

BASES PARA UNA PROPUESTA LEGISLATIVA

6

Desde los múltiples instantes en que se construyó la Ley 906 de 2004, esto es, durante el curso cumplido en la Comisión Redactora Constitucional, así como por su paso en el Congreso, siempre existió la sensación de no estar construyéndose una institución satisfactoria en cuanto al manejo de la prueba. Ello lo acreditan las voces que proclamaron la necesidad de promover normas futuras que colmaran dichos vacíos, llegando a confiar algunas de las carencias a la producción de manuales.

Y ciertamente, si bien la actividad legislativa se paralizó para los efectos que se echan de menos, sí se dispone en la actualidad de varios manuales. Así, pueden mencionarse el de Procedimiento para Cadena de Custodia, en que se tratan temas tales como el diagrama del proceso de cadena de custodia, procedimientos, documentación del sistema de cadena de custodia y las formas de recolección, embalajes y recomendaciones prácticas para el manejo de elementos material de prueba o evidencias.

De otra parte, debe mencionarse el Manual Único de Policía Judicial, que trata acerca de las competencias de la policía judicial, la indagación y la investigación, la captura, la cadena de custodia y el informe.

Es igualmente conocido el Manual Único de Criminalística, que dispone de una sección técnica, una tercera científica, seguida de otra sobre identificación, además de una adicional acerca de genética.

Por su parte, la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo se encuentra produciendo un manual titulado *El Investigador para la Defensa*, en que se tratan

temas generales de derecho criminal orientados a acercar al investigador a este saber, tales como los principios rectores y las garantías procesales, así como los roles del investigador al servicio de la defensa.

Lo cierto es que dichos textos, valiosos indudablemente, no han prestado el servicio que se esperaba, al menos desde la expectativa creada en la sede legislativa. Particularmente, no han sido objeto de estudio programado para los abogados particulares.

Si bien no se pretende en absoluto, plantear soluciones sociales a fuerza de normas en el horizonte de un positivismo desnudo de cualquier premisa social y humana, venido a menos dentro del “rescate” del personal incorporado al espacio judicial, creemos, por una parte, que el proceso legislativo no se ha completado y, por otra, que a estas alturas de la implementación es preciso agotarlo. Empero, dentro de un horizonte de corresponsabilidad e integración articulada de los campos sociales desde donde germina el elemento del espacio judicial, el legislativo es apenas una manifestación que corre junto con la academia, la judicatura, la defensa pública, la fuerza pública y demás instituciones comprometidas, ligadas todas a la construcción social del espacio judicial, y cada una debe ser exigida en lo que corresponde a su competencia. Por suerte que el legislativo está llamado a proveer dentro de la órbita de competencia que le es privativa los límites intencionales en que pueden moverse los operadores del espacio judicial.

Dentro de esta perspectiva, encontramos que los principales vacíos legislativos identificados apuntan a la regulación de la investigación privada, el intercambio de pruebas con el exterior, el registro y los colegios de abogados litigantes.

Regulación de la actividad de los investigadores privados

Colombia no es un país con tradición investigativa. Es cierto que existe desde mucho tiempo atrás la policía judicial, pero sin embargo sus investigadores actúan en tanto servidores públicos investidos del poder exigir cierto tipo de información, documentos y elementos, en virtud de su potestad.

Pero este es apenas un aspecto de la investigación, pues es preciso desarrollar otro tipo de actividad igualmente investigativa, carente del poder perfilado respecto de la policía judicial.

La percepción social del investigador privado no es afortunada, pues tiende a identificársele como el incursionista de actividades inconfesables, como infidelidades, competencia desleal, o prácticas cuestionables de difícil demostración.

Sin embargo, el campo jurídico concentra buena parte de su capital simbólico en el espacio judicial, y para ello se apoya y desata interacciones precisas, entre ellas las que articulan aquel espacio con los demás escenarios sociales. Y el investigador es un integrador de muchos de esos escenarios, pues es quien materializa los procesos de construcción de la verdad judicial, extrayendo de esos espacios no judiciales los hechos brutos que, incorporados al espacio judicial, sirven de base a ese proceso complejo de construcción social de la realidad.

Tal actividad es profesional, demanda conocimientos específicos, y destrezas no muy bien documentadas que, en tanto pierden reconocimiento se instalan dentro de las interacciones subrepticias y sospechosas de ilegalidad. Luego, la única forma de desaparecer tal percepción, y al propio tiempo de evitar prácticas patológicas, es institucionalizando la actividad mediante regulaciones adecuadas.

Basta considerar la enorme desventaja que acompaña a un investigador privado que, en la actualidad, no dispone sino del derecho de petición para acceder a elementos materiales probatorios y documentos, que las entidades públicas y privadas no están en disposición de facilitar espontáneamente. Más difícil aún resulta la relación de estos con personas tan privadas como ellos, testigos, familiares de los mismos y, en general, proveedores de información valiosa para los fines de la actividad procesal.

Desde este punto de vista, una regulación asociada con la actividad de los investigadores privados debe proveer, fuera de los consabidos marcos axiales de valores y principios:

- a. Identificación de competencias
- b. Desarrollo de las disposiciones pertinentes del artículo 95 constitucional, con miras a establecer los derechos de acceso a información, elementos, documentos y personas, al servicio de la administración de justicia
- c. Órbita de responsabilidad de los investigadores
- d. Probables situaciones de exclusión de responsabilidad dadas sus competencias concretas
- e. Sus deberes y obligaciones para con sus mandantes
- f. Deberes y obligaciones para con la administración de justicia

- g. Condiciones de reconocimiento como investigadores
- h. Condiciones de acceso al espacio judicial
- i. Registro e identificación como investigadores
- j. Control de su actividad: rendición de cuentas, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, intercambio de información y elementos con otros investigadores
- k. Protocolos, procedimientos, ritualidades y formas exigibles

Registro de litigantes

Una de las más lamentables enseñanzas legadas por las prácticas desatadas en el espacio judicial de los modelos napoleónicos practicados en Colombia exhibe que el litigio penal no reclamaba mayores condiciones profesionales. Resultaba tan fácil acceder a ese espacio que bastaba la exhibición de la tarjeta profesional, sin reparar en qué tanto las reales condiciones profesionales del abogado garantizaban el derecho de acceso a la administración de justicia de sus mandantes, cuando no el derecho de defensa técnica, reclamos ya demasiado exigentes como para haberse eximido la sociedad de practicar un control real sobre los mismos.

En fin, cualquiera que ostentara el requisito formal podía acceder al espacio judicial.

Una de las manifestaciones democráticas de la Ley 906 de 2004 es que permite un control social de la actividad de los actores judiciales, no solo, por cierto, de los jueces, sino también de los abogados que en calidad de fiscales, procuradores, defensores públicos o privados intervienen en las audiencias. Esta característica ha facilitado que al menos los jueces reclamen de los abogados más que la ostentación del carné de profesionales registrados, garantizar un adecuado servicio profesional que evite nulidades y pérdidas de todo orden a la administración de justicia.

Sin embargo, no es una medida suficiente, si se quiere ver el ejercicio del litigio desde la perspectiva del procesado o de las mismas víctimas, pues los errores de sus representantes pueden tener efectos preclusivos tanto procesales como sociales, términos que concluyen, pruebas que se pierden, argumentos que se descuidan, postulaciones ignoradas o mal propuestas, en fin, situaciones que de numerarlas

podrían ser interminables pero que afectan negativamente la razón de ser de la justicia, degradando al ser social por exceso o defecto de sus acciones.

En las condiciones de calidad actuales, la tarjeta profesional no es garantía de calidad del servicio profesional, y si bien existen acciones legales, civiles y disciplinarias, incluso penales, para enmendar los errores, ello acontece *a posteriori*, cuando ya se han consumado oportunidades, decisiones, y alternativas de realización de pretensiones.

El grueso del trabajo de campo desarrollado durante el presente proceso que contribuye a la construcción del sentido judicial evidencia cuán real es el aserto. Pero ser abogado genera una apariencia peligrosa, no solo porque hay abogados que viviendo del litigio prefieren satisfacer sus necesidades antes que sopesar sus condiciones e idoneidad, lo cual difícilmente puede cuestionarse, sino porque muchos de ellos han engañado a los usuarios de la administración de justicia, ofreciéndose como “expertos en sistema acusatorio”, tal y como ha podido leerse en anuncios públicos de servicios profesionales. Y los resultados han sido desastrosos para los procesados, quienes tras pagar honorarios frecuentemente cuantiosos terminan buscando el servicio de defensoría pública, y el defensor cuanto puede es intentar minimizar las consecuencias de los errores cometidos.

Una medida deseable tendiente a paliar tales riesgos puede ser la construcción del registro de litigantes. Es que de la misma forma que no puede oficiar como conciliador cualquiera por el hecho de ser profesional, sino que debe calificarse concretamente como conciliador, debemos partir de una realidad clara que informa que no todo abogado por el hecho de serlo opta por ser litigante. Luego, el serlo debe comprometer haberse formado para ello, puesto que no cualquier abogado sabe litigar.

Desde este punto de vista, debe haber un registro en donde figuren los profesionales que han cumplido una especificidad curricular mínima, de manera que el Estado garantice haber exigido requisitos adicionales de idoneidad. Desde luego, la medida es objetable en el entendido de que ello tampoco garantiza la calidad del servicio, pero es entonces cuando se activa el sentido de responsabilidad social, y se hace exigible a la academia producir profesionales de características comprobables.

Por lo demás, se prestaría un buen servicio a la sociedad si este registro, alejándose de la forma como funcionan los registros profesionales, tuviera un

término de vigencia, al cabo del cual la renovación se condicione a la satisfacción de pruebas que demuestren la actualización del abogado, o al menos corrobore su idoneidad.

Por consiguiente una normatividad sobre el registro nacional de litigantes debería observar:

- a. Condiciones de ingreso
- b. Término de permanencia
- c. Condiciones de renovación
- d. Acreditación de la condición de litigante registrado
- e. Métodos de publicación del registro
- f. Situaciones de exclusión

Por otra parte, esta sería una oportunidad excepcional para regular la conformación de sistemas corporativos de litigantes, como los colegios de ellos, en que reestablezcan claras reglas que faciliten el acceso y permanencia al registro. Se sabe que estas formas colegiadas producen efectos deseables que sientan las bases de metodologías de actualización, y defensa de intereses corporativos e individuales de estos profesionales, así como la forma de precaverse riesgos profesionales, y protección cuando se han consolidado.

Relaciones judiciales internacionales

Una de las más graves falencias que registró la Ley 906 de 2004, acaso aún no suficientemente evidenciada pero que en cualquier momento se hará evidente, es la pésima regulación sobre este particular.

En efecto, la transcripción grosera de las disposiciones que integraron las relaciones judiciales con autoridades extranjeras de la Ley 600 de 2000 fue una pésima alternativa, que evidencia una muy precaria comprensión de los alcances que tuvo la reforma. En efecto, las normas relacionadas con el intercambio de pruebas de la Ley 600 de 2000 están pensadas para una forma de enjuiciamiento penal napoleónico, con jueces dotados del poder instruir y fiscales con facultades jurisdiccionales, así como con conservación de pruebas.

La incompatibilidad de las disposiciones con el nuevo modelo de proceso penal es inevitable, luego la transcripción definitivamente inapropiada. Empero, habiendo ocurrido, surgieron problemas manifiestos. En efecto, no se crearon las

audiencias pertinentes para la toma de decisiones en los procesos de intercambio probatorio, recreando por esta vía facultades jurisdiccionales a los fiscales, cuando ningún régimen acusatorio y adversarial tradicional ha privado a los jueces de dicha potestad. Por otro lado, se impartió al fiscal la facultad de practicar pruebas, lo cual es opuesto a la esencia del proceso acusatorio y adversarial. Y, por si fuera poco, no se atribuyó a la defensa la más mínima opción de acceso a evidencia producida en el exterior, antes bien parece haber cercenado cualquier opción.

Para evidenciar los alcances del problema legislativo, se incluye un estudio que guía las modificaciones legislativas que urge este tema, profundamente ligado al más general del manejo de la prueba, en un aspecto especializado del mismo.

Cooperación judicial recíproca

El intercambio de pruebas con el exterior, asistencia judicial internacional o asistencia judicial recíproca constituye objeto de tratamiento en todos los instrumentos internacionales de derecho penal¹¹⁸.

Si comparamos nuestras normas con las del derecho internacional, apreciamos que la tendencia de nuestra legislación es seguir de cerca los pasos de la ley internacional en cuanto al intercambio de pruebas con el exterior.

Es así que mientras la justicia regional tuvo un régimen propio de intercambio de pruebas con el exterior¹¹⁹, la Ley 600 de 2000 incorporó normas específicas de intercambio en materias como la extinción del derecho de dominio.

Pero, sin embargo, la temática es cada vez más universal y en consecuencia progresiva y aglutinante, entendiendo que si bien contamos con un nutrido sistema de instrumentos internacionales bilaterales¹²⁰ y multilaterales, en una proporción distinguida se trata el intercambio de pruebas con base en las leyes internas, y en todo caso, al aplicarse un instrumento internacional es inevitable la remisión a las normas internas como quiera que los requerimientos se ejecutan conforme a la ley local del país donde hayan de practicarse¹²¹.

118 La Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la Convención contra la delincuencia transnacional organizada, o el Estatuto de Roma.

119 Decreto 1303 de 1991, incorporado como legislación permanente por el decreto extraordinario 2265 de 1991

120 Cfr. Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*.

121 Moya Vargas, Manuel Fernando. *Relaciones Judiciales en Materia penal con Autoridades Extranjeras*. Editorial Gustavo Ibáñez.

No siendo discutible su importancia, la Ley 906 de 2004 desarrolla en el Libro V la cooperación internacional. Sin embargo, las disposiciones contenidas en los artículos 484 a 517 se limitaron a reiterar las de la Ley 600 de 2000, sin reparar en que estas fueron concebidas para un sistema de corte inquisitorial.

Las consecuencias del traslado impensado de las normas son:

- a. No se concedió a la defensa la posibilidad de acceder a evidencia existente en el exterior.
- b. La Fiscalía General de la Nación, por ser autoridad central, mantiene el monopolio del acceso a las autoridades extranjeras.
- c. No existe un procedimiento apropiado para cooperar con autoridades extranjeras.
- d. Pese a que debe ser un juez de la República quien decide si entrega evidencia a cualquier autoridad extranjera, por ser una decisión judicial que involucra intereses específicos de la Administración de Justicia, dicha potestad fue atribuida a la Fiscalía, sin ningún control judicial.

En estas condiciones, la comprensión de las normas relacionadas con intercambio de pruebas vuelve sobre lo previsto en la Ley 600 de 2000, la cual no responde a las naturales exigencias de un enjuiciamiento acusatorio de corte adversarial.

La única modificación fue haber introducido la circular roja de Interpol como base de captura.

En cambio, en contradicción con la esencia del nuevo enjuiciamiento, facultaron al fiscal y al juez para librar comisiones probatorias a los cónsules y embajadores de Colombia, para que “practiquen pruebas” en el exterior.

Si bien introdujeron una especial disposición en materia de comparecencia de testigos, mediante el artículo 486, no distinguieron si se trata de testigos requeridos por autoridad colombiana o por autoridad extranjera, pese a que una y otra posibilidad entrañan particularidades especiales.

Régimen de la Ley 906 de 2004

De acuerdo con el cuerpo del Código Procesal Penal, la cooperación judicial tiene tres aspectos: el intercambio de pruebas, la extradición y el exequátur.

Referiremos el intercambio de pruebas, dejando para una exposición posterior los otros dos, por la amplitud que tiene cada uno.

El intercambio de pruebas debe ser abordado desde varios aspectos generales y dos especiales. Los generales se refieren a las autoridades competentes, los medios, el contenido de las solicitudes y su iniciativa, el trámite y la legislación aplicable. Las dos segundas responden al origen de las solicitudes, es decir, si se trata de requerimientos o solicitudes.

Clases

A fin de allegar pruebas cuyo objeto o medio se halle en territorio extranjero o ante autoridad extranjera, o su obtención o trámite implique la intervención de autoridad extranjera, la ley ha contemplado diversas alternativas.

El Decreto 2700 de 1991 incluía las cartas rogatorias, los exhortos y las Notas Suplicatorias.

La Ley 600 del 2000 creó una figura adecuada al concepto de comisión judicial internacional, conservó las Notas Suplicatorias, y readecuó los mal llamados exhortos a lo que son en realidad, es decir, comisiones judiciales.

La Ley 906 de 2004 tiene las solicitudes de cooperación judicial y las comisiones a cónsules y embajadores, que si bien ahora los designa “requerimientos”, por su naturaleza responden a las características de los llamados “exhortos”. Se tiene igualmente la nota suplicatoria (artículo 388), si bien no se dispuso de un procedimiento concreto para el evento en que lo requiera el defensor o el procesado.

Autoridades competentes

La ley internacional refiere dos tipos de autoridades: las de trámite y las ejecutoras, aunque nada obsta que las dos condiciones coincidan en una misma, como ocurre en Colombia con la Fiscalía General de la Nación.

Las primeras son designadas internacionalmente como “autoridades centrales”, que son las señaladas por cada Estado para recibir y transmitir las solicitudes.

Las autoridades de ejecución son ordinariamente judiciales. La razón es que la decisión de entregar evidencia a otro Estado puede comprometer aspectos esenciales del ejercicio de la acción penal, por ejemplo, el tipo de jurisdicción involucrada (estatutos), si es procedente desde un punto de vista legal, si las legislaciones involucradas son compatibles y, en fin, si desde la perspectiva política con que se presta el servicio de administración de justicia es apropiado a los valores y principios constitucionales.

Medios

Se identifican dos particularmente en la legislación internacional: el directo y el diplomático.

El primero permite la comunicación directa entre autoridades centrales, mientras que en el caso del segundo la comunicación entre autoridades centrales se encuentra mediada por la intervención de las diplomáticas, esto es, las Cancillerías.

La Ley 600 de 2000 incorporó en la legislación nacional la vía directa como preferente, dadas sus ventajas prácticas, lo cual es seguido por la Ley 906 de 2004 (artículo 485).

De cualquier manera, la ley internacional faculta para que se opere de conformidad con la ley interna, aun cuando recomienda que se procure la vía directa como preferente.

Contenido de las solicitudes

Casi todos los instrumentos internacionales indican lo que deben contener las solicitudes de asistencia judicial internacional. Son ellos la autoridad requirente, el tipo de proceso, la identidad del procesado, los hechos que motivan la actuación, el delito que se investiga, el estado del proceso, lo que se requiere específicamente, la oferta de reciprocidad, las condiciones que se solicita aplicar, el compromiso de dirigir las evidencias exclusivamente al proceso o causa que motiva la petición.

Desde luego, los Estados parte pueden incrementar dicha información e, incluso, atenuarla, dependiendo de la naturaleza del asunto y, en todo caso, la ley interna.

Por su parte la Ley 600 de 2000 indicó la mínima información que permitiera ejecutar la solicitud, a no ser que el Estado requerido exigiera otra cosa. La Ley 906 reiteró la disposición.

En cuanto a la iniciativa, el artículo 485 de la Ley 906 reprodujo el 503 de la Ley 660, dejando fuera a los procesados y los defensores.

De la misma manera, señala la Ley 906 que las solicitudes deben surgir de casos investigados o juzgados en Colombia, lo cual pone en cuestión si son excluyentes las pruebas que por esta vía se obtengan durante las indagaciones.

En cuanto al objeto de las solicitudes, fue determinado en la Ley 600 como “recaudo de pruebas o de información o cualquier otro tipo de asistencia”. La Ley 906 indica “cualquier tipo de elemento material probatorio o la práctica de

diligencias que resulten necesarias”. Entre las diligencias se comprenden, por ejemplo, las entrevistas.

Quienes pueden tener iniciativa para requerir a través de la autoridad central la cooperación judicial internacional son los jueces, los fiscales y los jefes de unidad de policía judicial.

En el sistema acusatorio no es atendible que un juez pueda ejercer tal facultad. Es claro respecto del fiscal y los investigadores. Pero fueron dejados fuera los defensores, los investigadores de los defensores y los procesados.

Al respecto, es importante estimar que conforme a la ley internacional los documentos aportados por autoridades extranjeras directamente se presumen auténticos y veraces. No así los que puedan obtener personas particulares, quienes deberán someterlos a los trámites diplomáticos consecuentes.

Tratándose de otro tipo de evidencia que requiera la defensa, por ejemplo, elementos que integren una actuación penal en el exterior, serían prácticamente imposibles de obtener por cuanto difícilmente las autoridades extranjeras accederían a hacer su entrega a un particular.

En el régimen de la Ley 600, no había inconveniente por cuanto el derecho de postulación aplicaba incluso para el recaudo de pruebas a iniciativa de cualquier sujeto procesal, a través de la Fiscalía o de los Jueces.

Trámite

Pese a no encontrarse descrito en la Ley 906, la Resolución 24 de 2002 lo refirió.

Si bien dicha resolución desarrollaba las normas correspondientes de la Ley 600, en cuanto al trámite no parece haber incompatibilidad.

Debe el fiscal elaborar un escrito en que se introduzca la información prevista como contenido necesario de la solicitud. La dirige a la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía, en donde será revisado formalmente, traducida si es necesario, y remitida con base en la legislación aplicable a la autoridad central del país requerido por el fiscal, si de vía directa se trata, o al Ministerio de Relaciones Internacionales, si es la diplomática.

Llegada a la autoridad central del Estado requerido y dirigida mediante este a la autoridad competente para ejecutar, debe proceder a determinar si se admite o

no, si se condiciona o se aplaza. Cualquiera de las decisiones debe ser transmitida a la autoridad requirente para que disponga lo que corresponda.

Si es admitida o la autoridad requirente admitió las condiciones, complementó la información, etcétera, se procede a la ejecución. Obtenido el objeto, debe remitirse por la misma vía de recepción.

Llegada la respuesta a la Oficina de Asuntos Internacionales, procede a su legalización, si a ello hay lugar, traducción, etcétera y finalmente a la entrega al fiscal que requirió la asistencia.

Legislación aplicable

Todo intercambio de pruebas compromete normalmente tres legislaciones, o al menos dos.

Ello porque el marco legal general se encuentra determinado por los instrumentos internacionales. Las solicitudes deben adaptarse a tales convenciones o acuerdos, pero se ejecutará con base en la ley del país requerido, y se evaluará con base en la ley del país requirente.

Incluso, el requirente puede solicitar al requerido aplicar su propia ley en aspectos que no riñan con su legislación interna.

La importancia de la presunción de legalidad de las pruebas practicadas radica, justamente, en que deben realizarse con base en la ley del país requerido, que por no ser necesariamente conocida en el país requirente, de lo contrario se requiere la llamada prueba de derecho extranjero, a la cual se somete la evidencia obtenida por particulares en el exterior.

Traslado de funcionarios

El principio de inmediación impone la exhibición de evidencia ante el juez.

La existencia de evidencias en territorio extranjero ordinariamente permite el traslado de los funcionarios competentes, lo cual se condiciona a que el país requerido autorice la presencia del funcionario en su territorio.

En el sistema mixto e inquisitivo no existen mayores dificultades, por cuanto la prueba no tiene que ser originada, en tanto prueba, necesariamente ante el juez, además la posibilidad de comisionar facilita aún más las cosas.

Pero en los enjuiciamientos acusatorios no parece ser una solución plausible el traslado del juez, por cuanto sería improbable en términos materiales el traslado de la audiencia al exterior, fuera, desde luego, de los cuestionamientos legales que tal evento conllevaría.

Para ello se previó el traslado de testigos (artículo 486), lo cual se condiciona no solo a la autorización de la autoridad competente en el Estado requerido, sino además el consentimiento de la persona dispuesta a testificar.

En los sistemas acusatorios se acostumbra solicitar al Estado requerido practicar el interrogatorio correspondiente, mientras las autoridades requirentes filman la diligencia, para incluirla como evidencia en el proceso para el cual se solicitó.

Sin embargo, la posibilidad de implementar esa opción en Colombia parece distante, por la inexistencia de comisiones, el traslado de las partes e, incluso, de intervinientes como el Ministerio Público.

De cualquier forma, para poder practicar pruebas en el exterior deben agotarse las instancias existentes. En el caso de los fiscales y, según la norma del artículo 486, también los jueces deben obtener autorización del competente del país donde esperan actuar.

Sin embargo, al menos tratándose de fiscales, se precisa además la autorización del Fiscal General de la Nación.

Exhortos

En el régimen de la Ley 600 de 2000, los cónsules y embajadores podían ser comisionados a fin de practicar las pruebas que en el país donde nos representan les sea permitido. Normalmente podían practicar diligencias que no comportasen coerción, como recabar información, recibir testimonios –aunque algunas legislaciones como la francesa prohíben recepcionar testimonio de sus propios nacionales–, obtener copias, informar sobre el derecho extranjero, etc.

Por ello, se estimaba que las comisiones a los cónsules y embajadores no resultaban ser estrictamente medios de asistencia judicial internacional, empero con características que los semeja, por el hecho cierto de tener que observar juiciosamente la ley local.

Pero en el régimen de la Ley 906 de 2004, habiendo desaparecido las comisiones, los cónsules y embajadores tendrían la condición de “investigadores” convirtiéndose seguramente en testigos.

Hubiese sido viable que les hubieren atribuido funciones de policía judicial en cuanto a su ámbito de competencia.

Reserva

Aun cuando no está prevista en la ley interna, los tratados y la costumbre internacional señalan que por principio las solicitudes y sus anexos son reservados. En caso que por la naturaleza de la solicitud sea necesario levantar la reserva total o parcialmente, es necesario que antes de hacerse se informe al país requirente de tal eventualidad y proceder únicamente cuando exprese su consentimiento.

Limitaciones a la utilización de las pruebas

Se reconoce en los más importantes instrumentos internacionales para el intercambio de pruebas, como la Convención de Viena Sobre Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas de 1988, que las pruebas aportadas por un país en desarrollo de asistencia judicial internacional no podrán ser utilizadas por el país requirente sino para los fines reconocidos en la solicitud.

De ser necesaria su utilización en actuación diferente, debe ser autorizada por el país requerido, es decir, el que prestó la asistencia.

En el sentido contrario no existe limitación. Es decir, si surge noticia criminal o elemento de prueba en la documentación soporte de una solicitud, el país requerido podría utilizar dicha información y documentos, sin previa autorización del país requirente.

Medidas sobre bienes

La Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, así como otros instrumentos de cooperación judicial internacional, vienen previendo la posibilidad de solicitar medidas preventivas y definitivas sobre bienes ubicados en nuestro país.

El tema no recibió tratamiento alguno en el Decreto 2700 de 1991, y los redactores del manual para el intercambio de pruebas con el exterior tampoco asumieron el tema.

Se concluyó que cuando a Colombia le eran requeridas este tipo de medidas, podían ocurrir las siguientes hipótesis:

- a. Medidas preventivas: no se discutía su viabilidad.
- b. Medidas definitivas: se podían dar dos opciones, por un lado que estuvieran dirigidas sobre bienes afectados en un proceso penal, caso en que podía por medio del comiso proceder a ejecutar la solicitud. La segunda opción señalaba que se tratara de bienes no afectos a ningún proceso, caso en que no existía más alternativa que abrir una acción de extinción del derecho dominio.

No obstante, eran estas conclusiones doctrinarias en cuanto ninguna ley de la República había asumido el tema. Por ello se simplificó por medio de la norma el trámite de las medidas definitivas sobre bienes vía asistencia judicial internacional.

Entonces cuando se requiere una medida preventiva, fundamentalmente se procede a su ejecución conforme a la normatividad existente. Pero si lo que se requiere es la extinción del derecho de dominio, la autoridad extranjera debe remitir la orden judicial de extinción a la Fiscalía General de la Nación. Esta verificará si dicha orden es ejecutable en Colombia, caso en el cual adoptará con base en ella una decisión equivalente a la providencia que dicta el fiscal dentro de la acción de la Ley 793/02, declaración de la procedencia de la extinción. Acto seguido debe dirigirla al Juez quien decidirá mediante sentencia.

Este procedimiento tiene fundamentalmente el propósito de verificar el cumplimiento de las debidas garantías y respeto a los derechos de las personas afectadas con la decisión.

La redacción inicial de la norma de la Ley 600 de 2000 (artículo 507), reproducida en el parágrafo del 489 de la Ley 906, incluía dos párrafos donde se preveía el reparto de los bienes entre los Estados, previa disminución de los derechos de terceros de buena fe y derechos patrimoniales de las víctimas, de común acuerdo o mediante tribunal arbitral.

Sin embargo se suprimió, volviendo a la situación inicial, es decir, total ambivalencia en este punto. Lo que no es aconsejable en cuanto los instrumentos internacionales siempre remiten a la ley interna en lo que al tema atañe.

Remisión de procesos

Si de acuerdo con el artículo 15 del C.P. y demás concordantes se constata la posible existencia de un reato no cobijado entre las previsiones de extraterritorialidad, o porque el imputado o sindicado resulte estar amparado por fuero de juzgamiento (ver Convenciones de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares), debe dirigirse la actuación e información con que se cuente, mediante solicitud de asistencia judicial, requiriendo a la autoridad competente dar lugar a la actuación judicial que corresponda, e informar sobre su desarrollo a la autoridad requirente.

Rechazo

Las causas de rechazo reconocidas por la costumbre internacional, son:

- a. La solicitud no llene los mínimos requisitos para poderse ejecutar
- b. Resulte manifiestamente opuesta a la legislación del país requerido
- c. Se concluya que ejecutar la solicitud comporte atentar contra la soberanía o seguridad nacional del país requerido

Previamente a rechazarse una solicitud de asistencia judicial internacional por las dos últimas causas consideradas, debe contarse con el visto bueno del Fiscal General de la Nación, o del funcionario en quien delegue esta atribución.