre la vida íntima de una persona, lo cual genera una afectación no solo a la intimidad, sino al derecho que le asiste a la honra y el buen nombre.

Ahora bien, el derecho a la intimidad no es absoluto, pues el mismo puede ser limitado cuando entra en conflicto con otros intereses superiores o derechos de terceros, caso en el cual se debe ceder ante dicha pugna, siempre y cuando así lo determine un juez constitucional mediante un test de proporcionalidad en sentido amplio y en sentido estricto. De manera que las incautaciones con fines de comiso o de investigación, no solo se puede afectar ese derecho a la intimidad del procesado, sino también de terceros de buena fe o de las víctimas; por lo tanto, se hace más necesario contar con esos controles judiciales, los cuales salvaguardan ese derecho a la intimidad entre otros. Finalmente, el Derecho a la Administración de Justicia⁵⁶ en palabras de la Corte Constitucional es un derecho fundamental⁵⁷, que supone, entre otros elementos, la garantía desde que sea posible “(...) acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para velar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de los derechos e intereses legítimos”⁵⁸.

⁵⁶ A nivel internacional se han ofrecidos diferentes normas que permiten a los seres humanos acceder a los mecanismos y recursos para la optimización de sus garantías. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, se les reconoció a todas las personas, la posibilidad de acceder a la administración de justicia para que se amparen los derechos, ese acceso debe ser real, en condiciones de igualdad, ante una autoridad imparcial, por su parte en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, se reiteró la posibilidad de los ciudadanos de hacer valer sus derechos, pero esta vez se agregó que dicho ejercicio debía hacerse de manera sencilla y breve, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, que entró en vigencia en 1968 para Colombia, reitero la importancia del derecho acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad y de imparcialidad, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1.969, agregó que dicha facultad, le permite a los ciudadanos defenderse de acusaciones no solo en el ámbito penal, sino también en el área civil, laboral, fiscal entre otras.

⁵⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-004 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 del 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

La posibilidad de acceder a la administración de justicia, parte de la necesidad de que los ciudadanos sean tratados en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de limitación en razón a la edad, género, raza, condición sexual o religiosa. Por ello se considera que, en el proceso penal, los intervinientes⁵⁹, deben gozar de igualdad⁶⁰ de condiciones para ser informados⁶¹ y oídos ante la administración de justicia, cuando sus bienes se encuentran comprometidos por el ejercicio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, pues no existe una razón válida para que estén en desventaja con relación a las partes del proceso penal.

El aspecto más problemático donde se evidencian dificultades en garantizar la eficacia de este derecho se presenta de manera puntual en la incautación respecto de bienes de terceros. Cuando los bienes pertenecen al procesado es indudable que el proceso penal como debate dialéctico es el escenario por antonomasia para que aquel discuta no solo lo relacionado con su responsabilidad penal, sino que también pueda ejercer sus derechos sobre la vinculación de sus bienes con los delitos imputados y acusados.

El asunto es más desafiante cuando los bienes pertenecen a terceros, pues igualmente el ejercicio de sus derechos está supeditado a una eficaz participación en el proceso. Ello se garantiza precisamente a través de la publicidad de las actuaciones que actualmente no se está cumpliendo, en los eventos donde la Fiscalía pretende incautar, retener o asegurar los bienes de aquellos en las audiencias de garantías, siendo afectado su derecho al debido

⁵⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: La noción de interviniente especial, fue desarrollada ampliamente por la Corte Constitucional⁵⁹, indicando que, dentro del proceso penal, no se hace indispensable su participación activa durante el proceso, sin embargo, si desean asistir, no se les puede limitar su derecho a estar presentes en las etapas del mismo, bajo unas puntuales limitaciones, atendiendo precisamente la importancia de no desequilibrar la carga hacia ninguna de las partes.”

⁶⁰ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional, el principalísimo penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 155: “La igualdad ante el derecho, desde el punto de vista de la aplicación de la ley, impone que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador jurídico pueda establecer diferencia alguna en razón a las personas, o de circunstancias que no estén precisamente contenidas en ella. En ese sentido, el principio de igualdad formal se identifica con el principio de legalidad y de seguridad jurídica”.

⁶¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1114 del 2003 M.P.: Jaime Córdoba Triviño. “El principio de publicidad plantea el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, tanto por los directamente interesados en ellas como por la comunidad en general”

proceso⁶², pues si al afectado no se le hace partícipe del derecho a ser oído para expresar sus motivos de disenso con relación a las medidas que se van a tomar por los operadores jurídicos,⁶³ se está desconociendo mandatos provenientes del bloque de constitucionalidad, pues si el constituyente, determinó que la Fiscalía debe acudir ante la jurisdicción cuando va a afectar derechos fundamentales, ¿quién podrá desacreditar la existencia de una relación de causalidad entre la evidencia y el hecho investigado? ¿La relación entre la evidencia y el procesado?⁶⁴ ¿Quién podría demostrar que las medidas no son las idóneas, necesarias y adecuadas para cumplir los fines perseguidos?⁶⁵ ¿Quién podrá argumentar que las medidas, desbordan injustificadamente la facultad del Estado de invadir el derecho a la intimidad de un ciudadano al que se le va a privar de sus bienes u otros derechos fundamentales?

La teleología del control posterior busca hacer un análisis tanto formal como material de la actuación realizada por la Fiscalía y la Policía Judicial, de manera que el acceso a la justicia en el caso específico de los terceros de buena fe no solamente se garantiza con la posibilidad de que sus argumentos sean escuchados en el juicio, sino que estos también puedan ejercer el derecho a la contradicción ante el juez de garantías a la hora de impartir legalidad o no al procedimiento que afecta sus derechos.

⁶² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978 en virtud de la Ley 16 de 1972.

⁶³ El artículo 2 de la constitución, indica que son fines del estado entre otros garantizar la efectividad de los derechos, las autoridades están instituidas para proteger a todos sus bienes, derechos y demás libertades. Además, el artículo 209 establece que la publicidad, es uno de los principios de la administración pública.

⁶⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-782 de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Fundamento jurídico número 18. “de otra parte, obsérvese que la regulación reseñada (hace referencia al artículo 82 del C.P.P) hace énfasis en que la incautación de bienes con fines de comiso, debe efectuarse sin perjuicio de los derechos de las víctimas o de los terceros de buena fe, lo que implica que el legislador previó la posibilidad de que las actividades de incautación de bienes podrían salir afectados de los derechos de las víctimas, ya sea porque aquellas recayeran sobre bienes objeto de restitución, o porque la incautación de bienes del penalmente responsable pudiera afectar las probabilidades de garantizar la reparación integral del daño ocasionado con el delito”

⁶⁵ BERNAL PULIDO. Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 665: “Para que haya una afectación negativa a un derecho fundamental es necesario que exista un nexo causal entre la actividad desplegada por el funcionario y el derecho, la afectación debe ser idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho del afectado”.

Los derechos fundamentales, permiten la protección de las libertades del ciudadano frente al Estado, a éste, sólo le es permitido intervenir en ellos, cuando se persigue la protección de los demás comúnmente conocido como “principio de justificación teleológica”⁶⁶, siempre y cuando el ciudadano esté en el deber de soportar, pues no en todos los casos, los derechos de las mayorías se deben proteger en desmedro de los intereses del individuo⁶⁷.

En ese sentido, proponemos, que al tercero de buena fe, como ocurre en la acusación con la víctima, al menos sumariamente, el Fiscal acredite en las audiencias, que realizó labores con el fin de informar a estos intervinientes, sobre la posibilidad de asistir a la audiencia, como quiera que pueden ver limitados sus derechos fundamentales como la propiedad o la intimidad. Aclarando que su inasistencia no impediría el desarrollo de las diligencias.

Cuando un delegado Fiscal retiene un dispositivo que almacene información, como celulares, computadores, memorias, o documentos físicos en cuadernos, libros, agendas entre otros, está afectando claramente el derecho a la intimidad y en caso de representar el elemento, un valor económico, se estará afectando también el derecho a la propiedad. La facultad del estado de asegurar y custodiar los elementos con fines de investigación no debería quedar sin control por un ente imparcial, creemos que en todos esos eventos, cuando se tenga identificado al propietario, poseedor o tenedor, se debe acudir ante la jurisdicción y agotar la carga argumentativa pertinente⁶⁸.

⁶⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Cóllex, 1990, p. 97-107.

⁶⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-350 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero Sentencia: “Esta Corte ha insistido en que la única forma como los derechos constitucionales pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos, como lo señala la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación, “son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo”, y por ende no pueden “ser disueltos en un cálculo unitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de la mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo...” “...los derechos fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías-y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”. Se reitera en Sentencia C-251 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, traducción CARLOS BERNAL PULIDO. Madrid, 2002, p. 32. Según Robert Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de la

Piénsese en un caso donde el ciudadano es capturado y durante el procedimiento le es retenido su dispositivo celular, luego es llevado ante juez de control de garantías y ante este funcionario se realizan las audiencias concentradas de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento, una vez concluidas, el celular no le es devuelto, bajo el argumento, que es requerido con fines de investigación, sin hacerse argumentación a los motivos fundados para inferir que el elemento contiene información relevante para el caso, sin argumentarse el test de proporcionalidad frente a los derechos que se encuentran en colisión, de una parte la obligación constitucional de la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y del otro, los derechos como la intimidad y propiedad del procesado o de terceros.

En la práctica judicial, al defensor público, por falta de legitimación en la causa por activa, no se le permite oponerse en los casos antes señalados, tímidamente se le permite al defensor contractual del procesado oponerse a las medidas que restringen el patrimonio de terceros de buena fe o terceros civilmente responsables, si se aporta poder por parte de estos profesionales, es decir, que la defensa de los intereses de los afectados con medidas cautelares, depende de la información oportuna que pueda ofrecer el procesado, a cerca del conocimiento que tenga del propietario, poseedor o tenedor de los bienes, lo que permite afirmar que se deja en una posición muy desventajosa al tercero.

Adicionalmente podría decirse que el ente Fiscal, debe al menos sumariamente, realizar la gestión de notificar a quienes se pretende limitar sus derechos como la propiedad, si observa que los mismos están en cabeza diferente del sujeto activo del delito, para que éste pueda ejercer en debida forma su derecho al acceso a la administración de justicia y si bien es cierto, la ley permite que los afectados soliciten con posterioridad audiencia de levantamiento de

ponderación, la fórmula del peso y las cargas argumentación. La ley de la ponderación hace referencia al grado de afectación que cada principio sufre, estableciendo una escala “leve, media o intensa”. Frente al peso, ha de analizarse si las premisas fácticas están debidamente soportadas para identificar, verdaderamente qué principio tiene mayor relevancia proteger. Las cargas de argumentación se tienen en cuenta a la hora de encontrar un empate entre los principios en colisión, al respecto se debe según la última postura del doctrinante, es remitirse al espíritu de la ley, que fue el motivo para que el legislador creara la protección.

medidas cautelares ante juez de control de garantías⁶⁹, en muchos casos la practica judicial, hace que estos derechos se afecten por largos periodos de tiempo mientras se realizan las diligencias, imponiéndole al afectado, la carga de contratar los servicios de un profesional en el derecho, convocar a todas las partes a la audiencia y en muchos casos, tener que pagar una caución para lograr el levantamientos de las medidas impuestas.

En todo caso, el sistema procesal vigente se ve enfrentado a retos que no solamente se reducen al estudio y análisis de la responsabilidad penal del procesado, sino que de manera paralela entran en juego intereses de otros actores cuyos intereses no puedan considerarse de segunda mano al proceso, y que en consecuencia, el ordenamiento jurídico debe dar respuesta a partir del derecho de audiencia. A la larga, sin perjuicio de la decisión de fondo, el derecho de audiencia de los distintos actores garantiza precisamente la oportunidad de ser escuchados, de proponer una visión diferente a la propuesta por el Estado y a controvertirla, presentar las evidencias y que un juez imparcial decida la controversia.

De esta manera, se insiste, el juez de control de garantías está llamado a jugar un rol central en el proceso a partir de un papel trascendental de una hermenéutica o interpretación del ordenamiento procesal penal como una extensión del sistema axiológico contenido en la constitución, de manera que es allí donde podrá encontrar las respuestas que la ley no le otorga o que lo hace en abierto desconocimiento de los postulados constitucionales.

6. CONCLUSIONES

⁶⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL. Auto del 22 de octubre de 2003. M.P.: Alfredo Gómez Quintero: "...ello quiere decir, que el juez de control de garantías es una instancia autónoma e imparcial dentro del proceso. Conforme a este precepto, es una instancia ajena al proceso de investigación, cuya imparcialidad asegura el respeto e las condiciones de igualdad de armas de las partes, en general, el equilibrio que debe existir dentro del proceso penal. En consecuencia, la adopción oficiosa de medidas en relación con derechos fundamentales sin petición de parte implica una toma de postura dentro del proceso, aunque sea tangencial, con lo cual el juez abandona su carácter imparcial".

Es indudable que el proceso penal es el escenario donde la afectación a derechos fundamentales puede darse de manera más intensa. Suele pensarse que su intervención en estos opera en el campo del derecho fundamental a la libertad y a la dignidad humana, no obstante, existe un espectro de derechos que también pueden verse afectados por decisiones al interior del proceso.

Naturalmente la forma en que se regule este tipo de decisiones en los respectivos estatutos procesales es un indicativo de la sintonía de la norma con la fuente que le sirve de validez formal y material, que para el caso colombiano es la Constitución Política según lo estipula expresamente el artículo 4° de la misma.

La incautación es una medida material que tiene un fin procesal o cautelar, es decir, no es una medida definitiva o una sanción sino un instrumento que según se explicó tiene como objetivo servir para el proceso mismo, es decir, con fines de investigación o con fines de comiso, esto es, de cara a una de las decisiones que debe tomar el juez de conocimiento al emitir su sentencia y decidir el objeto del proceso.

Pese a su carácter instrumental es una medida que interviene la esfera de ciertos derechos fundamentales como la propiedad, la intimidad y el acceso a la administración de justicia, no obstante, es una medida que si se realiza en cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales se considera legítima, precisamente en función de la teleología que le subyace.

No obstante, quiso el constituyente que respecto de la incautación en particular no se siguiera la regla general en materia de afectación a derechos fundamentales, es decir, control judicial previo, sino que se trata de aquellas circunstancias en la cual -y de manera excepcional- el ente acusador ejerce función jurisdiccional supeditada a un control judicial posterior.

Esta medida supone aspectos problemáticos que determinan un rol esencial y fundamental del Juez de Control de Garantías como una especie de controlador de la actividad investigativa. En el marco específico de la incautación su control – pese a ser posterior- no es meramente formal, sino que el juez debe ser particularmente estricto en el control material que supone el análisis y estudio de las cargas epistémicas y el test de proporcionalidad.

Ahora bien, de manera mucho más puntual, la incautación puede suponer una complejidad mucho más desafiante en dos escenarios que sin ser los únicos, ofrecen o ilustran sobre las discusiones que pueden presentarse en el proceso y cuya forma de resolución incidirán en la legitimidad de las decisiones que se tomen al interior de este.

El primero se trata aquellas situaciones en la que el fiscal pueda incautar elementos para efectos de investigación sin estar sometido a ningún tipo de control, así sea posterior. Aquí es preciso recordar que precisamente la naturaleza del control judicial es legitimar actuaciones que en otros escenarios no estarían permitidas, por lo tanto, al superar el umbral del control constitucional se consideran que el sujeto de la medida está en obligación de soportarla.

El segundo escenario es la afectación a bienes que pertenezcan a terceros y que sean incautados con fines de comiso. En este caso, además de la propiedad, el acceso a la justicia es una garantía particularmente sensible y en el que la publicidad juega un rol esencial. Sin perjuicio de la decisión definitiva la garantía de ser escuchado en el proceso es determinante para garantizar una validez sustancial de la decisión. Validez que no solo se consigue permitiendo la participación del tercero en el juicio sino desde el mismo control judicial posterior cuando ello sea posible ubicarlo, siendo citado; pero en caso de no asistir, ello no impediría el desarrollo de audiencia.

En todo caso el proceso penal intrínsecamente se enfrenta a esta clase de retos en los que la incautación es solo un ejemplo de ello, no obstante, la forma en que el constituyente derivado delineó el sistema procesal penal vigente es reflejo de que según el sistema de valores que le sirve de sustento al proceso, la verdad no puede conseguirse a cualquier precio. En este escenario preguntarse si en el proceso penal – y en este caso concreto la incautación- se afectan derechos fundamentales no da cuenta del verdadero problema, sino si esa afectación que se considera natural o propia de la naturaleza del proceso penal es legítima o no a partir de sus bases internacionales, constitucionales o legales. Es allí donde se explica la necesidad del juez de control de garantías.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

DOCTRINA

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, traducción CARLOS BERNAL PULIDO. Madrid, 2002, p. 32.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. 9 conferencias, círculo de Viena, Universidad de Antioquia. Medellín: Señal Editora, 2018, p. 99.

BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, Pag. 38 y 42.

CHINCHILLA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Temis, 1999, Pág. 38 y 42.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal, tomo I fundamentos constitucionales y teoría general (6ª edición). Bogotá: Externado. 2013.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Fundamentos constitucionales y teoría general tomo II (6ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BERNAL PULIDO. Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Cóllex, 1990, p. 97-107.

GUERRERO, Oscar Julián. Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional, el principalísimo penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 155.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, FACULTAD DE DERECHO. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. En: Principia Iuris, 2011-2, No. 16. Pag.314.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal (2ª edición). Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012.

MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Tomo I (2ª edición, 1ª reimpresión). Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

LEGISLACION

REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. Gaceta No. 116. República de Colombia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 de 2002. 20 de diciembre de 2002. Diario Oficial No. 45.040.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 95 de 1936 (código penal). 24 de octubre de 1936, diario oficial No. 23.316, año LXXII.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 94 de 1938. 13 de junio de 1938. Diario Oficial No. 23801, año LXXIV.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Extraordinario 409 de 1971. 3 de mayo de 1971. Diario Oficial No. 33.303.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Extraordinario 100 de 1980. 20 de febrero de 1980. Diario Oficial No. 35.461.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Extraordinario 50 de 1987. 13 de enero de 1987. Diario Oficial No. 37.754.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2700 de 1991. 30 de noviembre de 1991. Diario Oficial No. 40.190. Año CXXVII.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000 (Código Penal). 24 de julio de 2000, diario oficial No. 44.097.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 03 de 2002. 19 de diciembre de 2002, Diario Oficial No. 45.040.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). 01 de septiembre de 2004. Diario oficial No. 45.658.

CONSULTAS PAGINAS DE INTERNET

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Definición de propiedad. Actualización 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/propiedad>. Fecha y hora de consulta: 25 de mayo de 2020 a la 9:00 AM.

IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, abril de 1948. Artículo 23. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf. Fecha y hora de consulta: 29 de mayo de 2020 a la 9:00 AM.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969 San José de Costa Rica, entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978 en virtud de la Ley 16 de 1972. Artículo 21. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. Fecha y hora de consulta: 25 de mayo de 2020 a las 9:30 AM.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Fecha y hora de consulta: 27 de mayo de 2020 a las 8:00 PM.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la resolución 220A de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968, artículo 14. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Fecha y hora de consulta: 30 de mayo de 2020 a la 9:00 PM.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal. Mallorca, 25 de noviembre de 1990. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>. Fecha y hora de consulta: 29 de mayo de 2020 a las 10:00 PM.

SENTENCIAS JUDICIALES

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-712 del 2007 y T-609 de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil: “Ciertos derechos constitucionales adquieren el rango fundamental, como consecuencia del desarrollo legal”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-506 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-105 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-475 de 1997.
M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 2002.
Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 de 1997.
M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-696 de 1996.
M.P. Fabio Morón Díaz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1114 del 2003
M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-544 de 1992.
M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-039 de 1996.
M.P. Antonio Barrera Carbonell.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-004 de 1995,
M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 del 2002,
M.P. Rodrigo Escobar Gil.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2007.
M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005.
M.P. Jaime Córdoba Triviño.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-756 del 2008,
M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-011 de 1992.
M.P. Alejandro Martínez Caballero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T242 de 1999.
M.P. Martha Victoria SÁCHICA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 del 2002.
M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 del 2005
M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS C-957 DE
1999 Y C-646 DE 2002 M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 del 2003,
M.P. Álvaro Tafur Galvis.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-334 del 2010,
M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de agosto
20 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-350 de 1994. M.P.
Alejandro Martínez Caballero

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE
CASACIÓN PENAL. Sentencia AP682-2019 Radicación No. 51263. M.P. José Francisco
Acuña.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE
CASACIÓN PENAL. Sentencia 30363. M.P.: María del Rosario González Muñoz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE
CASACIÓN PENAL. Auto del 22 de octubre de 2003. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.