

Iniquidad universitaria en la Ciudad de México: El caso de las IESP*

University iniquity in Mexico City: The Case of the IESP

Gerardo Tunal Santiago*

Resumen

La finalidad de la investigación realizada fue analizar diversas desigualdades colaterales de la práctica docente en algunas universidades públicas en la Ciudad de México. Lo anterior se hizo a través de la aplicación de una entrevista ministrada vía correo electrónico y que garantizó el anonimato de 92 profesores-investigadores en ciencias sociales. En general observamos que en estas instituciones se presentan mafias académicas que exponen endogeneidad, canibalismo, autoritarismo, abuso de poder, iniquidad, discriminación y prácticas académicas que contradicen los objetivos con los que se crearon las universidades.

Palabras clave: práctica académica, iniquidad educativa, mafias académicas, autoritarismo universitario.

Abstract

The purpose of the research was to analyze various inequalities collateral of teaching practice in some public universities in Mexico City. The foregoing is made through the application of an interview ministered via e-mail and which ensured the anonymity of 92 professors in social science. In general we note that in these institutions are academic mafias that expose endogeneity, cannibalism, authoritarianism, abuse of power, inequality, discrimination and academic practice that contradict the goals for which the universities were created.

Keywords: Academic practice, iniquity educational, academic mafias, university authoritarianism.

Cómo referenciar este artículo: Tunal, G. (2013). Iniquidad universitaria en la Ciudad de México: El caso de las IESP. *Pensamiento Americano*, 6(11), 51-68.

Fecha de recibido: Octubre 30 de 2013 • **Fecha de aceptado:** Noviembre 15 de 2013

* El presente artículo de investigación presenta los resultados de un proyecto cuantitativo titulado: Iniquidad universitaria en la Ciudad de México: El caso de las IESP, realizado por el autor en su calidad de Investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana de México.

** Investigador y Docente de la Universidad Autónoma Metropolitana de México, realizó estudios de Doctorado en Sociología en la Universidad Nacional Autónoma de México, asimismo es Magister en Sociología del Trabajo de la Universidad Autónoma Metropolitana y Licenciado en sociología con especialidad en Sociología del Trabajo de la Universidad Autónoma Metropolitana de México. gtunal@correo.xoc.uam.mx

Introducción

El objetivo del presente artículo es exponer los niveles de iniquidad y las estructuras axiológicas existentes en las instituciones en las que, teóricamente, se vela por la democracia, la igualdad de oportunidades y se prioriza el desempeño a favor de la generación de un sistema educativo que eleve la calidad de los actores educativos, es decir, las Instituciones de Educación Superior Públicas (IESP)¹. Lo anterior se hará con la finalidad de apoyar la tesis que asume que en cualquier tipo de organización, y las IESP no son la excepción, se establece un sistema de estructuras jerárquicas de poder conflictivas en donde no solo los individuos que ocupan un cargo elevado velan por un *statu quo* particular, sino que también los miembros cercanos a dicho poder, coadyuvan a perpetuar un sistema que va en contra de la inclusión y acelera el detrimento de las capacidades, habilidades y conocimientos, no solo de los que ocupan los estratos más bajos, sino incluso de aquellos que detentan el poder.

El tratamiento metodológico

Resulta muy dramático que en las IESP se evidencian estructuras éticas que poco tienen que ver con la práctica académica y que a veces son denunciadas, al final se diluyen en los usos y costumbres para ser después codificadas como prácticas a seguir perpetuando un *statu quo* que enmarca los intereses de grupos que quieren mantener estructuras éticas

que no atenten contra sus intereses. Lo grave no solo es lo anterior, sino que sorprende lo poco que se ha abordado en el tema –ya sea por su complejidad o por verse atrapado en los hechos que se intenta exponer sin que necesariamente sean una denuncia–. No es que no se hayan llevado a cabo estudios de los sistemas axiológicos de las la IESP, sino que estos generalmente se han focalizado en las estructuras de poder de los sindicatos universitarios, descuidando los entresijos éticos que enmarcan el trabajo académico.

No se analizan las Instituciones de Educación Superior Privadas (IESPS) porque estas discurren por caminos diferentes a las IESP, lo anterior sin que signifique necesaria o intencionadamente que las primeras experimenten situaciones de iniquidad producidas por las estructuras éticas sobre las cuales se erigen estas. De hecho, y más allá de lo que se pueda opinar al respecto, se tiene que reconocer que en esta parte, las IESPS muestran menos contradicción entre su discurso y su praxis que las propias IESP. En este sentido sería interesante estudiar las estructuras éticas en donde se da una situación muy particular que puede generar situaciones conflictivas derivadas del hecho que un gran porcentaje de académicos que laboran en las IESPS se formaron en una IESPS. En este orden de ideas, surgen las siguientes preguntas: ¿Por qué las IESPS hacen uso de los saberes de los profesores formados fuera de su sistema? ¿Por qué los docentes formados en una IESP deciden prestar sus servicios en una IESPS? ¿Se trata de una situación en la que interviene el

1. Por las mismas razones en las que se sustenta el objetivo del presente artículo, se optó por darle anonimato a las IESP citándolas como A, B, C, D, E y F.

desempleo como una variable y que las IESPS se interesen prioritariamente por la formación profesionalizante? Indudablemente que se trata de un tema interesante y pertinente que en algún momento alguien tendrá que analizar.

El instrumento metodológico que se utilizó para recabar la información que presentamos es una entrevista con apartados de respuestas cerradas y abiertas que fue aplicada vía correo electrónico durante el año 2012 al universo de profesores adscritos a alguna de las áreas de las Ciencias Sociales, esferas científicas en que se analiza la acción social y sus inherentes estructuras éticas. Es desconcertante que siendo este tipo de disciplinas las que propiamente estudian el comportamiento humano, algunos científicos sociales –consciente o inconscientemente– entretejen una filigrana fuerte y discreta que hace funcionar un sistema que perpetúa estructuras de poder en detrimento de la igualdad de oportunidades de los miembros que integran las comunidades académicas.

Como ya se mencionó, al tratarse de un tema que hace peligrar la permanencia de los sujetos de observación en su relación laboral, los cuestionarios fueron enviados de forma electrónica sobre algunas listas de contactos de cada una de las IESP examinadas y sin que esto garantizara que todos a los que se les envió la encuesta respondieran, ya sea porque no les interesó la investigación o por el hecho que tenían miedo de que *alguien* se enterara de sus respuestas, aun cuando se les garantizó un estricto anonimato. Un dato interesante es que

de 1.245 entrevistas enviadas solo recibimos 92 correos con las entrevistas contestadas. De hecho ante la posibilidad de que nuestra relación laboral se viera afectada, optamos por crear una cuenta de correo electrónico no institucional en la que no aparecía ningún dato que diera pista de nosotros, por lo menos hasta que no se publiquen nuestros resultados y se sometan a un escrutinio público.

Es importante mencionar que las IESP que se seleccionaron se ubican en el Distrito Federal de la República Mexicana, lo cual les da un carácter singular, no solo por estar localizados en la ciudad considerada como una de las más grandes del mundo, sino porque se trata de un espacio gobernado desde hace más de 11 años por un partido de izquierda, que en su discurso vela por la equidad y la conducción ética no solo de las IESP, sino de toda la sociedad; aunque en los hechos, lejos de frenar la generación de mafias académicas en las IESP, simplemente politiza esta situación que atenta contra la equidad en la educación. Es un hecho que en los partidos conservadores y de centro, por lo menos en México, estas prácticas forman parte de la esencia de sus estructuras. Lo dramático es que esto suceda no solo en las IESP, sino bajo el discurso de las izquierdas mexicanas que exaltan la libertad, la democracia y la equidad.

Amén de que por cuestiones de tiempo y del acceso a la información se seleccionaron solo a las IESP que se localizan en el Distrito Federal, es importante mencionar que las ubicadas en alguna de las 31 entidades federativas de la

República Mexicana se caracterizan por la atomización de sus prácticas en torno al espacio donde habitan y la consecuente lentitud en el acceso a los recursos –no solo educativos, sino sociales– que genera una situación en donde los usos y costumbres preceden a los procedimientos normativos que deberían regular su funcionamiento. Hipotéticamente, se puede decir que lo anterior exacerba la existencia de prácticas académicamente cuestionables, aunque estas no sean reconocidas como tales por las IESP que se ubican fuera de la capital de México. Aunque solo se consideran a las IESP ubicadas en el Distrito Federal como unidades de observación, hay que tener en la agenda de análisis a las IESP del interior de México para entender la lógica del poder y de la ética en las IESP y así tener una visión más completa del origen, la evolución y la existencia de las mafias académicas que pudieran caracterizar el sistema universitario mexicano, y del que posiblemente encontremos muchas similitudes en las IESP de la América Latina.

Al tratarse de un tema casi tabú, y como ya previamente se mencionó, el porcentaje de

sujetos que respondió la encuesta fue mínimo en comparación del número de cuestionarios enviados. Al respecto, se reconoce que no se pueda hablar estrictamente de un tratamiento estadístico, porque la restricción en el acceso y la recolección de los datos no devienen de una selección de una muestra aleatoria respaldada por grados de significancia. En todo caso, se puede hablar de un estudio exploratorio que dará un universo a partir del cual se pueda seleccionar una muestra con el rigor estadístico necesario para un segundo estudio. También se reconoce que hay otras formas de acceder a los datos y que indudablemente llevarán a corolarios distintos a los que aquí sugerimos. Por ejemplo, se podría haber optado por la técnica del *informante clave*, aunque esto se hubiera expuesto más a los sistemas punitivos que seguramente fueron una limitante por la cual muchas de las personas a las que se les envió vía electrónica la encuesta decidieran no responder. Sin duda alguna, para analizar este tema hay muchos abordajes y tratamientos metodológicos que no harán más que enriquecer los resultados obtenidos en torno a la problemática que aquí se analiza. Los cuestionarios aplicados fueron los siguientes:

Tabla 1. Unidades de observación

IES	Universo	Enviados	Total de Funcionarios	IO	Total Académicos	IO	Total IO
A	44.379	249	8.207	4	36.172	9	13
B	8.030	249	5.072	7	2.958	15	22
C	948	249	477	3	471	8	11
D	26.974	249	10.500	3	16.474	3	6
E	1.412	249	507	6	905	18	24
F	384	249	199	5	185	11	16
Total	82.127	1245	24.962	28	57.165	64	92

Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos de Contratos Colectivos de Trabajo (CCT), Reglamentos Interiores de Trabajo (RIT) y datos proporcionados por informantes de las IESP.

Si bien, cada una de las IESP tiene una nomenclatura específica en sus estructuras jerárquicas, se decidió clasificar a los sujetos de observación de la siguiente forma y considerando que se trata solo de los que respondieron el cuestionario. Asimismo se advierte que, por razones que obedecen a la delimitación de el objeto de estudio en este primer producto, se presentó los resultados sin estratificar por

género, edad y antigüedad de los sujetos analizados, aunque los datos obtenidos refieren que son las mujeres y los profesores de nuevo ingreso los grupos más vulnerables ante la iniquidad de oportunidades en las IESP, por lo que en un corto plazo se intentará presentar una nueva versión de los resultados en donde pueda dar cuenta de los matices que toma la discriminación en las IESP.

Tabla 2. Profesores-Investigadores

IESP	Total	A	B	C	D	E	F
Profesores-Investigadores Mujeres con más de 10 años de antigüedad	4	1	2	0	0	0	1
Profesores-Investigadores Hombres con más de 10 años de antigüedad	8	1	2	3	0	0	2
Profesores-Investigadores Mujeres con menos de 10 años de antigüedad	9	2	3	2	1	0	1
Profesores-Investigadores Hombres con menos de 10 años de antigüedad	12	1	3	2	1	0	5
Profesores-Investigadores Mujeres de nuevo ingreso	14	2	2	1	0	8	1
Profesores-Investigadores Hombres de nuevo ingreso	17	2	3	0	1	10	1
Total	64	9	15	8	3	18	11

Fuente: Elaboración propia

Tabla 3. Funcionarios

IESP	Total	A	B	C	D	E	F
Funcionarios Mujeres (36-54 años)	19	3	4	3	2	4	3
Funcionarios Hombres (29-89 años)	9	1	3	0	1	2	2
Total	28	4	7	3	3	6	5

Fuente: Elaboración propia

Tabla 4. Diferencias por género

IESP	Total	A	B	C	D	E	F
Profesores-Investigadores Mujeres con más de 10 años de antigüedad	4	1	2	0	0	0	1
Profesores-Investigadores Mujeres con menos de 10 años de antigüedad	9	2	3	2	1	0	1
Profesores-Investigadores Mujeres de nuevo ingreso	14	2	2	1	0	8	1
Funcionarios Mujeres (36-54 años)	19	3	4	3	2	4	3
Subtotal Mujeres	46	8	11	6	3	12	6
Profesores-Investigadores Hombres con más de 10 años de antigüedad	8	1	2	3	0	0	2
Profesores-Investigadores Hombres con menos de 10 años de antigüedad	12	1	3	2	1	0	5
Profesores-Investigadores Hombres de nuevo ingreso	17	2	3	0	1	10	1
Funcionarios Hombres (29-89 años)	9	1	3	0	1	2	2
Subtotal Hombres	46	5	11	5	3	12	10
Total	92	13	22	11	6	24	16

Fuente: Elaboración propia

Tabla 5. Estratos generacionales y de género

IESP	Total	A	B	C	D	E	F
Profesores-Investigadores Mujeres mayores de 50 años	12	3	3	2	0	2	2
Profesores-Investigadores Mujeres entre 30 y 49 años	15	2	4	1	1	6	1
Subtotal Mujeres	27	5	7	3	1	8	3
Profesores-Investigadores Hombres mayores de 50 años	13	1	3	2	0	3	4
Profesores-Investigadores Hombres entre 30 y 49 años	24	3	5	3	2	7	4
Subtotal Hombres	37	4	8	5	2	10	8
Total	64	9	15	8	3	18	11

Fuente: Elaboración propia

Las dimensiones metodológicas que se utilizaron fueron: i) Ingreso de nuevos docentes; ii) Promoción docente; iii) Asignación de recursos; iv) Evaluación docente y, v) Publicación de productos de investigación. Hay que aclarar que pese que en la presente investigación la unidad de observación son los Profesores-Investigadores y los Funcionarios, en la práctica académica están involucrados también otros actores como el personal administrativo, los ayudantes de investigación y los estudiantes de posgrado, quienes son considerados los eslabones más débiles en las estructuras de generación de conocimiento científico –por lo menos los dos últimos– cuando estos deberían de ser las semillas que en el futuro replanteen el estado actual del conocimiento de las generaciones que las precedieron y, que en teoría, se esperaba que los formaran.

Finalmente, se tiene que subrayar que se trata de las opiniones de los encuestados, sin que necesariamente estas se puedan generalizar a todo el universo de donde se recabaron los datos. A lo más, se pueden hacer suposiciones sobre la población que no contestó el

cuestionario, las cuales tendrán que ser operacionalizadas en una nueva investigación.

Ingreso de nuevos docentes. Como se había supuesto al hacer las preguntas de investigación, los resultados arrojaron que pese a que las convocatorias de ingreso de académicos nuevos son públicas, existen *convocatorias paralelas* que permiten a los candidatos cercanos al cuerpo académico que convoca la plaza acceder de forma más rápida a estas y, en consecuencia, preparar los documentos y los productos académicos requisitados en tales convocatorias. Mientras que 87 % de los Profesores-Investigadores encuestados refirió que estas prácticas son muy comunes y que los pusieron en una situación de desventaja frente a los candidatos del cuerpo académico que solicitó se concursara por la plaza en cuestión, 43 % de los funcionarios, si bien aceptó que las prácticas referidas sean muy comunes, también aseveraron que actualmente se está vigilando porque todos tengan las mismas oportunidades de acceso a las plazas convocadas. Obviamente lo que los funcionarios están dando a entender es que ellos no participan en este tipo

de prácticas, sino que se trata de funcionarios que los antecedieron.

Los Profesores-Investigadores analizados no solo reconocen la práctica anterior sino que 92 % de ellos afirman que las convocatorias son *retratos hablados* hechos a imagen y semejanza del candidato que el cuerpo académico está convocando, lo cual descalifica a los otros candidatos por tratarse de un perfil tan específico que solo puede cubrir la persona para quien fue hecho o que con una probabilidad muy baja un candidato cuente con el mismo perfil, pero que difícilmente se entere a tiempo de la convocatoria. Al respecto, 72 % de los funcionarios aseguran que se trata de una práctica orquestada por los Profesores-Investigadores y que ellos no hacen sino formalizar el nombramiento al candidato que ganó la auscultación de acuerdo al Comité Académico que la llevó a cabo. Lo interesante es que 56 % de los Profesores-Investigadores aseguran que muchas veces el candidato es propuesto por algún funcionario.

En caso de que algún candidato distinto al propuesto por el cuerpo académico que convoca tenga el perfil solicitado, el Comité Evaluador le da un puntaje más bajo que al allegado al cuerpo académico en cuestión con la finalidad de que quien ocupe la plaza sea este último. En este sentido, 90 % de los Profesores-Investigadores que habían aplicado a una plaza respondieron que cuando se publica el resultado del concurso de oposición pudieron

ver que habían obtenido un puntaje muy bajo en relación con el ganador, pese a que tenían perfiles muy similares. Interesante resulta que 90 % de los Profesores-Investigadores arguyen que si por alguna razón un candidato distinto al propuesto por el cuerpo académico gana la plaza, el Comité Evaluador le da un puntaje bajo para que, si bien ocupe la plaza ganada, sea en la categoría más baja. En relación a esto, 35 % de los funcionarios dijeron que ellos no intervenían en la auscultación porque se trataba de un proceso académico, aunque como ya se mencionó en el párrafo anterior, algunos Profesores-Investigadores aseguraron que es común que el candidato haya sido sugerido por un funcionario.

También existe otra práctica que frena el acceso de un candidato distinto al propuesto por el cuerpo académico y que consiste en que si por alguna razón *su candidato* no gana la plaza, deciden, en contubernio con las autoridades, congelar la plaza y convocar a una plaza temporal para que sea ocupada por el candidato que ganó el concurso de oposición. En este orden de ideas, 65 % de los Profesores-Investigadores que habían aplicado a una plaza refieren que, ante la situación descrita arriba, se les informa a los candidatos que ninguno había obtenido el puntaje requerido para ocupar la plaza y, por lo tanto, esta se declaraba plaza vacía. Lo anterior daba la posibilidad de congelar la plaza convocada y crear una nueva plaza, re-perfilando esta con *un plus* del candidato propuesto inicialmente por el cuerpo académico, lo que

limitaría a los otros candidatos para cubrir el perfil de la nueva plaza. Al plantearles esta problemática a los funcionarios analizados, 35 % expresaron que, si bien hay una asignación de plazas para cada cuerpo académico, el perfil de estas lo determinan los mismos cuerpos académicos y que ellos no pueden intervenir en los comités en donde se dirimen asuntos meramente académicos.

Otra situación que refieren los sujetos de estudio es que, cuando un candidato distinto al sugerido por el cuerpo académico tiene argumentos objetivos para apelar el resultado que dio como ganador al allegado al grupo académico que convocó la plaza, solicita la revisión de la auscultación bajo un entramado sistema burocrático que impide que la apelación se lleve a cabo y falle a favor de quien está apelando. Al respecto, 78 % de los Profesores-Investigadores que habían aplicado a una plaza y solicitaron la apelación del resultado aseveran que no solo fue muy engorroso solicitarla, sino que falló a favor del candidato propuesto por el cuerpo académico. Ante esta coyuntura, 24 % de los funcionarios reconocen que, si bien el sistema de apelación es complicado, quienes lo propusieron a las instancias universitarias fueron los propios académicos.

En caso de que el candidato distinto al propuesto por el cuerpo académico gane la apelación, no solo –como ya se refirió– se le ubica en la categoría más baja, sino que al incorporarse se le somete a un sutil pero feroz hostigamiento

que lo haga desistir de seguir ocupando la plaza ganada. Los datos muestran que 32 % de los Profesores-Investigadores que habían apelado la auscultación y habían fallado a favor de ellos, experimentaron prácticas de hostigamiento y discriminación por parte del cuerpo académico que convocó a la plaza y de sus funcionarios vinculados. Este mismo porcentaje de sujetos analizados dice que este hostigamiento se prolonga hasta que el nuevo profesor se posiciona políticamente frente a un grupo académico que lo respalde y que dé fin a esta práctica de persecución. Los funcionarios no solo dan a entender que todo esto sucede por las luchas entre los cuerpos académicos, sino que es raro que un profesor formalice una acusación por hostigamiento ante los funcionarios competentes. Lo anterior pudiera tener su explicación en la poca confianza y escasa credibilidad que los profesores les tienen a los funcionarios, por lo cual prefieren someter su queja ante el sindicato al que estén afiliados. Desafortunadamente, no se entrevistó a los representantes sindicales para poder probar o disprobar la explicación dada, pero seguro que se le dará seguimiento con el fin de profundizar en los matices de la problemática aquí analizada.

Además de la práctica anterior, es común que al nuevo Profesor-Investigador se le sature con una gran carga académica en horarios discontinuos y de asignaturas lejanas al perfil convocado. De esta situación, 32 % de los Profesores-Investigadores que habían ganado una plaza, pese a todos los obstáculos citados en el

presente apartado, dicen que fueron sometidos a cargas académicas extenuantes que no solo no les permitía hacer investigación, sino que irrumpían negativamente en su vida cotidiana. Los funcionarios estudiados aseveraron que, si bien las cargas académicas estaban establecidas en la legislación universitaria, se les daba prioridad a los profesores con mayor antigüedad de elegir los horarios y la cátedra, además que durante el horario de trabajo todos los profesores tenían la obligación de impartir sus cátedras y no había ninguna cláusula que estipulara que la carga docente dependiera de las prioridades del profesor; en todo caso dependerían de las necesidades de los cuerpos académicos.

Definitivamente, las prácticas referidas no hacen sino reafirmar estructuras de poder que nulifican la potencialidad de los docentes que se han visto sometidos a estas y que enrarecen el *ethos* universitario que se rige no solo por la generación de conocimiento, sino también por una ética pública que propugna por los valores democráticos de la tolerancia, la equidad y el respeto a la diferencia, lo cual lleva consigo el rechazo rotundo a la violencia en cualquiera de sus manifestaciones. De este modo, si bien las IESB, como cualquier organización social, no escapan al conflicto, es importante decir que esta:

...es la relación política por excelencia, pero no aquella en que media la violencia ni que está atrás de la dominación-sumisión, sino aquella que, per-

mitiendo la discordia, es capaz de reconocer que los adversarios comparten un mundo u horizonte común, así no estén en disposición de formar alianzas (Vargas, 2010, p. 86).

Promoción docente. Para elevar la calidad y el nivel de vida de los docentes, los sistemas de promoción están orientados al ascenso horizontal y/o vertical del personal docente. El primero se refiere al reconocimiento y a la remuneración de los profesores en función de su producción académica, mientras que el segundo se orienta al ascenso profesional de los académicos a puestos directivos, técnico-pedagógicos o de coordinación académica. Desafortunadamente, ambos sistemas tienen muchos vacíos que perjudican a los profesores o que permiten a los integrantes de los Comités Académicos otorgar la promoción de forma discrecional. Es así que resulta claro que:

...los académicos y los científicos, no por serlo, son espíritus puros. La academia no es ningún jardín de rosas: Puede ser tan torcida como la política. De hecho, por lo menos los sujetos aquí examinados exponen casos aberrantes de abuso y hasta de captura por parte de mafias académicas sofisticadas, que se han pasado la vida evaluándose entre sí, matriculados en el club del mutuo elogio y en la dinámica de *tú me evalúas y yo te evalúo...* (Vargas, 2010).

Para Hernández (2008) la situación descrita líneas arriba es una problemática difícil de abordar por el hecho de que las mafias académicas recurren a una serie de mascaradas legales para sustentar jurídicamente las trampas planificadas y ejecutadas. Incluso, en muchos casos, el jurado ya sabe si al profesor que desea la promoción se le va otorgar la categoría solicitada o no, antes de la revisión de documentos y de la elaboración de las pruebas. Es así que los programas de estímulo y promoción docente solo se llevan a cabo para cumplir con el requisito estipulado en la legislación universitaria que plantea la evaluación docente permanente que permita ascender de categoría a los profesores y, en consecuencia, estar más motivados para sus labores docentes y de investigación.

Aunque la legislación universitaria establezca la igualdad de oportunidades en la promoción del personal académico, ya se ha visto que los encuestados aseveran que se trata de procesos que favorecen a los candidatos allegados a algún cuerpo académico. En este sentido, 92 % de los Profesores-Investigadores que han concursado para la promoción de una categoría más alta reconocen que se enfrentan a una situación inequitativa en donde el Comité Evaluador les asigna un puntaje bajo por no tener algún vínculo con este, lo cual provoca que alcancen una menor categoría de la que se concursó y, en el peor de los casos, se mantengan en la misma categoría. Al plantearles a los funcionarios examinados dicha situación, 34 %

refieren que las comisiones evaluadoras fueron elegidas a través del voto libre de todos los profesores y que, por tanto, si existen dichas prácticas, los únicos responsables son los propios profesores.

Para este 92 % de Profesores-Investigadores que se han sometido a un proceso de evaluación docente para ascender a una categoría superior, aunque los comités dictaminadores expresen que se trata de órganos académicos colegiados, en la práctica la evaluación docente ha dejado absurdamente de ser una labor académica para convertirse en una actividad técnica rígida y mecánica, que puede ser regulada y controlada administrativamente, sin el auxilio ni la participación de los académicos evaluados. La administración burocratizada decide ponderar los trabajos e incluso, a quién renovar o a quién suspender (Aguirre, 2007, p. 66).

Los datos obtenidos expresan que la legislación universitaria para la promoción académica fue creada para favorecer a los docentes vinculados a una escuela académica dominante en particular y/o a un funcionario que la favorece. Ante estos hechos, 91 % de los Profesores-Investigadores analizados exponen que los mecanismos para la promoción docente no favorecen a los profesores de nuevo ingreso o con una antigüedad menor a 10 años. Si bien, 87 % de mujeres funcionarias y profesoras reconocen verse discriminadas en los sistemas de movilidad en el escalafón, entre ellas existen prácticas

discriminatorias que favorecen a las profesoras con una antigüedad mayor a 10 años.

Otra práctica muy común es que cuando algún profesor nuevo intenta incorporarse a un cuerpo académico vía sus conocimientos, habilidades y experiencia, es rechazado con el argumento de que sus productos académicos no tienen la calidad requerida por dicho cuerpo. En relación a esta práctica, 92 % de los Profesores-Investigadores refieren que esto afecta negativamente su puntaje y, por ende, el acceso a la movilidad en escalafón académico. En el caso que hayan sido aceptados por algún grupo académico, generalmente se les asigna actividades de corte administrativo que no son consideradas en los sistemas de promoción del personal académico, lo cual podría afectar sus ingresos ya que casi la mitad del sueldo de los Profesores-Investigadores deviene de las evaluaciones docentes por los Comités Académicos tanto internos como externos. Lo anterior no hace sino reforzar “que el contexto del trabajo universitario presenta condiciones organizacionales e individuales favorables para el posible desarrollo del acoso psicológico en el trabajo” (Parra *et al.*, 2010, p. 168). Asimismo, los datos obtenidos sugieren la idea que plantea Pereira *et al.* (2008) sobre que los sistemas de promoción académica de las IESP examinadas “...exhiben todas las características del modelo burocrático matizado con un clientelismo y discrecionalidad sin reservas” (p. 628).

Asignación de recursos. Para Sánchez (2010) la asignación de recursos docentes hace

referencia a los estímulos económicos y profesionales, como: Un sistema de retribución económica adecuado en relación con la productividad, tanto en la labor docente como investigadora; el reconocimiento de la tarea docente en los sistemas de contratación y promoción del profesorado; la implantación de programas formativos institucionales que posibiliten el desarrollo profesional; el diseño de proyectos comunes que fomenten la colaboración y el sentimiento de equipo; la dotación de recursos suficientes para el ejercicio de la profesión; el apoyo institucional a las iniciativas de los profesores, y las exigencias legales que regularicen la formación docente universitaria –por mencionar solo algunos–.

Si bien los profesores de nuevo ingreso tienen asignado un presupuesto para asistir a eventos académicos, comprar libros, etcétera, 87 % de los Profesores-Investigadores examinados reportaron que el acceso a estos es muy complicado, ya que existe un engorroso aparato burocrático controlado por los grupos académicos dominantes y avalado por algunos funcionarios. Para acceder a los presupuestos asignados, los docentes requieren de la presentación de documentos que demuestren su producción académica. El asunto es que aunque esta haya sido presentada en tiempo y forma, es evaluada con un puntaje que no les permite acceder a los recursos. De hecho, 47 % de los funcionarios aseguran que, si por alguna razón el Profesor-Investigador no accesa a los recursos que se le asignaron, estos podrán ser

utilizados libremente por el cuerpo académico al que este pertenece.

En el caso de los Profesores-Investigadores que accedieron a los recursos que les fueron asignados vía una evaluación previa, 78 % de estos dice que son evaluados con puntuaciones bajas que se ven reflejadas en el monto de los recursos que se les otorgan después de la evaluación docente. Es importante mencionar que no solo estamos hablando de recursos monetarios, sino también de recursos humanos y materiales. En este sentido, y pese a que el Consejo de Ciencia y Tecnología (CONACYT) sugiera que los Profesores-Investigadores de Tiempo Completo deben tener un cubículo y equipo de cómputo propio, los profesores examinados aseveran que es común verse hacinados en pequeños espacios con otros profesores que comparten uno solo, mientras que los profesores pertenecientes al órgano académico dominante cuentan con su propia oficina y un equipo de cómputo personalizado.

Otra situación que 92 % de los Profesores-Investigadores refiere es que, al rechazarles sus proyectos de investigación, bajo el argumento de que no tienen los niveles de calidad mínimos solicitados por el cuerpo académico en cuestión, no les son asignados ayudantes de investigación, mientras que los allegados al cuerpo académico dominante pueden tener más de uno. Como casi en todos los casos anteriormente citados, los funcionarios delegan la responsabilidad a los cuerpos académicos ele-

gidos por los profesores y aseguran que su función es velar porque se cumplan todas y cada una de las cláusulas de la legislación universitaria y que de ninguna forma pueden involucrarse en la parte académica porque la misma legislación lo prohíbe.

Al no poder acceder a los recursos o acceder limitadamente a estos, 98 % de los Profesores-Investigadores optaron por concursar a recursos federales como los que otorga el CONACYT vía el llamado Sistema Nacional de Investigadores (SNI). La cuestión es que los brazos del poder de los cuerpos académicos dominantes en las IESP se extienden más allá de estas, con lo que pueden manipular la asignación de dichos recursos a voluntad. Sucede exactamente lo mismo que en las evaluaciones docentes internas, es decir, *siempre hay alguien* en una comisión dictaminadora al que le pueden sugerir le otorguen una beca o le nieguen esta a un postulante. Lejos de que el CONACYT muestre su autonomía frente a las IESP, se subsume a estas, provocando élites científicas que poco tienen que ver con los conocimientos de los investigadores y más con el poder que estos puedan ostentar atrincherados en un cuerpo académico. En esta tónica, esta institución tendrá que reformular procesos de dictamen menos gravosos para reconocer la calidad de los investigadores y brindarles condiciones de trabajo y de retiro más decorosas, más equitativas y más seguras, ya que hasta ahora la pérdida de tiempo que implica la dinámica de la evaluación, tanto para quienes integran los expedientes como para los que evalúan, solo genera

incertidumbre recurrente en los postulantes y prácticas discrecionales en la otorgación de los recursos (Didou y Gérard, 2011, p. 45).

Al respecto, Metlich (2009) dice que:

...los recursos siempre implicarán conflicto, porque son escasos, porque las reglas que marcan su distribución y participación no son compartidas por todos los investigadores, porque son lentos y llegan cuando se tienen que entregar resultados, porque cada vez se anteponen más requisitos, porque las prioridades dejan fuera a más del 50% de investigadores. Además sin recursos los investigadores difícilmente conseguirán sus objetivos de mayor productividad científica, mayores estímulos y mayor reconocimiento” (p. 8).

Evaluación docente. Para Guerrero y Vera (2008):

...la evaluación docente es considerada como elemento importante por las características que adoptan las universidades en períodos de crisis económica y política en los países latinoamericanos, con el objeto de justificar su existencia por la prestación de servicios, adaptándose al deber ser de las universidades, para ello se consideran elementos de calidad, a fin de potenciar sus fortalezas y ofrecer respuestas transformadoras a la crisis” (p. 111).

Lo anterior enrarece los sistemas de evaluación en la medida en que dejan de obedecer a una lógica académica, dando paso a una estructura que se sustenta en las prebendas y el *compadrazgo académico*.

Cuando a los profesores le son rechazados sus productos académicos por un grupo académico evaluador aparentemente por no llegar a los estándares de calidad solicitados, esto desencadena otra situación adversa, es decir, al someterse a un proceso de evaluación diferente, ya sea para acceder a recursos o a subir de categoría, el puntaje alcanzado es bajo, lo cual significa o que no accedan a los recursos o que no les otorguen la categoría para la cual concursaron. Podemos observar que aparentemente se trata de Comités Académicos diferentes en tanto que uno evalúa la productividad y el otro el acceso a los recursos. En realidad, 89 % de los Profesores-Investigadores examinados aseguran que todos los grupos están comunicados bajo un código informal de reglas que diluyen la supuesta autonomía entre los cuerpos académicos.

Lo anterior se convierte en un rosario de obstáculos para los profesores que quieren ser evaluados, ya que la situación anterior hace que accedan limitadamente a los recursos, o que de plano no les sean otorgados. Ante este hecho, los Profesores-Investigadores no pueden solventar los gastos que implica llevar a cabo sus investigaciones o asistir a eventos académicos en donde exponer sus resultados y

formar redes de investigación. Obvio que al no ir a eventos académicos ni presentar productos de investigación, en una de las tantas evaluaciones a los que son sometidos, penalizarán esta situación, perpetuando así este círculo vicioso que no solo afecta la calidad de los Profesores-Investigadores sino que va en detrimento de la calidad científica y las prácticas *académicas aceptables*.

Es común que en las IESP los profesores sean evaluados por los estudiantes y el resultado de estas evaluaciones, junto con la que hace el coordinador del grupo académico al que se pertenece y la producción académica, determina el puntaje obtenido para cualquiera de las convocatorias a las que los profesores deseen aplicar. Uno de los rubros que se ponderan en la evaluación de los alumnos se refiere a si el profesor utiliza medios tecnológicos para impartir sus clases. Evidentemente que al no salir bien librado de las evaluaciones que se han mencionado a lo largo de este documento, los profesores no cuentan con los recursos tecnológicos que les solicitan sean utilizados y, por lo tanto, salen con un bajo puntaje en la evaluación de los estudiantes. Es claro que lo anterior repercute en cada una de los resultados obtenidos de las distintas evaluaciones a las que los profesores son sometidos. Al respecto, 87 % de los analizados aseguraron haber sido mal evaluados por sus estudiantes en el rubro citado. El mismo porcentaje de profesores asegura haber sido expuestos o saber de casos en donde la evaluación de los estudiantes es saboteada

por algún miembro de un cuerpo académico dominante o por algún funcionario a través del azuzamiento de los estudiantes en contra del profesor, todo esto con el miedo que les puede provocar a los estudiantes las represalias de quien los está manipulando para afectar al profesor. Otra vez, al salir mal evaluado el profesor, se le niega el acceso a las becas y a los recursos con los que debería de contar para desempeñar su trabajo académico en condiciones favorables.

Otra práctica detectada es que los grupos académicos evitan invitar a profesores que estén fuera de estos a la organización de eventos académicos como congresos, simposios, creación de redes, etcétera. Como también la participación en este tipo de eventos es considerada en las evaluaciones, muchos profesores obtienen puntajes muy bajos en su evaluación, junto con lo que todo esto implica. En la misma lógica, la asignación de asesorías de tesis es discrecional, con lo que los profesores fuera del grupo académico dominante se ven afectados porque este rubro también es considerado en casi todas las evaluaciones docentes. De hecho, 12 % de los profesores examinados expresaron que, pese a que algunos alumnos los escogieron para dirigir sus tesis, el cuerpo académico en turno les asignó la dirección de las tesis a otros vinculados al cuerpo académico en el poder.

Todo lo anterior expuesto en este apartado no hace sino avalar que la evaluación docente

se haya alejada de sus objetivos, es decir, influir como mecanismo regulador de la calidad en la formación de los profesionales y en la investigación con pertinencia social y científica, en tanto que la evaluación docente debe garantizar la esencia humana, la ética democrática, y las mismas oportunidades para todos como un derecho inalienable (Guerrero y Vera, 2008, p. 134).

Publicación de productos de investigación. El acceso a la publicación de productos académicos también es una práctica que suele obedecer más a las relaciones entre los investigadores que a la calidad de los documentos que presentan. Por ejemplo, aunque las convocatorias para la publicación de artículos generalmente se hacen públicas, no todos los investigadores se integran a dicho proceso. Al respecto, 86 % de los Profesores-Investigadores que han mandado dictaminar algún artículo de las revistas que dirigen los cuerpos académicos a los cuales están adscritos, aseguran que ni siquiera recibieron una confirmación de recepción. Es en este sentido que este porcentaje dice que se les da preferencia a los Profesores-Investigadores cercanos al director o al Comité Editorial de la revista.

También es muy común que algún funcionario sea el editor o director de la revista de la institución de adscripción. Lo anterior implica que sus líneas de investigación obedezcan más a lineamientos institucionales que a criterios académicos. En este orden de ideas, es una

práctica recurrente que, con la finalidad de establecer la superioridad de un grupo académico sobre otros, se editan números temáticos sobre las líneas de investigación del grupo académico que dirige la revista. Esta práctica deja afuera a investigadores con líneas de investigación diferentes. De hecho, aun cuando algún investigador trabaje la misma línea de investigación de los números *especiales*, al ser evaluado su artículo, el dictamen es desfavorable para este, posiblemente porque la orientación del autor es diferente del grupo que detenta la dirección de la revista o porque es una forma de obstruir su desempeño, con la consecuente evaluación que penalizará *la poca disponibilidad del autor* a publicar en la revista de la institución.

A pesar que los sistemas de indización ponderen más que la dirección de una revista sea renovada por lo menos cada tres años, algún grupo académico asume una dirección vitalicia que no permite a investigadores con orientaciones diferentes dirigirla. Es en este orden de ideas, que 95 % de los Profesores-Investigadores analizados aseveran que, pese a que los sistemas de indización sugieran que el director de una revista y su cuerpo editorial no publique en la misma revista que dirigen, es muy común esta práctica en la cual el director y su cuerpo editorial se convierten en *juez y parte* y, en donde obviamente sus artículos son aceptados sin dictamen previo o con dictámenes arreglados.

En esta misma tónica, es recurrente que

algún funcionario o el director de la revista o algún miembro del Comité Editorial *sugiera* a los dictaminadores evaluar positivamente los artículos de algún investigador allegado al cuerpo académico que detenta la dirección de la revista. Si bien se establece que los sistemas de dictaminación deban ser de *pares ciegos*, el director y su Comité Editorial, al tener acceso a los datos del autor que está postulando algún artículo, deciden no publicarle por el hecho de pertenecer a un grupo académico diferente, por tener percepciones alternas a las del grupo académico que detenta la dirección de la revista, por ser un profesor novel o desconocido, por ser mujer o por haber tenido en el pasado alguna diferencia ideológica.

Aunque los sistemas de indización dejen claro que los Comités Editoriales se deben integrar de forma interinstitucional, multidisciplinaria y con la incorporación renovada de investigadores adscritos a las propias IESP, normalmente no se les permite el acceso de algunos profesores a dichos órganos por razones no necesariamente académicas. La práctica anterior genera una sinergia editorial endógena que limita el avance del conocimiento.

Otro asunto que resulta interesante tratar es aquel que tiene que ver con el acceso a la publicación de libros financiados por las IESP. Aunque en las IESP exista una partida presupuestal para la publicación de libros de la autoría de los Profesores-Investigadores adscritos a la institución, los Funcionarios o grupos académicos que detentan el poder le dan prioridad a los

investigadores cercanos a dicho grupo o a sus propias publicaciones, dejando afuera de los procesos editoriales internos a muchos investigadores, con las implicaciones negativas que tiene esto en los sistemas internos y externos de evaluación docente.

Con base en las prácticas descritas previamente es que se debe considerar a la ética editorial no como una responsabilidad de los autores, sino también de las otras partes del proceso editorial (directores de revistas, revisores y comités editoriales). Esto permitirá que los procesos editoriales científicos sean justos e imparciales y que la revisión se haga en un tiempo razonable, además que el trato para los autores sea correcto y respetuoso (Hernández, 2007).

Resultados

Lo que se puede observar a lo largo del presente trabajo, es que las IESP no escapan a las dinámicas del poder y al conflicto inherente a este. Asimismo, al ser organizaciones con funciones diferenciadas, se establece una estructura jerárquica que expone iniquidades. De ningún modo se espera que las desigualdades inherentes a cualquier organización social desaparezcan de un golpe y de una sola vez. Lo que se plantea es que, al ser las IESP organizaciones que generan conocimiento bajo un marco de equidad, humanismo y de colaboración social, estas deberían ser las instituciones que por excelencia traten de neutralizar las perversiones asociadas a la discriminación y la diferenciación de oportunidades. Por el contrario, lo que

hemos podido ver, por lo menos en la unidad de observación aquí estudiada, es que en las IESP se dan círculos viciosos en los que median la endogeneidad, el canibalismo, el autoritarismo, el abuso del poder, la iniquidad, la discriminación y prácticas académicas inaceptables.

La presencia de grupos académicos que dominan, no por la calidad de su conocimiento sino por el poder que el sistema universitario les ofreció, genera grupos socialmente vulnerables como los jóvenes, las mujeres, los ayudantes de investigación y los estudiantes. Este hecho no hace más que replicar las estructuras sociales de dominio. Como lo plantean Botero *et al.* (2007), lo urgente:

...de la frágil estabilidad de la convivencia universitaria en su contexto de universalidad y pluralismo es el reconocimiento del otro como parte de una comunidad, esto es de un grupo con intereses comunes aunque sea diverso en su constitución. La diversidad de opiniones, convicciones, posturas, proyectos, intereses e ideales, agenciados en tradiciones, culturas y referentes de vida diferentes para cada miembro universitario, crea tensiones que de no ser enfocadas hacia el bien común pueden fragmentar la unidad de la comunidad universitaria (p. 41).

El intercambio de conocimientos y la rotación en los puestos de gestión académica de-

ben verse como una práctica que favorezca la calidad de la educación universitaria y sirva de ejemplo a los estudiantes de las comunidades universitarias y de las esferas sociales no universitarias. La *caza de brujas*, el nepotismo, el compadrazgo, el clientelismo, el amiguismo, las prebendas y las corruptelas, más que ser prácticas que se expresen en los espacios universitarios, deberán de convertirse solo en objetos de observación que permitan en el futuro, tanto a las universidades como a la sociedad en general, acercarse a formas de relación en las que impere el respeto a la diferencia y el seguimiento de consensos éticos mínimos que permitan relaciones más humanas.

Se reconoce que lo anterior no es fácil, pero también se es consciente que en la medida en que se permita, sin ser castigados, exponer temas como el aquí tratado en las discusiones científicas, se estará en posibilidad de que en los sistemas universitarios prevalezca la libertad de pensamiento, la diferencia de opiniones y la igualdad de oportunidades bajo un espacio institucional compartido por toda la comunidad académica que podría servir de ejemplo a las organizaciones sociales no universitarias. Se tiene claro que en la temática que se analiza faltan muchas situaciones que deben ser estudiadas o profundizadas, pero también que no se espera la total adherencia a estas reflexiones, sino por el contrario, se crea que la refutación de estos argumentos, permitirá avanzar en la profundización de dicha temática. *Grosso modo*, no se intenta cerrar la discusión en torno

al tema tratado, más por el contrario, se está a la expectativa de nuevos datos y observaciones que permitan matizar los resultados expuestos, con la finalidad de poder ser comparados con las prácticas éticas de otras IEPS públicas y privadas, nacionales e internacionales y/o enfocadas a las Ciencias Sociales y a las Naturales. Todo lo anterior permitiría entender la lógica del sistema universitario latinoamericano y tratar de contrarrestar las anomalías que provocan la brecha de las universidades de la América Latina con la de los llamados países desarrollados.

Referencias

- Aguirre, E. (2007). La evaluación de la actividad docente de la Escuela de Enfermería de la Universidad de Costa Rica. *Educación*, 31(1), pp. 65-76.
- Botero, Y. et al. (2007). *Lineamientos sobre ética universitaria*. Colombia: Facultad de Ciencias Humanas y Sociales. Recuperado de <http://www.unicauca.edu.co/prlvmn/images/Documentos/lineamientos-sobre-etica-universitaria.pdf>.
- Didou, S. y Gérard, E. (2011). El Sistema Nacional de Investigadores en 2009. ¿Un vector para la internalización de las élites científicas? *Perfiles Educativos*, XXXIII(132), pp. 29-47.
- Guerrero, W. y Vera, L. (2008). La evaluación en la praxis docente universitaria como mecanismo para asegurar la calidad. *ORBIS Revista Científica Ciencias Humanas*, 4(11), pp. 110-142.
- Hernández, L. (2007). Ética de la publicidad científica. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 6(5).
- Hernández, R. (2008). Meritocracia y mediocridad en nuestras immaculadas universidades autónomas. Recuperado de <http://www.aporrea.org/educacion/a52273.html>.
- Metlich, A. (2009). Restricciones de la institución en la productividad científica. El caso de una universidad pública mexicana. *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 11(1), pp. 1-20, 65, 76.
- Parra, L. et al. (2010). La investigación cuantitativa del acoso psicológico laboral en los sectores de la educación superior y de la salud. Una revisión sistemática. *Entramado*, 6(1), pp. 158, 172.
- Pereira, L. et al. (2008). Influencia del modelo burocrático-populista en la gestión de la investigación: Caso Universidad de Zulia. *Revista de Ciencias Sociales (VE)*, XIV(3), pp. 614-631.
- Sánchez, J. (2010). *El desarrollo profesional del docente universitario*. México: La Unión de Universidades de América Latina y el Caribe UDUAL. Recuperado de <http://www.udual.org/CIDU/Revista/22/DesarrolloProfesional.htm>.
- Vargas, J. (2010). Misión de la universidad, *ethos* y política universitaria. *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía*, 59(142), pp. 67-91. Recuperado de <http://www.colciencias.gov.co/foro/cu>.

Legalización de la captura: Derechos y garantías*

Capture legalization: Rights and guarantees

Cleise José Torres Silvera**

Resumen

El presente artículo presenta los resultados de una investigación bibliográfica de los derechos y garantías fundamentales y/o procesales del detenido en el sistema penal colombiano. En este contexto, se hace una descripción breve de los derechos y garantías, que, a mi juicio, bajo la normatividad internacional deben garantizarse en materia de Derecho Penal para hablar de una captura legal, por lo que corresponde al juez de control de garantías verificar que desde la aprehensión hasta cuando la persona es llevada ante él, se respeten en todo momento sus derechos y garantías inherentes a cualquier persona, ya hubiese sido capturada en situación de flagrancia, en cumplimiento de orden impartida por autoridad judicial competente o por orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, en los casos y con el lleno de los requisitos legales. A su vez, se confrontarán estas garantías en el ámbito del Derecho para establecer, con mayor claridad, el alcance propio de tales derechos en Colombia; así, se evaluará, por ejemplo el ejercicio del Derecho a la asistencia legal (a un abogado), a comparecer dentro del menor tiempo posible ante autoridad judicial competente, garantías, que como viene dicho es necesario se respeten para que se defina que la aprehensión ha sido legal.

Palabras clave: Captura, Legalización, Detenido, Asistencia legal, Derecho a comparecer, Autoridad judicial, Menor tiempo posible.

Abstract

This article advances an analysis of the fundamental rights and guarantees and/or procedural arrested in Colombian penal system. In this context it is a brief description of the rights and guarantees, which we believe, under international standards must be guaranteed in Criminal Law to talk about a legal catch, and it is for the judge to verify that control guarantees from apprehension even when the person is brought before him at all times respected their rights and guarantees inherent to any person, and had been caught in flagrante delicto, in pursuance of order issued by competent judicial authority or by written order of the Fiscalía General de la Nación, where and with full legal requirements. In turn, these guarantees were confronted in the field of law to establish more clearly the scope themselves of such rights in Colombia, thus, be assessed, eg the right to legal counsel (a lawyer), to appear within the shortest possible time to competent legal authority guarantees which, as is said is necessary respect to defining the apprehension has been legal.

Keywords: Capture, Legalization, Arrested, Legal assistance, The right to appear, Judicial authority, Shortest time possible.

Cómo referenciar este artículo: Torres, C. (2013). Legalización de la captura: Derechos y garantías. *Pensamiento Americano*, 6(11), 69-96.

Fecha de recibido: Agosto 21 de 2013 • **Fecha de aceptado:** Septiembre 10 de 2013

* El presente artículo de investigación obedece a los resultados de la investigación titulada: Legalización de la captura: Derechos y garantías, vinculado a la línea Derecho, Justicia y Derecho Penal Internacional del Grupo Socius de la Universidad Libre Seccional Barranquilla.

** Candidato a Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, Especialista en Derecho Constitucional y Abogado de la Universidad del Atlántico. cleise32@gmail.com

Introducción

Sin duda, la privación de libertad durante la tramitación del proceso penal es la manifestación más enérgica de la reacción penal estatal y también la más cuestionable, ya que se trata de ejercicio de fuerza previo a una sentencia condenatoria. Este reparo, aplicado a la detención, se hace más evidente cuando hablamos de una detención sin orden judicial, ya que será la policía la que deberá decidir sobre la procedencia de esta medida extrema y, en no pocos casos, será el propio ofendido quien privará de libertad a una persona con base en la imputación que él mismo sostiene ejercitando, contra otro ciudadano, una facultad que pareciera pertenecer originariamente al Estado.

Por ello, la detención debe cumplir con una serie de requisitos, tanto de forma como de fondo; entre estos, están los derechos que le asisten al capturado (aprehendido), los cuales deberán ser verificados por autoridad judicial competente que ejercerá un control no solo judicial sino constitucional sobre aspectos previos, concomitantes y posteriores al procedimiento de captura, para de esta forma, en el evento de respetarse los derechos y garantías, legalizar la captura, y *a contrario sensu*, determinar que esta deviene ilegal.

De allí que la relevancia en desarrollo del dispositivo de control definido por la ley resulte indispensable someter a escrutinio del juez la detención, ya sea en flagrancia, aquella que se materializa por orden del propio juez, lo que

se verifica por medio de la audiencia de control de garantías, denominación aceptada –ante su incorporación explícita en el Sistema Oral Acusatorio– para referirse a la discusión preliminar que tiene lugar en la primera audiencia judicial del detenido que contempla los artículos 297, 298 y 302 del Código Procesal Penal (Ley 906/2004).

Problema

Este artículo presenta como eje central *la legalización de captura*, que da lugar a los siguientes problemas jurídicos: ¿Cuál es el término de que dispone la Fiscalía para presentar o llevar a un capturado ante un juez de control de garantías?, ¿a partir de qué momento se tiene derecho a la asistencia letrada?, ¿consecuencias jurídicas de no informar al aprehendido que tiene derecho a guardar silencio?, por lo cual resulta pertinente esclarecer dichos interrogantes, pues en muchos casos, por no tener claridad sobre estos aspectos, puede llegarse a considerar legal una detención cuando a la luz de la normatividad internacional se presentan vicios que conllevan a tenerla por ilegal habida cuenta que se desconocieron principios como *el menor tiempo posible, el acceso a un abogado, o el derecho a guardar silencio*.

1. Privación de la libertad

Uno de los derechos más celosamente protegidos en las Constituciones a partir de la Revolución Francesa, ha sido el de la libertad. Las normas constitucionales colombianas le establecen un respeto notorio, pero consagran también sus excepciones.

Del preámbulo y otros preceptos constitucionales se deriva la consagración de la libertad como un principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción a la libertad individual. La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado.

Ha sido materia de pronunciamiento permanente por parte de estudiosos del Derecho, que si bien se presume la inocencia de las personas, estas pueden ver restringida su libertad durante el trámite procesal correspondiente; sin embargo, para que ello proceda, debe acudir en todos los casos de captura ante el juez de control de garantías con el fin de que este funcionario judicial verifique la observancia del debido proceso y el respeto de los derechos y garantías del aprehendido, so pretexto de que de no cumplirse estos la detención deviene en ilegal, debiendo restablecer el derecho a la libertad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968, establece: “Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas

fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta...”. La Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, precisa:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.

A continuación, se dan a conocer los derechos y garantías que le asisten a la persona privada de la libertad, los cuales deben reconocer a todas las personas sin discriminación alguna, evitando de esta forma una violación de sus derechos.

2. De la audiencia de control de la detención

Pese a la importante función que cumple y a la notable incidencia práctica de esta primera audiencia, llama la atención su escasa regulación en el CPP, lo que contrasta con la reglamentación de otras audiencias, como aquella sobre solicitud de medidas de aseguramiento u otras medidas cautelares personales.

Así, la audiencia en que se ventila la solicitud de detención o prisión preventiva, encuentra su estructura básica en el Art. 296 CPP. Las restantes normas del Capítulo III, Título IV, del Libro Segundo la dotan de contenido, fijando con meridiana claridad un objeto de discusión.

La regulación procedimental de la audiencia de control de la detención es bastante parca. No se señala en esta disposición ni el formato de la audiencia, ni su contenido o posibles temas de discusión, ni cuáles aspectos de legalidad son los que deben o pueden revisarse y, aunque es indiscutible su reconocimiento en el Art. 28 CN, esta norma tampoco hace referencia a su contenido, dándolo por sobreentendido.

Por cierto que estos preceptos deben complementarse con otras disposiciones legales o constitucionales que regulan la detención.

El derecho a la libertad no es absoluto, razón por la cual puede ser objeto de restricciones o limitaciones. Pero esta tarea no es fácil para el intérprete, que al efecto debe guiarse por los criterios insustituibles de: (I) el fin perseguido por el Estado Social de Derecho, y (II) la razón justificativa de las restricciones impuestas a los derechos, en el entendido de que ambos factores apuntan hacia el disfrute pleno de las libertades por parte de los destinatarios, así para lograr ese propósito haya sido necesario el sacrificio temporal de algunos aspectos que hacen parte del Derecho pero que no constituyen su núcleo esencial.

En los casos dudosos, el intérprete deberá atender el principio *favor libertatis*, pues ha de tener presente que la restricción es lo excepcional, y tal medida debe justificarse sin dejar margen de duda (Sentencia C-179 de 1994, como se citó en Vila, 2007).

De igual forma, los artículos 2° y 295 de la Ley 906 de 2004 consagran positivamente el derecho a la libertad como regla general, y condicionan la restricción del derecho a los fines de comparecencia, preservación de la prueba y protección a la comunidad, siempre que aquella resulte razonable y proporcionada.

El funcionario judicial debe hacer un análisis detallado del caso que le están dejando a disposición, examen que debe incluir los mismos tópicos que el juez va a revisar en la audiencia de control de legalización de captura. Estos son:

- Verificar que en el procedimiento de captura se hayan cumplido los requisitos formales y materiales que permiten restringir la libertad de un ciudadano.
- Examinar si en el procedimiento se respetaron los derechos y garantías de los ciudadanos implicados.
- Constatar si el capturado fue puesto a disposición dentro del término que fija la ley (Código de Procedimiento Penal, 2004, Arts. 297 y 302).

Se empieza a analizar cada punto:

2.1. Verificación de requisitos formales y materiales de la aprehensión.

2.1.1. Análisis de los motivos de la captura.
Cuando la captura ocurrió por orden judicial, el examen parte del procedimiento de captura,

pues en su audiencia de legalización no se revisa nuevamente la necesidad de la orden. Este análisis ya lo hizo un juez de control de garantías y no se puede entrar a discutir si hay o no motivos fundados para inferir razonablemente la condición de autor o partícipe de la persona en contra de quien se emitió, pues ese no es el objeto de esta audiencia. Con todo, es preciso exhibir al juez de garantías que está controlando el procedimiento de captura, la orden emitida por el juez de conformidad con el artículo 297, o por el fiscal, en los casos y bajo las exigencias del artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007.

Cuando se trata de captura en situación de flagrancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, corresponde al fiscal iniciar la revisión del caso, indagando si había motivos fundados para capturar. En este sentido debe determinar si la captura en situación de flagrancia fue legal, y para ello debe analizar los siguientes aspectos:

(I) Si está en presencia de una conducta punible. Esto implica una subsunción de los hechos en la norma penal, para lo cual el fiscal debe tener claridad sobre las circunstancias fácticas que rodearon los hechos, las calidades de los involucrados en el conflicto y las consecuencias de la conducta que se investiga, con el fin de hacer una correcta adecuación típica.

(II) Si hay flagrancia. Revisará si realmente la captura del implicado ocurrió en una de las circunstancias descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, esto es, si existe nexo de causalidad entre la afectación al bien jurídico y el comportamiento realizado por aquel.

(III) Naturaleza del delito. Determinará si el delito es querellable o investigable de oficio.¹

2.1.2. La tarea de calificar los hechos. La calificación de los hechos hace parte del análisis de los motivos de la captura en situación de flagrancia, pues esta se predica precisamente del delito. La calificación de los hechos obliga al fiscal a hacer:

(I) Una valoración de los aspectos fácticos, de cara a determinar si resultan penalmente relevantes.

(II) La adecuación típica correspondiente, que incluye el análisis de las circunstancias amplificadoras del tipo penal.

(III) La determinación de las consecuencias punitivas y pecuniarias de la conducta.

Por lo antes anotado, la Fiscalía deberá precisar la conformación del marco penal especial:

¹ La lectura literal de la reforma introducida por el artículo 4º de la Ley 1142 al artículo 74 de la 906 de 2004 llevaría a inferir que ante la captura en flagrancia en los delitos que normalmente requieren querrela, tal exigencia de procedibilidad no sería necesaria.

El tipo básico, sus agravantes o calificantes, del capítulo y del título; luego, las circunstancias atenuantes del tipo, del capítulo y del título de la parte especial del Código Penal y, finalmente, revisar las circunstancias de mayor y de menor punibilidad descritas en los artículos 54 al 58 de la Ley 599 de 2000, que resulten aplicables al caso, previendo evitar su doble consideración.

De la misma manera, desvirtuar la existencia de las circunstancias determinantes del tipo negativo, esto es, de los eventos descritos en el artículo 32 del Código Penal, generadores de ausencia de responsabilidad de la conducta. En este punto es importante recalcar que una cosa es la flagrancia y otra muy diferente la continuación de la privación de la libertad. Como la captura la hace un policía o un particular, el fiscal no puede olvidar que el agente captor actuó motivado por un juicio *ex ante*. Es decir, el fiscal debe ubicarse hipotéticamente en el lugar y en las circunstancias en que se hallaba quien realizó la aprehensión y determinar si era razonable o no pensar que se estaba cometiendo un delito, porque las valoraciones que hace el policía o el particular, no son de un experto en Derecho y, por consiguiente, no puede esperarse que abarquen el análisis de los elementos negativos del tipo sobre la existencia o no de causales de ausencia de responsabilidad o de causales de justificación.

Finalmente, establecer las consecuencias punitivas de la o las conductas penalmente relevantes, para lo cual deberá tener en cuenta las

circunstancias Agravantes y Atenuantes que se configuren, por ejemplo: La tentativa (Art. 27 CP), la complicidad (Art. 30, inc. 1° CP), etc.

Establecido el o los delitos que se le imputaran al aprehendido, el representante del ente acusador deberá verificar cuál es la posible pena por imponer para saber si alguno de aquellos comporta medida de aseguramiento de detención preventiva y, en consecuencia, decidir si ordena la libertad o conduce al aprehendido ante el juez de control de garantías.

2.2. Análisis sobre el respeto de los derechos y garantías al capturado

La persona detenida debe ser informada de modo que pueda comprender tanto los hechos delictivos de los que se le acusa como de las razones que han dado lugar a su detención, *así como de los derechos que le asisten* (Art. 303 Ley 906/2004), los cuales deberán informársele al capturado de manera inmediata, especialmente de los siguientes:

2.2.1. Conocer el motivo y el funcionario que ordenó la captura. Esto significa que los agentes captores deben explicarle de manera comprensible al ciudadano el porqué de la aprehensión, bien porque se le sorprendió durante la comisión de un delito, ora por el señalamiento de la víctima o de la comunidad, que lo sindicaron de haber cometido un delito, o por haberle hallado elementos de los que se infiere que momentos antes ha participado en un delito, como cuando se le encuentra en su poder

un cuchillo ensangrentado en un lugar cercano a donde se acaba de cometer un homicidio. Si el Estado va a excepcionar el derecho a la libertad, que es la regla general, es justo que el afectado conozca los motivos de dicha decisión. Es de destacar, que el detenido tiene derecho a conocer el motivo de su detención y a ver la orden de detención, salvo que sea sorprendido en situación de flagrancia cometiendo un delito.

2.2.2. Avisar de su detención. Para esto el agente captor debe llamar a la persona indicada por el aprehendido y decir dónde pueden encontrarlo, y si lo van a trasladar, indicar hacia dónde. Si el capturado manifiesta no tener a quién informarle su retención o no querer dar aviso de ello, el funcionario deberá dejar constancia, para que el fiscal conozca dicha situación y pueda, si es del caso, entregar las explicaciones que a ese respecto pueda requerir el juez.

Los extranjeros tendrán derecho, además, que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país, e igualmente el derecho a ser asistidos por un intérprete de forma gratuita si el extranjero no comprende o no habla el castellano.

Si se trata de un menor de edad o de un incapacitado, la autoridad que custodie al detenido informará de los hechos a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor e igualmente se informará de ello al

defensor de familia. Si el detenido menor o incapacitado fuese además extranjero, la detención se comunicará al Cónsul de su país.

2.2.3. Guardar silencio. Significa explicarle el derecho que tiene de no hablar en contra suya, ni de su cónyuge o compañero permanente, ni de sus parientes en el cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad. El agente captor o las personas que intervengan en el procedimiento deberán tener claro que una vez determinada la calidad de imputado (y ella, obviamente, surge frente a situaciones de flagrancia) se activa para el ciudadano el derecho a no autoincriminarse, por lo que deberá evitarse todo interrogatorio orientado a obtener información útil para la investigación, sin perjuicio, claro está, del interrogatorio al indiciado, regulado en el artículo 282 de la Ley 906². Es menester aclarar que el agente puede consignar en su informe las manifestaciones espontáneas del aprehendido y que estas pueden ser utilizadas por él para orientar la investigación u otros actos inherentes a su función, cuando, prevenido de sus derechos constitucionales, el aprehendido ha decidido libremente expresarlas.

No obstante, el servidor podrá hacer las preguntas relativas a la identificación del aprehendido y a lo que se conoce como generales

2. La aludida regulación prevé la posibilidad de interrogatorio, en la medida en que el indiciado renuncie a su derecho a no autoincriminación, en presencia de su defensor.

de ley, pues con ellas no se compromete el derecho a la no autoincriminación, en tanto este es uno de los deberes que tenemos como ciudadanos.

Derecho a guardar silencio no declarando si no lo desea, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le planteen, y tendrá derecho a manifestar que solo declarará ante el juez. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

2.2.4. Entrevistarse con un abogado. En garantía de sus derechos constitucionales debe comunicársele al aprehendido que tiene derecho a entrevistarse privadamente con un abogado y a contar con su asistencia desde ese mismo momento. Si el indiciado manifiesta que no tiene abogado de confianza, el fiscal debe hacer la solicitud a la Defensoría del Pueblo, solicitud que debe estar suscrita por el implicado en los hechos, para que le sea asignado un profesional que asuma su representación.

2.2.5. Adicionalmente a todo lo anterior, el capturado tiene derecho a que se le respeten su vida y su dignidad. Este trato lo debe recibir desde el momento de la aprehensión hasta que es dejado en libertad o llevado a audiencia ante el juez. El detenido tiene derecho a que no se le considere culpable ni se le trate como tal mientras no sea condenado por una sentencia firme y, en todo caso, tiene derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. No puede ser obligado a someterse

a exámenes corporales a menos que lo ordene un juez.

2.3. *El detenido tiene derecho a que un juez examine la legalidad de su detención*

Las condiciones en que se encuentre y resuelva si procede o no dejarlo en libertad³.

Toda persona privada de su libertad tiene derecho a comparecer sin demora ante un juez u otra autoridad judicial para que sus derechos queden protegidos. A fin de salvaguardar el derecho a la libertad y no ser sometido a detenciones arbitrarias y para evitar violaciones de derechos humanos fundamentales, toda forma de detención o encarcelamiento debe ser ordenada por un juez u otra autoridad o estar sujeta a su control real.

Toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.

3. Los artículos 2º, 289, 297, 300 y 302 del Código de Procedimiento Penal, modificados por la Ley 1142 del 28 de junio de 2007, establecen como regla general que el aprehendido deberá ser presentado inmediatamente o más tardar dentro de las 36 horas siguientes ante el juez de control de garantías y, como excepción, la posibilidad de que se legalice la captura, formule imputación y solicite medidas cautelares reales y personales, con la sola presencia del defensor, en los siguientes eventos: cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer la defensa material, o cuando por razones de las distancias, dificultades en las vías de acceso, los desplazamientos y razones de orden público, no sea posible trasladar al aprehendido dentro de las 36 horas siguientes ante el juez de control de garantías. Por todo, el fiscal deberá evaluar tales circunstancias y prepararse para argumentar al respecto ante el aludido juez. Estos serían subargumentos indispensables en la audiencia, los cuales también deben contar con el soporte que sustente la inferencia respecto del motivo de la ausencia del aprehendido.

Los objetivos de la presencia ante un juez u otra autoridad judicial son:

1. Evaluar si hay razones jurídicas suficientes para el arresto.
2. Evaluar si es precisa la detención antes del juicio.
3. Salvaguardar el bienestar del detenido.
4. Evitar violaciones de los derechos fundamentales del detenido.

Este procedimiento suele ofrecer al detenido la primera oportunidad de impugnar la legalidad de su detención y garantizar la puesta en libertad si el arresto ha violado sus derechos.

Es de anotar que ante una captura, el fiscal tiene tres posibilidades de actuar:

1. Si la captura fuere ilegal: Ordenará su libertad inmediata. Esto lo hace mediante una orden motivada que, como lo exige el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, deberá contener los motivos de la decisión, así como establecer si hubo flagrancia y si se respetaron los derechos del capturado y el término para dejarlo a disposición del fiscal. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, en la orden de libertad el fiscal debe imponerle bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. En este caso no se acude a audiencia.
2. Si la captura fue legal y el posible delito no comporta medida de aseguramiento de detención preventiva, debe ordenar su libertad, imponiéndole bajo palabra un compro-

miso de comparecencia cuando sea necesario, como lo indica el artículo 302 de la misma ley⁴.

3. Si la captura fue legal y el delito por el que se encuentra la persona capturada comporta detención preventiva, el fiscal deberá solicitar audiencia preliminar de legalización de captura, ante el juez de control⁵.

De conformidad con el artículo 2° de la Ley 906 de 2004, modificado por la 1142 de 2007, el fiscal solicitará control de legalidad a la captura al juez de garantías. Es preciso indicar que la expresión “en todos los casos”, contenida en la aludida norma, debe interpretarse sistemáticamente con las demás normas del Código y con las sentencias de orden constitucional en las que la Corte ha reiterado –como la Sentencia C-591 de 2005– que se trata de persona aprehendida, pues la Fiscalía sigue teniendo facultades judiciales, y para restablecer derechos no requiere autorización del juez de control de garantías. Muy por el contrario, cuando de afectar derechos fundamentales se trata, deberá, como órgano que ruega la jurisdicción,

4. Sentencia C-237 de 2005. Igualmente el artículo 1° de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 2° de la Ley 906 de 2004, establece que en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de control de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las 36 horas siguientes a la aprehensión.

5. En este sentido ha dicho la Corte, en Sentencia C-591/05, que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas de que trata el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no para evaluar si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 del mismo Código, pues estos corresponden a facultades reservadas al juez de control de garantías, en virtud del artículo 250-1 de la Constitución.

impetrar la solicitud de imposición de medida, para que este decida si es legítima la afectación al derecho fundamental de la libertad que la Fiscalía pide.

En esta diligencia, el JCFCG verificará primero que entre el momento en que la persona es privada materialmente de la libertad y es llevada o trasladada ante la Fiscalía, ya sea que fuese aprehendida por la ciudadanía en virtud de lo dispuesto en el Art. 32 CP, o de la Policía Nacional en cumplimiento de orden de captura o de la captura en situaciones de flagrancia haya sido llevada dentro del término de la distancia, esto es, en el tiempo estrictamente necesario o que se requiera para el traslado del aprehendido del lugar de captura hasta las dependencias de la Fiscalía General de la Nación; verificado que se cumplió con lo anterior, procederá el JCFCG a determinar si el aprehendido fue presentado dentro de las 36 horas siguientes a su captura.

3. De la garantía del detenido a conocer sus derechos

3.1. Del derecho a guardar silencio

A toda persona al momento de ser aprehendida no solo le asiste la garantía constitucional y legal a que se le informe las razones de su detención sino igualmente qué derechos tiene como detenido, entre otros, *el derecho a guardar silencio*.

El principio *nemo tenetur se ipsum*, o lo que significa literalmente: nadie puede represen-

tarse a sí mismo como culpable o como transgresor, tiene su origen más significativo en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), la que agregó a la Constitución de los Estados Unidos la Enmienda V, por la cual nadie puede ser compelido en un proceso criminal a dar testimonio contra uno mismo. Garantía que con posterioridad, en el caso *Miranda con Arizona*, alcanzó su más elaborada extensión⁶ al exigir que la persona que se halla bajo custodia policial al ser interrogada, tiene que ser informada de: *a) su derecho a guardar silencio; b) que lo que diga puede ser usado en su contra; entre otros derechos.*

En el contexto del desarrollo del derecho al debido proceso, el derecho a guardar silencio se ha protegido como derecho fundamental del procesado por los diferentes instrumentos internacionales tanto en materia de derechos humanos como en materia del Derecho Penal Internacional. Incluso, ha tenido mayor protección por medio del derecho a la no autoincriminación, derecho del cual se deriva,

6. En este juicio, *Miranda* había confesado la comisión de un delito. Durante el juicio, su abogado defensor señaló que la confesión de su cliente había sido obtenida bajo coacción, pero el tribunal negó la proposición de anular la confesión, porque no había evidencia de coacción. Pero el abogado defensor le planteó al tribunal otro punto, a saber, le señaló que si se le había designado a *Miranda* un abogado de oficio para el juicio, entonces su derecho de defensa se había transgredido, porque la asesoría legal de *Miranda* fue prestada solo al momento de realizarse el juicio y no se le había asignado defensor en el momento en que este confesó el delito, y en consecuencia, las declaraciones hechas a la policía, sin acceso a un consejo legal en esta primera etapa del proceso legal, eran inherentemente coercitivas. Si bien el juez nuevamente rechazó esta proposición, cuando el caso llegó a la Corte Suprema se consideró inadmisibles la confesión, ya que se había violado la Quinta Enmienda al obligar a una persona a ser testigo en contra de sí mismo.

que en materia de estándares internacionales ha implicado el amparo directo al derecho a guardar silencio sin que aquella actuación implique cualquier tipo de indicio en contra del procesado.

Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia⁷, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁸, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)⁹, la Convención Americana de los Derechos Humanos¹⁰ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹ hacen referencia a dicho presupuesto como base sólida del derecho fundamental al debido proceso.

Como fue expresada anteriormente, del de-

recho a la no autoincriminación se deriva de manera directa el derecho a guardar silencio, y si bien los cinco convenios internacionales descritos no contienen de manera expresa la protección a este derecho, ya sea dentro de la etapa de juicio o de investigación, en materia de estándares internacionales igualmente existe una protección a dicho derecho.

Por ejemplo, el Art. 33 de la Carta Política establece que: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. A su vez, la Ley 906 de 2004, dispone:

Art. 68. Exoneración del Deber de Denunciar. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.

La jurisprudencia nacional ha reconocido la importancia del derecho a guardar silencio que ha tenido un gran desarrollo en materia de estándares internacionales. De esta manera, se entiende que el derecho a guardar silencio, junto con el derecho a la no autoincriminación, es el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Así lo ha establecido la Corte Constitucional (2005):

7. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, artículo 21: “Derechos del acusado (...) 4. Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) De no ser forzada a testimoniar en contra de sí misma o de declararse culpable”.
8. Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, artículo 20: “Derechos del acusado (...) 4. Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) A no ser obligada a testimoniar en contra de sí misma o declararse culpable”.
9. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 55: “Derechos de las personas durante la investigación. 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”.
10. Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 8: “Garantías judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”.
11. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, “[u]na forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso” (Sentencia C-782).

El derecho a guardar silencio es un derecho fundamental de las personas que no solamente está protegido por la Constitución, sino que nuevamente es un postulado que se encuentra descrito como parte integrante del derecho y la garantía de defensa. De esta manera, la Ley 906 de 2004 en su artículo 8º, literal d, establece: “En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a que: (...) c) No se utilice el silencio en su contra”.

Una de las manifestaciones del derecho a guardar silencio en la Ley 906 de 2004 se en-

cuentra bajo el título del régimen de la libertad y su restricción, en el artículo 303 que dispone que uno de los derechos del capturado, de manera legítima, es el derecho a guardar silencio. A la vez, el imputado deberá ser informado de que “las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”.

Es importante establecer que a pesar de la protección absolutista de este derecho en la legislación penal colombiana, el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 permite la renuncia al derecho a guardar silencio. Sin embargo, en la misma norma se prevé una protección a dicha renuncia ya que se establece que en caso de producirse la renuncia a dicho derecho el juez de control de garantías o el juez de conocimiento deberá “verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”.

3.1.1. Implicaciones de no informar al detenido. La jurisprudencia en ocasiones ha establecido, sin claridad, que el derecho a guardar silencio es propio del declarante, no del imputado o acusado. Sin embargo, como bien se establecerá a continuación, la jurisprudencia nacional e internacional ha establecido de manera mayoritaria que dicho derecho es pre-

dicable igualmente del imputado o acusado y no simplemente del declarante. La Corte Constitucional (2006) ha establecido en numerosas ocasiones que el derecho a guardar silencio está íntimamente ligado al derecho a la no autoincriminación, derecho fundamental que busca proteger las garantías del procesado respecto al debido proceso:

Al respecto, la Corte encuentra que existen numerosas diferencias ontológicas entre las figuras del indagado y el testigo. Así, el indagado es (I) sujeto de la acción penal; (II) sobre él recae la investigación penal; (III) es titular de los derechos a guardar silencio, no pudiendo ser apreciado tal comportamiento como un indicio en su contra, y a no autoincriminarse, y *por ende, la declaración que rinde es voluntaria, libre de todo apremio; (IV) constitucionalmente no está obligado a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (V) durante la indagatoria debe estar asistido por su defensor de confianza o de oficio, quienes no podrán interrogarlo; y (VI) le asiste el derecho a solicitar la ampliación de su indagatoria. Por el contrario, el testigo (I) no es sujeto de la acción penal; (II) está obligado a declarar bajo juramento, no pudiendo ser obligado a hacerlo contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes den-*

tro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (III) de llegar a faltar a la verdad o la calle total o parcialmente, puede ser sancionado penalmente por el delito de falso testimonio; y (IV) todos los sujetos procesales pueden interrogarlo (Sentencia C-537). (Cursiva fuera de texto).

Por medio de la Sentencia C-621 de 1998, la Corte Constitucional vuelve a establecer dicho pensamiento al declarar: “Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso”.

A su vez, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2007) ha establecido que el derecho a guardar silencio es propio del procesado, ya sea en su condición de imputado o de acusado:

Sin embargo, también es posible que el procesado renuncie a su derecho a guardar silencio, y acceda a rendir diligencia de descargos, evento en el cual, una vez advertido y consciente del derecho a no autoincriminarse, los contenidos de su versión pueden ser confrontados, y si bien es cierto no puede ser constreñido, de ninguna manera, a decir la verdad, y por esta razón se le exime de juramento, ello no se traduce en que si falta a la mis-

ma, su actitud no pueda ser tenida como indicio de responsabilidad en el hecho investigado cuando se cumplen las exigencias de orden fáctico y jurídico en su deducción (Proceso 16183).

De otro lado, en materia de estándares internacionales, el ECPI hace mención expresa al derecho a guardar silencio como un derecho del procesado en la etapa de investigación al referirse a aquel de quien se cree que ha cometido una conducta ilícita:

Artículo 55 (...) 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: (...) b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.

Pareciera que la jurisprudencia nacional tuviera claridad respecto a de quién se predica el derecho a guardar silencio, incluso en sentencias del año 2006 se hace referencia a la indagatoria, institución que era propia del antiguo régimen de procedimiento penal. La Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) preveía la diligencia de indagatoria, momento

procesal propio de la etapa de instrucción por medio del cual se hacía la vinculación del posible autor del ilícito al proceso penal (Arts. 332-333). Dicha institución ya no tiene vigencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, lo cual implica de suyo que el derecho a guardar silencio, siendo una prerrogativa propia del imputado o acusado, toma una interpretación que podrá generar grandes conflictos al momento de su protección efectiva en un proceso determinado.

Con la irrupción del pensamiento liberal en el proceso penal reformado del siglo XIX se abrió paso a la idea de que el imputado debía ser reconocido como un sujeto procesal dotado de derechos autónomos en el proceso (Roxín, 2000, p. 124), y que podía hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuía participación en un hecho punible. Esta posición provenía de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad (Horvitz & López, como se citó en Ramírez, 2005) que superaba aquella concepción inquisitiva que tendía a ver al imputado como un objeto del procedimiento y de la investigación judicial, o sea, como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad material, generando todo tipo de excesos y abusos en contra del imputado (entre ellos, la tortura), pues se consideraba a la confesión como la “reina de las pruebas” y se trataba de llegar a ella de cualquier manera.

El derecho a no autoincriminarse y el derecho a no declarar, en la actualidad, tienen reconocimiento en múltiples instrumentos de Derecho Internacional Público como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3, literal g)¹² o la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2, literal g)¹³.

La garantía del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento. Expresado en el conocido aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*, esta garantía vale tanto para los interrogatorios policiales como para los de la Fiscalía, sea durante la investigación preliminar o durante el desarrollo del juicio (Horvitz & López, como se citó en Ramírez, 2005).

La incolumidad del derecho a la no autoincriminación impone, por una parte, la obligación de informarle al capturado que le asiste tal derecho, como la prohibición de acudir a cualquier método de interrogatorio que menoscabe o coacte la libertad del capturado para declarar o afecte su voluntariedad; este no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, exceptuada de una

ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Quedan incluidos en esta prohibición, en consecuencia, la tortura y el tormento, cualquier forma de maltrato, la violencia corporal o psíquica, las amenazas, el juramento, el engaño (preguntas capciosas o sugestivas) o incluso el cansancio. En este último caso, si el examen del imputado se prolonga por mucho tiempo o el número de preguntas es tan considerable que ha provocado su agotamiento, deberá concederse al imputado el descanso prudente y necesario para su recuperación.

Asimismo, los tratados internacionales prohíben todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del capturado, tales como la administración de psicofármacos o la hipnosis. Se incluyen en esta categoría los denominados “sueros de la verdad” y los instrumentos que registran reacciones inconscientes o reflejos incondicionados de las personas, como los detectores de “mentiras”; en síntesis, todo acto que de alguna forma vicie el consentimiento del aprehendido juega un papel como excluyente probatorio por desconocer las reglas de producción de la prueba y alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad –práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley–, vicios que afectan su declaración al utilizarse métodos vedados¹⁴.

12. “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (...)”.

13. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”.

14. Art. 29 CP. “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

En el mismo sentido, revisando aquellas normas contenidas en los tratados internacionales a los cuales se ha obligado el Estado colombiano, encontramos, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una disposición que establece el derecho del imputado de un delito a no ser obligado a declarar contra él mismo, ni a confesarse culpable¹⁵. Una estipulación prácticamente idéntica incluye el Pacto de San José de Costa Rica¹⁶, la que es coherente con lo que a continuación estatuye el mismo pacto en el sentido que la “confesión del inculpado solo es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” (Art. 8.3), así como también deben tenerse presente todas las normas internacionales destinadas a prevenir y sancionar la tortura¹⁷.

En el proceso penal la declaración del imputado está dirigida hacia su defensa. Es in-

negable que de su ejercicio se pueden derivar consecuencias en contra del imputado si la información entregada por este es relevante para los fines de la persecución penal. Por ello es que las maniobras permitidas en esta área están claramente delimitadas.

Informar o advertir sobre el derecho a guardar silencio es un presupuesto esencial para el ejercicio del *ius tacendi*, en tanto que, cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo de comportamiento. Su función no es influir sobre la conducta del sujeto, sino hacerle saber su situación jurídica y las posibilidades sobre las que puede orientar su defensa ante el interrogatorio. Habiendo renunciado al derecho de guardar silencio en forma voluntaria, deberá determinarse caso a caso tomando en cuenta cada vez las condiciones que rodearon la decisión, entre las cuales reviste particular importancia la intervención oportuna del defensor, entendida como una medida de primer nivel del derecho en cuestión, puesto que el defensor debe estar presente durante el interrogatorio que se le formule, so pena de ser considerada ilícita cualquier manifestación que se haga por parte del detenido, ya que se requiere su constante asesoramiento.

En consecuencia, el hecho de no informar al detenido sobre su derecho a guardar silencio, conlleva implicaciones jurídicas no solo en lo referente a la validez de las manifestaciones que haga, pues como viene dicho estas serán excluidas; ello igualmente daría lugar a la de-

-
15. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200 de 16 de diciembre de 1966, estatuye en el artículo 14 N° 3 que: “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.
16. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, promulgada por Decreto N° 873 publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991 dispone en el artículo 8 N° 2. Lo siguiente: “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.”
17. En el sentido referido, es decir, en cuanto a normas que tienen por finalidad prevenir y sancionar la tortura en cualquier forma que ella pudiera ser practicada, citaremos el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5.2 de la Convención Americana.

claratoria de invalidez de la aprehensión por violación de un derecho y garantía, constitucional y procesal, comoquiera que a ella está intrínsecamente ligado el proceso de captura con el procedimiento de producción de la prueba que podría ser utilizada para establecer autoría y grado de responsabilidad del capturado. Recuérdesse que por mandato judicial el agente captor puede consignar en su informe toda manifestación efectuada por el capturado con miras a orientar la investigación. De ahí la importancia de que se le informe de su derecho a guardar silencio y que de no hacerlo, por vulnerarse un derecho fundamental, devienen en la ilegalidad de la captura.

3.2. *Del derecho a la asistencia legal*

La Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso N° 30813 de marzo 18 de 2009, señaló su postura respecto a la legalización de la captura al indicar:

La función del juez de control de garantías cuando examina la legalidad de la captura no se contrae apenas, se reitera, a la constatación del cumplimiento de los requisitos para llevarla a cabo, sino que, además y de modo especial y preponderante, también se dirige a verificar si en el acto y hasta cuando la persona fue llevada a su presencia, se le respetó su dignidad humana, si no fue sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes o a tortura y si fue informada de manera inmediata de sus derechos como capturada (artículo 303).

Ya en lo que toca con el bien inherente al ser humano de la libertad, desde la misma óptica constitucional se ha establecido, para los casos de la aprehensión del indiciado, imputado o acusado, sea por la vía de la flagrancia, en el primer caso, o de la orden emitida por funcionario judicial competente, en los restantes, es valor fundamental, que la protección sea real y eficiente, el de la protección de las garantías y/o derechos fundamentales y procesales. Entre estos derechos y garantías se encuentra el derecho de defensa, consagrado en nuestro Art. 29 supremo en cuanto dispone que *toda persona tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.*

La defensa técnica constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades: A) la defensa material que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial; y, B) la defensa técnica que está confiada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los Pactos Internacionales también regulan la defensa oficial, como el “Derecho Irrenunciable” del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.

Es indudable que la defensa técnica es un presupuesto necesario para la correcta viabilidad del proceso. Aun cuando el imputado puede hacer uso de la autodefensa, resulta impres-

creditable la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento. En este sentido, es ilustrativo lo expresado por el Tribunal Constitucional de España:

...la asistencia de un letrado es en ocasiones un puro derecho del acusado, en otras además un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho informándole de la posibilidad de ejercerlo e incluso, cuando mantuviese una actitud pasiva procediendo directamente al nombramiento de abogado.

3.2.1. Características. La defensa técnica es la de mayor relieve en el procedimiento penal, pudiendo resumirse en las siguientes características principales:

1. *El derecho a la asistencia letrada consiste en la facultad que tiene el imputado de elegir un abogado de su confianza.* En virtud de esa misma facultad, puede también revocar el nombramiento del defensor y designar a otro.
2. *La actuación del defensor no puede colisionar con la voluntad del defendido.* El abogado defiende los intereses del imputado y como tal se constituye en un *alter ego* procesal, algo así como el oído y la boca jurídica del inculcado.
3. *El derecho de defensa es irrenunciable.* Si el inculcado asume una actitud pasiva en el

proceso y no quiere defenderse, manifestando su rechazo a la asistencia de letrado, el ordenamiento jurídico prevé la actuación del defensor, quien aparece en legítimo mecanismo de autoprotección del sistema, para cumplir con las reglas del juego de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes.

4. *La defensa técnica es obligatoria.* Debe manifestarse cuando el imputado ha sido detenido por la policía o cuando no estando en dicha situación ha de producirse el primer interrogatorio. Pero sobre todo es obligatoria la defensa técnica en el procedimiento penal, aun cuando la ley considera posible la intervención de persona idónea para asumir el cargo en la declaración del imputado.

3.2.2. Finalidad. La finalidad del derecho de los detenidos a un abogado no consiste únicamente en preparar la defensa en los casos penales, sino garantizar también una presencia independiente durante la detención y el interrogatorio (asociados o no con los procedimientos penales). La presencia de un abogado ayuda a garantizar que se respeten los derechos de seguridad y dignidad de la persona detenida y que las autoridades no excedan sus poderes legales. Si se iniciara un proceso penal, el abogado también puede evaluar la actuación de la policía conforme a las exigencias de un juicio justo (e intervenir si fuera necesario). En resumidas cuentas, un Estado tiene la obligación de establecer garantías a las personas privadas de libertad –como por ejemplo el derecho de

acceso a un abogado—. La presencia de asistencia letrada tiene diversos fines, entre los que se incluyen:

1. Compensación del desequilibrio de poderes entre las autoridades y los detenidos (especialmente en lo referido al conocimiento de la legislación).
2. Disuasión de la tortura y de otros malos tratos.
3. Capacidad para hacer frente a las detenciones arbitrarias o indebidamente justificadas.
4. Competencia para ofrecer un registro alternativo de entrevistas con el fin de garantizar la integridad de cualquier prueba recogida.

Además, el acceso a un abogado constituye una garantía fundamental contra las detenciones ilegales y arbitrarias, las cuales están prohibidas por el artículo 9 del PIDCP¹⁸. La privación de libertad es contraria al artículo 9 siempre y cuando las autoridades judiciales no actúen de conformidad con las leyes o los procedimientos nacionales, o cuando la detención resulte simplemente excesiva, arbitraria o desproporcionada en relación con el supuesto delito.

Las detenciones que son normalmente legales pueden también convertirse en detenciones arbitrarias si ya no pueden ser justificadas

legítimamente en las circunstancias actuales. Las probabilidades de arbitrariedad aumentan cuando el detenido no goza de asistencia letrada para evaluar la legalidad y/o racionalidad de su detención. A partir del momento en el que una persona es privada de su libertad, su autonomía queda restringida y subordinada a la voluntad de las autoridades. El desequilibrio de poderes resultante de esta situación supone un verdadero riesgo de violación de los derechos de la persona detenida.

3.2.3. Momento en que empieza a ejercerse. En la práctica, la implementación eficiente del derecho de acceso a un abogado implica el permitir a un detenido poder entrevistarse con un representante legal de su elección lo antes posible tras su detención. El CDH¹⁹ afirma, en su Observación General 32, que según el artículo 14 del PIDCP, el derecho a comunicarse con un defensor “exige que se garantice al acusado el pronto acceso a su abogado”. Los organismos regionales también están de acuerdo en la necesidad de un acceso inmediato a este derecho. Así por ejemplo, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CPT) promulgó en 1992 el siguiente estándar:

El CPT concede especial importancia a tres derechos que tienen las personas detenidas por la policía: El derecho de la persona en cuestión a poder notificar

18. Véanse los artículos 4 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 2 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

19. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

el hecho de su detención a una tercera persona de su elección (miembro de su familia, amigo, cónsul), el derecho a un abogado, y el derecho a solicitar un examen médico... Son, en opinión del CPT, tres garantías fundamentales contra los malos tratos a las personas detenidas que deberían aplicarse desde el principio de la privación de libertad.

En 1996, el CPT expresó detalladamente sus opiniones con respecto al tema en cuestión: “El CPT desea recalcar que, de acuerdo con su experiencia, en el período inmediatamente siguiente a la privación de libertad es cuando el riesgo de intimidación y el maltrato físico es mayor”.

Finalmente, en 2002, el CPT actualizó el estado de esta garantía en Europa: “... el derecho de acceso a un abogado durante la custodia policial está ampliamente reconocido en los países visitados por el CPT; en los países donde este derecho aún no se reconoce, están elaborándose proyectos para su introducción”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, adoptó en 2008 una serie de directrices denominadas *principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*. El siguiente párrafo ha sido extraído del principio V sobre el debido proceso legal:

Toda persona privada de libertad tendrá

derecho a la defensa y a la asistencia letrada, nombrada por sí misma, por su familia, o proporcionada por el Estado; a comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin interferencia o censura, y sin dilaciones o límites injustificados de tiempo, desde el momento de su captura o detención, y necesariamente antes de su primera declaración ante la autoridad competente.

La opinión general de los expertos acerca de este marco temporal ha evolucionado considerablemente desde la promulgación de estas normas en 1990. Hoy en día, se reconoce de manera general que 48 horas constituye a menudo un plazo de tiempo muy amplio. Por ejemplo, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura, recomendó en su informe del 27 de febrero de 2003 ante la Comisión de Derechos Humanos que el límite de tiempo debería ser de 24 horas. Más adelante, en la sección V, se ofrecen ejemplos específicos de legislaciones nacionales en las que se garantiza el acceso a un abogado inmediatamente después de la detención. En aquellos países en los que las formulaciones son ambiguas (como en Canadá), los Tribunales Nacionales han afirmado que “sin dilaciones” significa exactamente desde el momento en el que la persona es detenida –incluso en los casos de detenciones sin cargos–.

Es fundamental que el detenido pueda ver a su abogado antes de ser interrogado por las

autoridades. La entrevista debe transcurrir en privado para garantizar el respeto de la confidencialidad entre el abogado y su cliente, elemento fundamental en numerosos sistemas jurídicos –especialmente en los casos penales–. Tal y como afirma el CDH en su Observación General 32 relativa al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y Cortes de Justicia:

El derecho a comunicarse con el defensor exige que se garantice al acusado el pronto acceso a su abogado. Los abogados deben poder reunirse con sus clientes en privado y comunicarse con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Además, los abogados deben poder asesorar y representar a las personas acusadas de un delito de conformidad con la ética profesional establecida, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia debida de ninguna parte.

Los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la función de los abogados ofrecen “salvaguardias especiales en asuntos penales”, entre los que podemos destacar los principios 5 y 8, que proporcionan información detallada sobre los requisitos relativos al acceso:

Los gobiernos velarán porque la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de

haber cometido un delito, o arrestadas, o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.

A toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

En conclusión, se desconoce la garantía consagrada en el Art. 303-4 y el Art. 29 Constitucional, esto es, el derecho de toda persona aprehendida a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública proveerá su defensa, cuando momentos seguidos a su aprehensión no se le proporcione una asistencia letrada. Cabe señalar que el elemento de cohesión aquí es el acceso a un abogado, ya que constituye un medio esencial para garantizar el cumplimiento de las demás obligaciones de derechos humanos que tienen los Estados con respecto a los detenidos, incluida la obligación de concederles un juicio justo y protección contra toda forma de malos tratos. Cuando se niega o se pospone indebidamente el acceso a un abogado, el riesgo de incumplir estas obligaciones aumenta considerablemente.

Debe acotarse que este derecho no se materializa con simplemente efectuar llamada telefónica a la defensoría pública para que se asigne, ya que las autoridades judiciales tienen la obligación de facilitar dicha asistencia, acudiendo a todos los medios que sean necesarios para convertir esta práctica en un ejercicio valioso. En efecto, no es simplemente consignar en los informes de captura que se le indicó al detenido que cuenta con el derecho a designar y entrevistarse con un defensor de confianza y que en el evento de no poder designarlo, el Estado se lo proporcionará, si en la práctica ello no se materializa.

Cuando se desconoce este derecho y garantía fundamental y/o procesal, conlleva a que no se legalice la captura, ya que para que el juez de garantías imparta su aprobación al proceso de aprehensión se requiere no solo que en el procedimiento realizado por miembros de la Policía Nacional se respeten las garantías y derechos sino igualmente en el trámite que se surte posterior a ello, esto es, a partir del momento en que los aprehendidos son dejados a disposición del ente investigador y son llevados ante la autoridad judicial competente.

3.3. Del derecho a comparecer ante autoridad judicial competente

Tema no menos controversial es el del término de que dispone el ente investigador para presentar a quien ha sido privado de la libertad, ya fuese en situación de flagrancia o de captura en ejercicio de orden judicial legalmente exten-

didada, ante el juez de control de garantía, con el fin de que se legalice la aprehensión.

Ha sido materia de pronunciamiento permanente por parte de estudiosos del Derecho, que si bien se presume la inocencia de las personas, estas pueden ver restringidas su libertad durante el trámite procesal correspondiente. Sin embargo, para que ello proceda, debe acudirse en todos los casos de captura ante el juez de control de garantías con el fin de que este funcionario judicial verifique la observancia del debido proceso y el respeto de los derechos y garantías del aprehendido, so pretexto de que de no cumplirse estos la detención deviene en ilegal, debiendo restablecer el derecho a la libertad.

La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado.

Esto dijo sobre el particular la Corte Constitucional (2005), remitiendo específicamente a las situaciones de flagrancia:

Dado que la Constitución señala que el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez –ha de entenderse inmediatamente–, por cualquier persona –y en conse-

cuencia también por la Fiscalía– y que dentro del mismo Código de Procedimiento Penal se regula concretamente el tema de la flagrancia (Arts. 301 a 303 de la Ley 906 de 2004) y se señala que dicha persona detenida en flagrancia se deberá poner a disposición del juez inmediatamente, deben ser dichas normas las que se tomen en cuenta para regular el tema de la detención en flagrancia por parte de la Fiscalía, en tanto de ellas se desprenden unos criterios precisos que atienden al carácter de inmediatez con que se deberá poner a disposición del juez al capturado en flagrancia según la Constitución (Sentencia C-730).

Términos perentorios como el de 36 horas, contados a partir de la captura, para que el fiscal presente ante el juez de control de garantías a la persona aprehendida, so pena de obligar su inmediata liberación, evidencian el interés del constituyente y del legislador ordinario por hacer perentoria la posibilidad de protección del derecho a la libertad, demandando que la persona sea puesta a disposición del juez de control de garantías *dentro del menor tiempo posible*, para que así la Judicatura lo arrope con su manto protector y determine si fue o no legal la aprehensión.

Dicho precepto se muestra acorde al Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

que prescriben que *la persona privada de la libertad debe ser llevada sin demora ante un juez*, de lo que se deduce que la garantía establecida no se satisface con el simple conocimiento que el juez tenga acerca de dicha detención, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente. Atención especial merece la circunstancia de que la Ley 1142 de 2007, que reformó la 906 de 2004, adicionó al artículo 2º la expresión “en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de control de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis horas siguientes”, norma que debe interpretarse bajo el prisma de los tratados internacionales que se vienen mencionando. Esta modificación, contenida en el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007, fue hecha al artículo 2º de la libertad, donde se trata el tema de las restricciones a la libertad del imputado con base en fines considerados constitucionalmente legítimos como la comparecencia, la preservación de las pruebas y la protección de las víctimas, y es a esos casos a los que refiere el nuevo inciso 3º.

3.3.1. Del término razonable. En el derecho internacional se usa la expresión “sin demora” como parámetro temporal que ilustra lo inaceptable que resulta a la luz de esa normatividad la prolongación indefinida de un estado de privación de la libertad sin que medie la supervisión de una autoridad jurisdiccional. Sin embargo, tal expresión ha dado lugar a ciertas ambigüedades que se han reflejado en disimi-

les interpretaciones por parte de los órganos internacionales encargados de hacer cumplir o de aplicar esa normatividad.

En el sistema jurídico colombiano se acogió con mucha mayor claridad y precisión el mandato que proscribe toda prolongación indefinida de una restricción de la libertad despojada de control judicial, estableciendo un parámetro temporal cierto para que se lleve a cabo dicha supervisión. En efecto, un examen sistemático de los preceptos constitucionales relacionados con la libertad individual y los límites a sus restricciones permite afirmar que toda privación efectiva de la libertad personal debe ser sometida a control judicial de inmediato, y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción. Dentro de las garantías que rodean el derecho a la libertad y a la seguridad personal se encuentra la concerniente a que la persona detenida sea presentada sin demora ante un juez o una autoridad judicial, que cumpla auténticas funciones jurisdiccionales, para que realice un control efectivo a la restricción de su libertad.

Ahora bien, frente al tema objeto del presente artículo, respecto del término para presentación del aprehendido en flagrancia ante el juez de control de garantías, previsto en el inciso 5° del artículo 302 del CPP, y cómo puede afectarse la legalidad de la captura cuando la Fiscalía deja correr un tiempo considerable una vez ha agotado las diligencias urgentes, sin justificación, cabe decir que debe declararse la ilegalidad de la captura.

En efecto, criterios de razonabilidad son los que deben primar en la intervención del juez de control de garantías, cuando lo que se le pide es actuar prontamente en la vigilancia y protección de derechos fundamentales y hacer eficaz el valor relativo a la inmediatez, por lo que en principio, lejos, entonces, de constituir la norma examinada una camisa de fuerza que limita la posibilidad de que se acuda prontamente al juez de control de garantías, el artículo en mención señala un derrotero general que tiene como finalidad facultar esa intervención dentro del menor tiempo posible, como la posibilidad material de que en todos los casos los indiciados sean presentados, inmediatamente, ante el juez de control de garantías.

De acuerdo a cómo se redacte la norma permite colegir que la excepción son las 36 horas y la regla general es en forma inmediata. Por estar ante a una excepción entonces, la Fiscalía debe justificar el término que se ha gastado cuando este se muestre irrazonable o extenso y demostrar que la complejidad del caso (que se trate de varios capturados, por ejemplo), las condiciones propias del capturado o incluso de la víctima (como podría ser el caso en que hayan lesionados, que deben ser atendidos en primer término) y la infraestructura o logística de la institución, no le permitieron presentar a la persona capturada en forma inmediata. Con esa justificación, la Fiscalía salvaguarda cualquier responsabilidad, pero en especial, establece frente al juez con funciones de control de garantías la razonabilidad de su demora.

El acatamiento irrestricto de ese término, la perentoriedad de las 36 horas máximo para presentar al capturado a control de garantías, deviene de una adecuada comprensión de las normas de derecho fundamental y en especial, sobre su estructura.

Así por ejemplo, una vez se cuente con los denominados actos urgentes o elementos indispensables, esto es, los previstos en el Art. 303 CPP, como serían actas de derechos, actas de buen trato, actas de incautación, entrevista con un abogado, avisar sobre su aprehensión a la persona que indique el detenido, la denuncia del hecho, arraigo, los elementos materiales de prueba que le permitan obtener inferencia sobre la ocurrencia del hecho como de la autoría, para efectos de legalizar la captura tal como lo demandan los tratados internacionales y la normatividad colombiana, no habría justificación para que se alcance el extremo límite de las 36 horas para poner a disposición de la autoridad competente a quien ha sido capturado. Recuérdese:

La legalidad de la captura, en estos eventos, depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea entregada a una autoridad judicial.

Resultados

Evidentemente, la normatividad procesal

penal colombiana, en consonancia con lo establecido por la Constitución Política de 1991, que introduce o hace propio los tratados y convenios internacionales, mediante el denominado bloque de constitucionalidad, referentes no solo al tratamiento de las personas privadas de la libertad, sino igualmente a los derechos que le asisten a quien es retenido por autoridad policiva, ya fuese en los casos denominados de captura en situación de flagrancia, en cumplimiento de orden impartida por autoridad judicial competente o de la denominada captura facultativa de la que habla el artículo de la CN.

Claro que nuestro CPP (Ley 906 de 2004), establece una serie de derechos y garantías mínimos que se deben observar, so pena de que el fiscal instructor, como primer filtro, o el juez de control de garantías declaren la ilegalidad de una captura, con el consiguiente restablecimiento del consagrado derecho a la libertad, pilar del Estado Social de Derecho, tal como se desprende de nuestro preámbulo constitucional.

Ahora, como se dijo en la introducción de este artículo, son varios los derechos, pero por limitaciones de orden metodológico, solo sean han tratado cuatro de estos, logrando extraer las siguientes conclusiones:

1. Son dos los términos los que se verifican por parte del juez de control de garantías, una vez le es presentada la persona que fuese privada de la libertad, el primero de ellos el término que se empleó por el agente

captor para llevar al detenido desde el lugar de aprehensión física hasta el lugar donde funciona el órgano judicial de investigación (Fiscalía), y en segundo lugar, el término que empleó el fiscal para llevar al detenido ante el juez de control de garantías.

En el primero de los casos será dentro del término de la distancia, y en el segundo en el menor tiempo posible sin sobrepasar las 36 horas. Luego es claro que en ambos casos se habla de un plazo razonable, entendiendo este como aquel que se requiere para la realización de los denominados actos urgentes (identificación, arraigo, recolección EPM, etc.), los cuales le permiten al fiscal alegar en las audiencias concentradas que la captura fue legal, realizar la imputación y finalmente, pedir, de resultar procedente y necesaria una medida de aseguramiento.

2. El término en que debe ser presentado el detenido no es antes de finalizar el término de las 36 horas señalado en la norma, sino el del menor tiempo posible, esto es, se reitera, cuando se cuente con los elementos de juicio suficientes que le permitan al fiscal solicitar la legalización de la aprehensión.
3. Respecto del derecho a la asistencia de un abogado, definitivamente este derecho se ejerce desde el momento de la retención física, toda vez la persona capturada no puede ser interrogada sobre los hechos que dieron lugar a su captura hasta tanto no esté asistida de un profesional del Derecho; y esta asistencia no puede quedarse en el plano formal sino que debe materializarse,

pues de nada sirve que se le indique al detenido que tiene derecho a un abogado si no se le proporciona uno (defensoría pública) o comparece a quien designa como su representante legal.

En nuestro medio, este es uno de los derechos que más se desconoce, ya que por regla general los detenidos al carecer de recursos económicos tienen que recurrir a los denominados defensores públicos, los cuales solo tienen contacto con el aprehendido minutos antes de que se inicie la audiencia de legalización de la captura, cuando ya han transcurrido cerca de las 36 horas, luego es evidente el menoscabo de este derecho fundamental y garantía procesal. Por ello, a juicio nuestro, se debe declarar la ilegalidad de la captura en estos casos, comoquiera que la asistencia de un profesional del Derecho debe darse a partir del momento en que el detenido es llevado o ingresado al lugar donde funciona el organismo de investigación (Fiscalía), para que de esta forma se empiece a ejercer su defensa.

4. Finalmente, en lo que respecta al derecho a guardar silencio, es nuestro parecer que si bien debe hacerse conocer del capturado al momento de su aprehensión, el hecho de no hacerlo traería implicaciones no solo de carácter probatorio sobre lo que este haya dicho, ya que se aplicarían las reglas de exclusiones por vicios de fondo sobre la legalidad de la prueba obtenida con desconocimiento o violación de derechos fundamentales. En cuanto a la legalidad o ilegalidad de una

aprehensión por no habersele indicado a una persona al momento de ser retenido que le asiste el derecho a guardar silencio constituye un craso desconocimiento de los derechos fundamentales que le asiste al aprehendido, razón suficiente para declarar la ilegalidad de la captura, pues está claro que el agente captor no puede escoger qué derechos o garantías le hace conocer al aprehendido, o cuáles decide respetar y cuáles no, estos son una amalgama de garantías que no pueden ser desencajados, en la medida en que se articulan entre sí, siendo incluso consecuencia o extensión de otros, como sucede en el presente caso en el que el derecho a guardar silencio está íntimamente ligado con el derecho a un abogado, al punto que no se pueda interrogar al capturado sin la presencia de su defensor.

No obstante la prohibición de efectuar interrogantes relacionados con la causa de la captura, debe precisarse, que tal como lo establece nuestra legislación procesal penal, cumplida la obligación de informarle al aprehendido sobre su derecho a guardar silencio que cualquier manifestación espontánea o libre que hiciera el capturado podrá ser, no solo consignada en el informe de Policía Judicial, sino que igualmente será utilizada para orientar la investigación.

Referencias

- Arias, C. (2005). El control jurisdiccional de la detención. *Revista de Estudios de la Justicia*, 6.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI)*.
- Asociación para la Prevención de la Tortura (marzo de 2010). *El derecho de acceso a abogados para las personas privadas de libertad*. Serie de cuadernillos jurídicos de la APT. Recuperado de www.apt.ch.
- Código de Procedimiento Penal. Ley 600 de 2000. Colombia.
- Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Colombia.
- Código Penal. Ley 599 de 2000. Colombia.
- Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (noviembre de 2007). *Derechos humanos de personas privadas de la libertad*. Guayaquil. Recuperado de <http://www.cdh.org.ec/>
- Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa (agosto de 2005). *Conversatorio del sistema penal acusatorio. Segundo texto sobre captura*. Bogotá, D.C.
- Consejo Superior de la Judicatura (diciembre de 2006). *Revista Judicial No. 3*.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Convención Americana de los Derechos Humanos (noviembre de 1969). *Pacto de San José de Costa Rica*. San José, Costa Rica.
- Corte Constitucional (1994). Sentencia C-179. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia C-621. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

- Corte Constitucional (2005). Sentencia C-237.
- Corte Constitucional (2005). Sentencia C-591.
- Corte Constitucional (2005). Sentencia C-730.
- Corte Constitucional (2005). Sentencia C-782.
M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-537.
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (16 de mayo de 2007). Proceso 16183. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia (18 de marzo de 2009). Proceso N° 30813.
- Declaración de Derechos (*Bill of Rights*).
- Ley 1142 de 28 de junio de 2007. Colombia.
- Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (2007). *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*. Nueva York. Recuperado de www.unodc.org.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (s.f.). *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988*. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/detencion.htm>
- Pérez, J. (s.f.). *El derecho a la no autoincriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal*.
- Ramírez, C. (2005). *Nemo tenetur se ipsum*. El derecho a guardar silencio. *Ars Boni et Aequi*, 1, 65-80.
- Riveros-Barragán, J. (2008). El derecho a guardar silencio: Visión comparada y caso colombiano. *Int. Law: Rev. Colombiana. Derecho Int. Ildi*, 12, 373-394.
- Roxín, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Trad. G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto.
- Vanegas, P. (2007). *Las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio*. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.
- Vila, I. (2007). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Legis.
- Zapata, M. (2005). El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: La intervención oportuna y efectiva del defensor. *Revista de Estudios de la Justicia*, 6.