

## CIRCULAR 4 DE 2023

(marzo 15)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

### AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

Para: Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial y Ministerio de Defensa Nacional  
De: MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA  
Directora  
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE  
Asunto: Lineamientos para prevenir el daño antijurídico por privación injusta de la libertad

Bogotá, D.C.,

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 otorgó competencias en materia de defensa judicial y prevención de las conductas y del daño antijurídico a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De conformidad con este marco normativo, a la entidad le corresponde recomendar, en aquellos casos que considere pertinente, las acciones y gestiones que deban adelantar las entidades públicas para una adecuada prevención y defensa de los intereses de la Nación<sup>(1)</sup>.

La privación injusta de la libertad se encuentra entre las causas más importantes de litigios en contra de la Nación, con 8.323 demandas activas y pretensiones por 14,4 billones de pesos. Entre las entidades más demandadas están: i) la Fiscalía, con 7.668 procesos y 13,6 billones en pretensiones; ii) la Rama Judicial, con 6.963 procesos y 12,2 billones en pretensiones; y iii) la Policía Nacional, con 1.111 procesos y 2,1 billones en pretensiones. Adicionalmente, la tasa de éxito por esta causa ha pasado del 39%, en el año 2016, al 77,8% en el año 2023<sup>(2)</sup>.

Conforme con el estudio y análisis de la jurisprudencia reciente efectuada por la Agencia se ha podido establecer que los siguientes son algunos de los supuestos por los cuales distintas entidades públicas han sido condenadas<sup>(3)</sup>:

- a. Cuando queda acreditado que la conducta por la cual se investigaba a una persona privada de la libertad no constituyó un hecho punible<sup>(4)</sup>.
- b. Cuando la conducta era atípica y por ello no se reunían los requisitos para que se dictara una medida de aseguramiento<sup>(5)</sup>.
- c. Cuando no se cometió delito alguno y la detención se dio con fundamento en informes contrarios a la realidad<sup>(6)</sup>.
- d. Cuando se impuso una medida de detención preventiva sin el cumplimiento de los requisitos legales aplicables al momento de los hechos<sup>(7)</sup>.
- e. Cuando se produce la captura sin el lleno de requisitos legales, cuando había prescrito la acción penal o con extralimitación de funciones.
- f. Cuando la captura se produce sin una previa, debida y seria verificación de la tipicidad de la conducta, con fundamento en pruebas sin credibilidad o con base en informes y sin recolección de evidencia.
- g. Cuando se presenta un error judicial, un error en la actuación o en el procedimiento de la entidad.
- h. Cuando la privación de la libertad es consecuencia de una indebida valoración del material probatorio de cara a la definición de la situación jurídica del procesado.
- i. Cuando se produce una incorrecta identificación o individualización del autor del delito.

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

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

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

De conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional, la libertad es un derecho fundamental<sup>(8)</sup>. Sin embargo, este no es absoluto, puede ser limitado en aquellos casos expresamente establecidos por el legislador, siempre y cuando la restricción o privación de la libertad se encuentre justificada en la protección de derechos o bienes constitucionales<sup>(9)</sup>.

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

En lo referente a las medidas de aseguramiento, es importante precisar que estas se encuentran sometidas a unos límites formales y sustanciales, cuyo fin último es la protección de la dignidad humana<sup>(10)</sup>; por lo cual, las disposiciones que autorizan su imposición como forma de restricción preventiva: i) tienen carácter excepcional; ii) solo pueden ser interpretadas restrictivamente; y iii) su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales<sup>(11)</sup>.

Por una parte, los límites formales hacen referencia a las condiciones mínimas para restringir el derecho a la libertad de manera legítima<sup>(12)</sup>, los cuales son: i) la reserva de ley para la creación de las medidas privativas de la libertad<sup>(13)</sup>; y ii) la reserva judicial para la imposición de estas<sup>(14)</sup>.

Por otra parte, los límites sustanciales son aquellos con la "...capacidad para contrarrestar los excesos en el uso de las ordenes cautelares, pues están dirigidos a su contenido y a las estrictas justificaciones constitucionales en que deben estar soportadas"<sup>(15)</sup>. Dichos límites son: i) los motivos de procedencia de la restricción; ii) la excepcionalidad; iii) la proporcionalidad; y iv) la gradualidad de las medidas<sup>(16)</sup>.

Conforme con lo anterior, es posible concluir que la privación de la libertad es de carácter legítimo, como excepción a la regla general, siempre y cuando en el proceso penal se cumplan los requisitos que la Constitución<sup>(17)</sup> y la Ley<sup>(18)</sup> establecen.

Como bien es sabido, el cumplimiento de dichos requisitos está a cargo de diferentes autoridades, en tanto el procedimiento penal colombiano contempla la separación de las funciones. La investigación y acusación corresponde a la Fiscalía General de la Nación<sup>(19)</sup>, mientras que la etapa de juzgamiento y todo lo relacionado con las actuaciones que requieran autorización y control judicial<sup>(20)</sup>, está atribuida a los Jueces de la República<sup>(21)</sup>.

Adicionalmente, la Policía Nacional participa activamente en diferentes etapas mediante el apoyo y/o ejecución de las ordenes judiciales<sup>(22)</sup>.

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

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

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

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

6. Durante las audiencias de juicio.

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

La libertad es un principio rector del procedimiento penal, razón por la cual el uso de la privación de aquella como medida de aseguramiento es de carácter excepcional<sup>(23)</sup>. Bajo ese entendido, antes de realizar dicha solicitud la Fiscalía debe:

i) Estructurar adecuadamente los hechos jurídicamente relevantes y los hechos indicadores. Lo anterior a partir de la seria, estricta, ponderada y minuciosa evaluación del contenido y alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para lo cual deberá examinar la procedencia de la medida de aseguramiento, luego de realizado el riguroso juicio de imputación<sup>(24)</sup>.

ii) Acreditar la existencia o materialidad de la conducta y la inferencia razonable de autoría o participación de la persona investigada<sup>(25)</sup>, a partir del examen crítico<sup>(26)</sup> de todos los elementos tácticos, jurídicos y probatorios.

iii) Evaluar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad y establecer con precisión a qué finalidad constitucional es a la que mejor se ajusta la situación de hecho que haya fundamentado la estructura fáctica y jurídica del caso<sup>(27)</sup>. La medida privativa de la libertad debe ser indispensable para el cumplimiento de una de las siguientes finalidades<sup>(28)</sup>:

a. Evitar la obstrucción de la justicia: al respecto debe entenderse que existen motivos graves y fundados para concluir que el imputado puede afectar los elementos de prueba o interferir con imputados o testigos, así como realizar actuaciones que entorpezcan las diligencias del proceso, de manera directa o a través de terceros<sup>(29)</sup>.

b. Proteger a la comunidad y las víctimas: esta situación se presenta cuando concurren circunstancias que ponen en riesgo los derechos de los demás, en particular alguna de las situaciones mencionadas en los artículos 310<sup>(30)</sup> o 311<sup>(31)</sup> de la Ley 906 de 2004.

c. Asegurar la comparecencia del imputado al proceso o garantizar el cumplimiento de la pena: al respecto debe analizarse la gravedad y modalidad de la conducta, además de los factores descritos en el artículo 312<sup>(32)</sup> de la Ley 906 de 2004.

d. Tener especial consideración con los casos de miembros de los grupos delictivos organizados (GDO) y grupos armados organizados (GAO), para efectos de determinar el peligro para la comunidad y el riesgo de no comparecencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 313A de la Ley 906 de 2004<sup>(33)</sup>.

e. Establecer, una vez evaluados estos criterios, si se está ante uno de los presupuestos enlistados en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004: I) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; II) delitos investigables de oficio con una pena mínima de 4 años; III) delitos contra los derechos de autor en cuantía superior a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes o IV) cuando la persona haya sido capturada por delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente<sup>(34)</sup>.

iv) Analizar la viabilidad de solicitar la imposición de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad: la Fiscalía debe demostrar ante el Juez que las medidas no privativas de la libertad resultan Insuficientes para el cumplimiento de las finalidades pretendidas con la medida de aseguramiento. Por lo tanto, debe considerar si es posible solicitar la imposición de las medidas no privativas de la libertad, descritas en el apartado B del artículo 307 de la Ley 906 de 2004<sup>(35)</sup>. En todos los casos, la solicitud de la medida de aseguramiento debe estar orientada a preferir aquella que sea más garantista de los derechos fundamentales<sup>(36)</sup>, por lo que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad únicamente deben proceder cuando las demás sean insuficientes.

v) Realizar un test de proporcionalidad<sup>(37)</sup> entre los derechos fundamentales a la libertad y los fines que justifican la medida de privación. La Fiscalía debe abstenerse de solicitar la medida de aseguramiento de la privación de la libertad en caso de que alguno de los elementos del test no esté presente. Dicho test se desarrolla a través del análisis de los siguientes aspectos:

a. La medida debe perseguir un fin legítimo.

b. La medida debe ser idónea.

c. La medida debe ser necesaria.

d. La media debe ser proporcional en sentido estricto.

vi) Priorizar la detención preventiva en la residencia de la persona procesada: en los casos en que se identifique la necesidad de solicitar la imposición de la detención preventiva, la Fiscalía debe valorar si es posible cumplir con la finalidad que se pretende a través de la detención domiciliaria<sup>(38)</sup>.

vii) Solicitar la medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión<sup>(39)</sup>, en caso de que no sea posible la imposición de la detención privativa en la residencia del procesado. De manera especial, se recomienda tener en consideración factores como la solicitud exagerada de medidas sin el reconocimiento de su carácter excepcional, lo que incrementa el riesgo de daño antijurídico y la litigiosidad en contra de la Nación, tal como lo ha resaltado la Fiscalía General de la Nación<sup>(40)</sup>.

## 2. En el trámite de la orden de captura

La orden de captura debe ser proferida por un juez de control de garantías o por un juez de conocimiento, cuando emite el sentido del fallo o profiere la sentencia<sup>(41)</sup> y, excepcionalmente, por el Fiscal General de la Nación o su delegado, esto último en los términos del artículo 300 de la Ley 906 de 2004<sup>(42)</sup>. Teniendo en cuenta que la orden de captura emitida por el juez de conocimiento se da como consecuencia de un fallo de carácter condenatorio al declararse la responsabilidad penal del procesado, su trámite no implica mayor complejidad.

Ahora, en relación con la orden de captura que es proferida por un juez de control de garantías, a petición del fiscal respectivo<sup>(43)</sup>, las autoridades deberán tener en cuenta lo siguiente:

i) Por parte de la Fiscalía: le corresponde al titular del caso sustentar la solicitud en audiencia y para ello deberá<sup>(44)</sup>:

- a. Identificar o individualizar a la persona sobre la que recae la solicitud.
- b. Precisar el delito por el que se realiza la solicitud y que este tiene prevista la medida de aseguramiento privativa de la libertad.
- c. Acreditar la existencia del delito.
- d. Demostrar la relación del individuo como autor o partícipe del delito.
- e. Sustentar el juicio de proporcionalidad.
- f. Precisar el término de duración de la orden de captura.

Es importante mencionar que la tipicidad de la conducta es un requisito fundamental para iniciar la investigación penal, así como para la solicitud y posterior expedición de una orden de captura<sup>(45)</sup>, razón por la cual es ineludible que desde este momento se tengan debidamente estructurados los hechos jurídicamente relevantes y los hechos indicadores, así como cuidadosamente relacionados los elementos probatorios que los sustentan, para poder acreditar la existencia del delito y demostrar la relación con el presunto autor o partícipe.

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

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

## 3. Durante el procedimiento de captura

Las autoridades de Policía<sup>(46)</sup> deben efectuar el procedimiento de captura dando estricto, cuidadoso e integral cumplimiento a lo precisado en la ley, para lo cual deberán tener en cuenta lo siguiente:

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

- a. Contar con una orden de captura proferida por un juez<sup>(47)</sup>, o excepcionalmente dispuesta por la Fiscalía<sup>(48)</sup>, para

realizar el procedimiento.

b. Informar al capturado acerca de lo siguientes<sup>(49)</sup>:

- Los datos de identificación de quienes realizan el procedimiento.
- Razones de la captura, así como la autoridad que expidió la orden.
- El derecho que tiene el capturado de indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. En este caso el funcionario responsable del capturado deberá comunicar de forma inmediata sobre la retención a la persona indicada.
- El derecho a guardar silencio<sup>(50)</sup>.
- El derecho a designar un apoderado de confianza o informarle que, en caso de no contar con uno de confianza, podrá ser representado por un abogado del sistema nacional de defensoría pública.<sup>(51)</sup>

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

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

ii) En caso de **captura en flagrancia**, las autoridades de Policía podrán adelantar el procedimiento sin orden judicial previa, siempre y cuando se cumplan los siguientes supuestos:<sup>(52)</sup>

- a. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
- b. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
- c. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
- d. En los demás supuestos señalados en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004<sup>(53)</sup>.
- e. En las situaciones mencionadas, las autoridades que realizaron la captura deben:

- Garantizar los derechos del capturado, en los términos del artículo 303 de la Ley 906 de 2004.<sup>(54)</sup>
- Evitar el uso excesivo de la fuerza, incluyendo el maltrato psicológico.
- Conducir a la persona aprehendida inmediatamente ante la Fiscalía. Si la captura fue realizada por un particular, éste deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía, la cual lo pondrá a disposición de la Fiscalía dentro del mismo plazo.<sup>(55)</sup>
- Elaborar cuidadosamente los informes de la actuación y para ello se recomienda<sup>(56)</sup>
- Precisar los hechos que dieron origen a la captura en flagrancia. En este punto deben incluirse todos los aspectos relacionados con la actuación que sirvan para sustentar cualquiera de los supuestos de flagrancia contemplados en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004.
- Narrar los hechos en orden cronológico y garantizar que haya congruencia entre ellos.
- Puntualizar las fechas de ocurrencia de los hechos (día, mes y año), así como la hora y el lugar de estos, y la

descripción de las características relevantes.

- Incluir los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectados en el lugar de los hechos, cumpliendo los protocolos de cadena de custodia en aquellos eventos en que se requiera.

- En caso de que los informes sean elaborados a mano, deben ser diligenciados con letra clara y legible.

- Los informes deben ser elaborados por quienes participaron en el procedimiento de captura y efectuar su correspondiente firma.

#### **4. Durante la diligencia de legalización de la captura**

La Fiscalía debe, dentro de las treinta y seis horas siguientes a la captura, presentar al capturado ante el Juez, quien deberá ejercer el control de legalidad formal y material de la aprehensión<sup>(57)</sup>. Frente a lo anterior se recomienda:<sup>(58)</sup>

i) Por parte de la Fiscalía:

a. Verificar que se garantizaron los derechos del capturado, para lo cual se sugiere:

- Entrevistar rápidamente a quienes realizaron la captura sobre la forma como se adelantó el procedimiento.

- Entrevistar en privado al capturado, sobre cómo fue el procedimiento de captura.

b. Presentar la solicitud de legalización de captura a la mayor brevedad y evitar cualquier actuación que genere un retraso injustificado en su realización.

c. Durante la audiencia deberá:<sup>(59)</sup>

- Identificar y/o individualizar al capturado. De ser necesario y si es posible, utilizar medios técnicos.

- Acreditar la existencia y vigencia de la orden de captura o las circunstancias que justificaron la captura en flagrancia.

- Precisar las circunstancias en las que se realizó la captura.

- Indicar al Juez que se cumplió con el plazo de treinta y seis horas para la legalización de la captura y las precisiones temporales que lo sustentan.

- Demostrar que se garantizaron los derechos de la persona capturada,

ii) Por parte del juez con función de control de garantías:

a. Verificar la presencia de la Fiscalía, la defensa y el capturado. La audiencia podrá adelantarse sin la presencia del capturado en los casos en que se encuentre en estado de inconsciencia o que su salud le impida ejercer su defensa material.<sup>(60)</sup>

b. Garantizar que todas las partes vinculadas puedan pronunciarse sobre la legalidad de la captura. Sin embargo, en caso de que las partes estén compuestas por pluralidad de sujetos, debe controlar que la intervención de cada una se limite a los intereses de sus representados.

c. Pronunciarse sobre la legalidad o no de la captura y argumentar su decisión.

d. Ordenar la libertad de la persona en aquellas situaciones en que no se declare la legalidad de la captura y, cuando exista orden judicial previa, cancelarla<sup>(61)</sup>.

e. Indicar la procedencia de los recursos sobre la decisión y ante quiénes puede interponerlos.

iii) Por parte del Juez con funciones de conocimiento:

a. Realizar el control de legalidad al acto de aprehensión, si el capturado es aprehendido para el cumplimiento de una sentencia<sup>(62)</sup>.

b. Si la sentencia ya se encuentra ejecutoriada, dicho control corresponderá al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad<sup>(63)</sup>. En ese control, además de verificar la legalidad y constitucionalidad de la privación de la libertad,

debe constatar lo siguiente<sup>(64)</sup>:

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

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

La Fiscalía y la víctima<sup>(65)</sup> están habilitadas para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento ante el Juez de Garantías. Por ser absolutamente pertinente, tanto para la Fiscalía como para el Juez, resulta relevante señalar los requisitos que deben darse para la imposición de la medida de aseguramiento, los cuales fueron sintetizados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>(66)</sup>, de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe mencionar que, durante la audiencia de solicitud e imposición de la medida de aseguramiento, es obligatoria la presencia del apoderado de la defensa<sup>(67)</sup> y, además, se recomienda:

i) Por parte de la Fiscalía:

a. Realizar la individualización del imputado.

b. Enunciar el delito.

c. Aportar los elementos de conocimiento que permitan soportar el cumplimiento de las exigencias legales y jurisprudenciales para la imposición de la medida.

d. Tener en consideración, para su debida argumentación, la definición que sobre los conceptos de idoneidad,

necesidad y proporcionalidad de la medida ha efectuado la práctica judicial<sup>(68)</sup>.

ii) Por parte del Juez con función de control de garantías:

a. Garantizar el derecho de la defensa de pronunciarse frente a lo expuesto por la Fiscalía o por la víctima, según el caso, y de aportar pruebas (Derecho de Contradicción).

b. No abandonar la estructura fáctica de la imputación, sino ajustarse a aquella que permita inferir razonablemente la existencia del delito, la participación del imputado y los elementos que estructuran la procedencia de la medida de aseguramiento.

c. Restablecer el derecho a la libertad, cuando el imputado esté privado de ella, en caso de no imponerse la medida.

d. Librar la boleta de detención<sup>(69)</sup> u ordenar las comunicaciones a que haya lugar, en caso de imponer la medida

e. Ordenar la captura, si la persona se encuentra en libertad y/o no está presente en la audiencia.

f. Indicar la procedencia de los recursos sobre la decisión y ante quiénes puede interponerlos.

## 6. Durante las audiencias de juicio

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

i) Por parte de la Fiscalía:

a. Presentar el escrito de acusación dentro de los términos legalmente dispuestos luego de formulada la imputación. Dicho documento deberá contener, de manera estricta, los componentes definidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004. En este escenario, se recomienda:

- Estructurar en debida forma los hechos jurídicamente relevantes, a partir de los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales.

- Tener especial cuidado y consideración en la revisión de la competencia de los Jueces, a partir del tipo de delito o de las cuantías por las cuales se presenta la acusación.

- Evitar discusiones relacionadas con el descubrimiento probatorio, para lo cual se sugiere incorporar dentro del anexo la totalidad de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que se encuentre en poder de la Fiscalía o de la que se tenga conocimiento, incluida la que es favorable al procesado y, en general, de todo elemento que pueda tener vocación probatoria en el juicio oral<sup>(70)</sup>.

b. Participar de la audiencia de acusación en la cual deberá, además de cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, tener especial cuidado en la formulación de los hechos jurídicamente relevantes<sup>(71)</sup> y establecer con rigor, si va a efectuar adiciones o modificaciones al escrito de acusación, que no impliquen transgresión al principio de congruencia que puedan dar lugar a una nulidad o absolución posterior<sup>(72)</sup>.

c. Participar de la audiencia preparatoria, en la cual deberá surtir las etapas contenidas en los artículos 356 a 359 de la Ley 906 de 2004<sup>(73)</sup>. En especial, se recomienda:

- Tener cuidado con el descubrimiento probatorio que efectúe la defensa, sobre todo en aquellos eventos de documentación voluminosa, con el propósito de evitar que al juicio ingresen elementos que no fueron descubiertos.

- Enunciar las pruebas que soportarán de manera fundada y completa la teoría del caso de la Fiscalía, de tal manera que no se deje espacio a la duda sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

- Ser estratégicamente cuidadosa en no efectuar estipulaciones probatorias que faciliten la estructuración de la duda sobre la existencia del delito o la responsabilidad.

- Ser rigurosa en la constatación sobre el decreto de la totalidad de pruebas requeridas para soportar la teoría acusatoria. Hacer una lista de chequeo que permita contrastar lo solicitado y lo decretado.

- Solicitar de manera adecuada la inadmisión, rechazo o exclusión probatoria, según el caso, impidiendo que ingresen al juicio oral pruebas que sean inconducentes, superfluas, impertinentes, no descubiertas, ilegales o inconstitucionales que puedan llegar a afectar la teoría acusatoria y, por consiguiente, generar una absolución.

- Interponer y sustentar en debida forma los recursos que sean estrictamente necesarios para consolidar el caudal probatorio indispensable para soportar la teoría del caso acusatoria, evitando dilaciones injustificadas que puedan generar afectación al proceso.

d. Participar de la audiencia de juicio oral, en la cual se recomienda<sup>(74)</sup>:

- Realizar la presentación de la teoría del caso, a partir de la estructuración adecuada de los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores, los elementos de prueba, la debida postulación y pedido de condena con base en las estrategias de litigación oral.

- Representar a la Fiscalía con el mayor compromiso y con el uso máximo de sus capacidades durante todo el juicio, lo cual involucra la preparación adecuada de cada una de sus fases y el cumplimiento de los deberes específicos de la Fiscalía General de la Nación, en los términos del artículo 142 de la Ley 906 de 2004<sup>(75)</sup>

- Tener especial cuidado, para los alegatos de conclusión, de tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual se presentó acusación<sup>(76)</sup>.

ii) Por parte del Juez con funciones de conocimiento:

a. Para la audiencia de formulación de acusación, además de cumplir con estricto rigor los presupuestos procesales contenidos a partir del artículo 338 de la Ley 906 de 2004, se sugiere tener especial consideración con lo siguiente:

- Realizar el debido control formal del escrito de acusación y de la formulación de acusación, garantizando que los hechos jurídicamente relevantes sean lo suficientemente claros y congruentes con la estructura fáctica contenida en la formulación de imputación, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional y penal.

- Tener especial cuidado con las posibles causas de incompetencia, que puedan generar una nulidad posterior y la consecuente afectación al debido proceso<sup>(77)</sup>.

- Garantizar adecuadamente el derecho de defensa, de tal manera que no se cause una afectación que pueda generar una nulidad o absolución futura<sup>(78)</sup>.

- Verificar de manera cuidadosa que no se promuevan actuaciones dilatorias del procedimiento y que atenten contra el principio de preclusividad de las etapas procesales<sup>(79)</sup>, para lo cual podrá utilizar las órdenes de manejo o conducción del proceso<sup>(80)</sup>.

b. En relación con la audiencia preparatoria, además de los contenidos de los artículos 355 y siguientes de la Ley 906 de 2004, se recomienda lo siguiente:

- Garantizar que el descubrimiento probatorio de la Fiscalía a la defensa sea lo más completo posible<sup>(81)</sup>.

- Verificar, con base en las reglas de pertinencia y admisibilidad, la procedencia de las solicitudes probatorias de las partes, con el propósito que se decreten aquellas que sirven para la demostración de los extremos de la acusación y de las correspondientes teorías del caso, evitando la dilación injustificada del juicio<sup>(82)</sup>.

- Tener especial cuidado para no permitir que al juicio ingresen pruebas no descubiertas o que sean dilatorias del procedimiento.

- Valorar de manera adecuada el alcance de eventuales solicitudes sobre pruebas sobrevinientes<sup>(83)</sup>.

- Aunque pueda resultar obvio, abstenerse de decretar pruebas de oficio<sup>(84)</sup>.

c. Respecto de las funciones de dirección de la audiencia de juicio oral, a más de lo consignado a partir del artículo 366 de la Ley 906 de 2004, se recomienda lo siguiente:

- Garantizar que la audiencia se adelante conforme a lo establecido en la ley y con el respeto a los derechos de las partes, lo cual incluye la motivación adecuada de las decisiones que se tomen y el cumplimiento de los deberes de los jueces, en los términos de los artículos 138 y 139 de la Ley 906 de 2004<sup>(85)</sup>.

- Adelantar la audiencia de manera concentrada, en la medida de lo posible y conforme con la dinámica del proceso. No obstante, dicha audiencia puede ser desarrollada en diferentes momentos.

- Evitar que las partes e intervinientes realicen maniobras o actuaciones que puedan dilatar de manera injustificada el procedimiento, que puedan causar nulidades o eventualmente la absolución del procesado.

- Procurar, en lo posible, emitir el sentido del fallo una vez finalizadas las alegaciones.

d. Conforme con las atribuciones para proferir la decisión, además de mantener el rigor exigido por los artículos 446 y 447 de la Ley 906 de 2004, se recomienda:

- No abandonar la estructura táctica de la acusación, garantizando al máximo el principio de congruencia y condenar única y exclusivamente si se cuenta con el estándar probatorio que permita establecer, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

- Imponer las penas dentro de los márgenes legales y con base en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

- Disponer la orden de captura, si el fallo es condenatorio, como la segunda forma legítima de privación de la libertad.

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

### **III. Conclusiones**

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

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

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

**MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA**

Directora General.

### **<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>**

**1. Artículo 6, ordinal 1, Decreto Ley 4085 de 2011.2. Fuente eKOGUI. Datos con corte al 28 de febrero de 2011. Sumatoria del número de procesos por entidad, por quince más entidades.**



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Normograma del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA  
n.d.  
Última actualización: 30 de agosto de 2024 - (Diario Oficial No. 52.847 - 13 de agosto de 2024)

