

## EVIDENCIAS OBTENIDAS ILÍCITAMENTE

2

### Regla de exclusión

Sobre la regla de exclusión de las evidencias obtenidas ilícitamente siempre hemos compartido la definición dada por el profesor Chiesa Aponte, en razón a que hace referencia a la necesidad de disuadir a los funcionarios para que no violen la Constitución, a los jueces para no se conviertan en cómplices de tales actos y al Gobierno para que no se beneficie de ellos.<sup>34</sup> Además, esta definición se ajusta a los fines del modelo de Estado adoptado por Colombia: social y democrático

.....  
 34 Véase a Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (vol. I). Bogotá: Editorial Forum 2008, p. 184: "La regla de exclusión es una totalmente basada en consideraciones de política pública ["policy" en la zona de justia criminal], sin que pueda invocarse a su favor algún fundamento intrínseco desde el punto de vista del fin del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad. De ahí el debate en torno a la necesidad o deseabilidad de la regla de exclusión como mecanismo o remedio para hacer valer la Enmienda Cuarta. Los fundamentos de la regla son, en esencia, tres, a saber: 1) disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público a que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce por "deterrence"; 2) integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida; 3) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el gobierno" [véase LaFave & Israel, *Criminal Procedure* SS3.1 (b), página 80 (WestPublishing Co 1985)].

de derecho<sup>35</sup>, lo que a la vez resulta coherente con las obligaciones internacionales asumidas por este: proteger, respetar y garantizar los derechos de todas las personas.<sup>36</sup>

En relación con el modelo de Estado adoptado por Colombia, esta regla adquiere mayor relevancia en la medida en que protege sus fines esenciales: el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, la protección de los derechos y libertades ciudadanos, entre otros. En esta forma estatal, la salvaguardia de la persona humana, en sus esferas individual y social, es la principal tarea de las autoridades públicas, y como dice la Corte Constitucional, “la imposición de límites al poder punitivo del Estado garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”.<sup>37</sup>

En el mismo sentido, se comparte lo señalado por el autor cuando afirma: “Decir que la regla de exclusión amarra las manos a la policía es inexacto, pues lo que amarra las manos es la Cuarta Enmienda”.<sup>38</sup> Indica que la cláusula de exclusión no es un obstáculo para que las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y la Policía Judicial cumplan con sus funciones, sino que lo son la Constitución Política y demás normas que integran el denominado “bloque de constitucionalidad”.<sup>39</sup>

Sobre la regla de exclusión, aspecto que también se comparte, el autor señala que esta se basa en consideraciones de la política pública (“policy” en la zona de justicia criminal), “sin que se pueda invocar en su favor algún fundamento

35 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

36 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Convención Americana, artículo 1: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. [cursivas agregadas]

37 Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

38 Cfr. Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit. p. 189.

39 Esta expresión ha sido explicada ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-588 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

•Evidencias obtenidas ilícitamente.

intrínseco desde el punto de vista del fin del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad”.<sup>40</sup>

Tal argumento está sustentado en las razones de dicha regla, que no son otras que las de proteger la Constitución de los Estados Unidos, en particular, la *Cuarta Enmienda*:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.<sup>41</sup>

En tal sentido, el profesor Chiesa señala que esta es la base constitucional para la protección contra todo tipo de detención personal (arresto u otro tipo de intervención con la libertad de movimiento), registros e incautaciones del hogar, de vehículos, de efectos personales o cualquier propiedad o lugar sobre la que el ciudadano tenga algún tipo de expectativa razonable a intimidad. El concepto clave es la razonabilidad de la actuación gubernamental. La protección es contra actuación irrazonable del gobierno.<sup>42</sup> Y concluye que cuando se arresta o se registra en violación al mandato constitucional, el remedio para la violación a la garantía constitucional es la regla de exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida.<sup>43</sup>

### **Análisis del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política y del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal**

Al igual que en el sistema de Puerto Rico, en Colombia el inciso final del artículo 29<sup>44</sup> de la Constitución Política de 1991 y el artículo 23<sup>45</sup> del Código de

40 Cfr. Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit., p. 184.

41 “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros, detenciones e incautaciones irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento sino en virtud de causa probable, apoyado en juramento o afirmación, que describa particularmente el lugar que ha de ser registrado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas” [traducción propia].

42 Cfr. Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit., p. 181.

43 Ibid., p. 183.

44 Constitución Política de 1991, artículo 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. [...] Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

45 Ley 906 de 2004, artículo 23, *cláusula de exclusión*: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento

Procedimiento Penal sancionan al Estado, e inclusive al particular, cuando en el proceso de obtención de evidencias estos vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es preciso resaltar que la sanción a la que estos artículos se refieren es a la “nulidad de pleno derecho”, no a la “exclusión”.

En el primer capítulo se hicieron precisiones frente a la exclusión; ahora se harán las siguientes precisiones frente a lo señalado en los artículos 23 de la Ley 906 de 2004 y 29 de la Carta Política. El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, desconociendo que el principio de permanencia de la prueba fue desplazado por el principio del juicio oral, público, contradictorio, con inmediación de las pruebas y con todas las garantías, hace referencia a la obtención de pruebas, y no de evidencias.

En segundo lugar, indica que cuando estas “pruebas” son obtenidas con violación de garantías fundamentales, se deben declarar nulas de pleno derecho y, además, se deben excluir de la actuación procesal. No es que se aparte de la conclusión final: exclusión, sino de la declaratoria de nulidad para hacerlo, pues como se indicó anteriormente, frente a las pruebas no procede su nulidad, sino su exclusión.

En este orden, tal situación referente al empleo de los términos *prueba* y *nula de pleno derecho* se presenta porque para dar vida a este artículo, el legislador lo construyó a partir del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, y por eso quedó de esa manera. Sin embargo, el legislador no advirtió que ese inciso final del artículo 29 de la Carta Política no podía hacerlo extensivo a la Ley 906 de 2004, en razón a que en temas procesales penales la propia Constitución había sido modificada por el Acto Legislativo 03 de 2002, que a su vez había creado el sistema acusatorio<sup>46</sup>, y por ello la descripción que se quisiera

---

recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

46 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 4, *transitorio*: “Confórmese una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema. [...] Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen

•Evidencias obtenidas ilícitamente•

dar debía atender los principios de este acto legislativo<sup>47</sup> y las características del sistema procesal creado.

Tal manifestación conduce a afirmar que el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 no solo se debe analizar e interpretar en conjunto con las normas que integran el “bloque de constitucionalidad”<sup>48</sup>, sino que se debe analizar e interpretar con los principios que rigen el Acto Legislativo 03 de 2002 y con las características que rigen el sistema acusatorio, es decir, que se debe hacer referencia a “evidencia” y a “exclusión”.

Frente a lo señalado en el inciso 2 del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, salvo por el empleo del término *pruebas* —que, se entiende, hace referencia a evidencias, en lo que a su vez hace relación a las evidencias, que también se derivan de otras evidencias obtenidas ilícitamente—, se concuerda con su exclusión no solo porque se trata de errores de derecho insalvables en la medida en que hubo afectación de derechos fundamentales, sino porque frente a las eventuales excepciones contempladas en la ley, como el vinculado atenuado, el descubrimiento inevitable y la fuente independiente (contempladas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004), el legislador, más allá de su mención, no se dio a la tarea de su reglamentación y por eso no son aplicables.

## Dignidad humana en la prevención del delito: registros personales y registros vehiculares

Hecha la anterior aclaración, se procede a analizar la manera en la que el Código de Procedimiento Penal protege los derechos a la dignidad humana<sup>49</sup>

---

funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

47 Acto legislativo 03 de 2002. artículo 2: “El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

48 Esta expresión ha sido explicada ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-588 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

49 Constitución Política de 1991, artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

y a la intimidad<sup>50</sup> de los ciudadanos en la prevención del delito. En ese sentido, lo primero que se debe observar es que el artículo 208<sup>51</sup> del Código de Procedimiento Penal establece que solamente los funcionarios de la Policía Nacional que ejercen actividad de policía pueden realizar registros personales y registros vehiculares, siempre y cuando, obviamente, existan motivos fundados.<sup>52</sup> Significa lo anterior que quedan por fuera de tal facultad las Fuerzas Militares y la Policía Judicial, incluida la de la Policía Nacional.

Si bien se ha terminado por aceptar que las Fuerzas Militares pueden realizar registros personales y vehiculares en los términos de la Sentencia C-789 de 2006<sup>53</sup>: externos, no invasivos, en los primeros, y para verificar personas y cosas que se transportan, está claro que tal función la deben efectuar en ejercicio de sus

50 Constitución Política de 1991, artículo 15: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley".

51 Ley 906 de 2004, artículo 208: "Actividad de policía. Cuando en ejercicio de la actividad de policía, los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de registro personal, \*(inspección corporal)\*, registro de vehículos \*(y otras diligencias similares)\*, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial". Nota: Las expresiones entre paréntesis y asteriscos fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 20 de septiembre de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; en la misma providencia fue declarada executable la expresión *registro de vehículos* y condicionalmente la expresión *registro personal*, en el entendido que se trata de una revisión externa, superficial y no invasiva.

52 En el sistema de Puerto Rico, para la expedición de la orden de arresto o registro se requiere causa probable basada en juramento o afirmación. Esto significa que el magistrado deberá contar con al menos una declaración bajo juramento o afirmación ("afirmación" solo se refiere a un mecanismo equivalente a juramento en cuanto exponer al afirmante a perjurio en caso de declarar falsamente, cuando hay algún reparo ideológico-religioso a jurar. Esto es similar a la Regla 39 de las de Evidencia de Puerto Rico y a la Regla Federal 603 de Evidencia, que incluyen la "Afirmación" con alternativa al juramento) que le permita concluir que hay causa probable vinculada con la comisión de un delito y se halla en el lugar a ser registrado (orden de registro o allanamiento), o que la persona a ser arrestada probablemente cometió el delito que se le imputa (orden de arresto). Al respecto, véase: Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit., pp. 181-182.

53 Corte Constitucional, Sentencia C-789 del 20 de septiembre de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

•Evidencias obtenidas ilícitamente.

funciones<sup>54</sup> y con restricción a los lugares donde presta sus servicios la Policía Nacional, salvo que los motivos estén fundados en sus funciones constitucionales.

Tal limitación se hace porque a diferencia de la Policía Nacional, que es un cuerpo armado de naturaleza civil creado para garantizar la convivencia pacífica<sup>55</sup>, las Fuerzas Militares tienen carácter marcial y combativo, lo cual no resulta compatible con la protección y el cuidado del Código Nacional de Policía<sup>56</sup>, a cargo de la Policía Nacional.

### **Dignidad humana en la investigación del delito: inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales**

Respecto al análisis del artículo 208 del CPP, en virtud de lo establecido en la Sentencia C-789 de 2006 de la Corte Constitucional —en la que se declaró la inexecutable de la *inspección corporal* y de la expresión y *otras diligencias similares* como facultades de la Policía de Vigilancia—, es preciso señalar que frente a la *inspección corporal*, la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de los artículos 247, 248, 249 y 250 del CPP, en la Sentencia C-822 de 2005<sup>57</sup> se pronunció frente a ese procedimiento, y en tales condiciones señaló que debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. La inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial

.....  
54 Constitución Política de 1991, artículo 217: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. *Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*” [cursivas agregadas].

55 Constitución Política de 1991, artículo 218: “La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

56 Decreto 1355 de 1970, “Por el cual se dictan normas sobre Policía”, artículo 1: “La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho”; artículo 2: “A la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad de la salubridad y la moralidad públicas. A la policía no le corresponde remover la causa de la perturbación”.

57 Corte Constitucional, Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente, y de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

- b. Cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue;
- c. La inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.2.2.5. de esta sentencia.

En lo referente a los *registros personales*, distintos a los realizados por la Policía de Vigilancia (artículo 208 del CPP), en la misma sentencia se indicó:

- a. Salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b. El juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.

En lo relacionado con la *obtención de muestras que involucren al imputado*, en dicha decisión la Corte Constitucional señaló:

- a. La obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente, y de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b. La obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.

Y tratándose del *procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales*, la Corte Constitucional señaló:

- a. [Que] la víctima o su representante legal, haya dado su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida;
- b. De perseverar la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida se la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia;
- c. No se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual, sin su consentimiento informado y libre;
- d. La práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas, siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la víctima, en los términos del apartado 5.5.2.6. de esta sentencia. Cierra cita

Del análisis de los artículos 208 y 247 y siguientes del CPP y de estas dos sentencias de la Corte Constitucional, C-822 de 2005 y C-789 de 2006, se hacen las siguientes conclusiones:

- a. Salvo algunas excepciones de las Fuerzas Militares, amparados en la existencia de motivos fundados y relacionados con su marco funcional, solo la Policía de Vigilancia de la Policía Nacional puede realizar registros personales y vehiculares. No más. Ni siquiera los funcionarios de Policía Judicial de la Policía Judicial Nacional pueden realizar este procedimiento, so pena de que las evidencias así obtenidas sean declaradas ilícitas por vulneración del derecho a la dignidad humana y, en consecuencia, la captura motivada en tales evidencias debe ser declarada ilegal.
- b. La *inspección corporal*, los *registros personales* –distintos a los realizados por la Policía de Vigilancia (artículo 208 del CPP)–, la *obtención de muestras que involucren al imputado* y el *procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales* reclaman la vigencia de una orden del juez con funciones de control de garantías, la presencia del defensor del imputado –no del indiciado– y las condiciones de higiene

que garanticen la dignidad humana del imputado, so pena de que su incumplimiento conlleve la exclusión de las evidencias así obtenidas.

- c. Adicionalmente, y como una interpretación errónea del artículo 247 del CPP sobre la inspección corporal, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-822 de 2005, hizo referencia al consentimiento del imputado para esta diligencia, y al señalar que frente “a la falta de consentimiento del imputado a la realización de la inspección corporal, conduce a un examen aún más estricto por parte del juez de control de garantías”<sup>58</sup>, generó, en las autoridades públicas: Policía de Vigilancia, funcionarios del INPEC e incluso jueces con funciones de control de garantías, la falsa idea de que tales procedimientos pueden realizarse solo con el consentimiento del imputado —en la mayoría de las veces, apenas un mero indiciado—, lo que es incompatible con lo señalado en la norma procesal penal, y a todas luces es provocador de la exclusión de las evidencias obtenidas por vulneración del derecho a la dignidad humana.

### **Derecho a la intimidad: búsqueda selectiva en bases de datos privados**

En relación con la búsqueda selectiva en bases de datos (artículo 244 del CPP), es importante señalar que existen dos tipos de bases de datos: las públicas y las privadas. Las primeras se entienden como aquellas a las que comúnmente acceden los ciudadanos sin ninguna autorización legal, como las Cámaras de Comercio y las Superintendencias de Notariado y Registro, entre otras; la Policía Judicial tampoco requiere orden de autorización judicial para acudir a ellas. Pero tratándose de las bases de datos privadas, la Policía Judicial sí requiere orden de autoridad judicial, en este caso, del juez con funciones de control de garantías.

Al respecto, la Corte Constitucional, en aras de proteger el derecho a la dignidad humana de las personas, precisó en la Sentencia C-336 de 2007:

En ese orden de ideas, estima la Corte que de conformidad con el numeral 3° del artículo 250 superior, la búsqueda selectiva en las bases de datos personales computarizadas, mecánicas o de cualquier índole, que realice la Fiscalía General de la Nación, debe contar siempre con la autorización previa del juez de control de garantías y referirse a la información que se acopia con fines legales, por instituciones o entida-

<sup>58</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

•Evidencias obtenidas ilícitamente.

des públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, por estar de por medio el derecho fundamental al *habeas data*. Sólo, en este sentido, los apartes acusados de los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004 resultan compatibles con la Constitución y por ende se declarará su exequibilidad condicionada.<sup>59, 60</sup>

## Derecho a la intimidad en registros y allanamientos en la investigación del delito

La protección del derecho a la intimidad deviene de los artículos 15<sup>61</sup>, 28<sup>62</sup> y 32<sup>63</sup> de la Constitución Política. Del análisis de estos artículos se desprende lo siguiente: a) todos tenemos derecho a la intimidad; b) el Estado debe respetar ese derecho y hacerlo respetar; c) ese derecho se puede vulnerar en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales, sustentado en motivos fundados, y d) en situaciones de flagrancia, previo el consentimiento del morador, este se puede vulnerar.

.....  
59 Sobre los criterios para determinar cuando es procedente el condicionamiento de una disposición sometida a control, ha dicho la Corte que si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento. Sobre el desarrollo de esta regla se pueden ver, entre otras, las sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C-690 de 1996, C-499 de 1998, C-488 de 2000, C-557 de 2001, C-128 de 2002 y C- 492 de 2000.

60 Corte Constitucional, Sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño

61 Constitución Política de 1991, artículo 15: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley".

62 Constitución Política de 1991, artículo 28: "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

63 Constitución Política de 1991, artículo 32: "El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguiere y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador".

No obstante, el numeral 1 del artículo 230<sup>64</sup> del CPP establece una excepción a los aspectos antes mencionados: indica que la Policía Judicial puede realizar registros y allanamientos sin que medie la orden del fiscal y sin que existan situaciones de flagrancia que lo ameriten, sino que simplemente basta con la existencia de motivos fundados y con la autorización del morador para que estos funcionarios puedan afectar ese derecho.

Esta excepción la declaró exequible la Corte Constitucional en la Sentencia C-806 de 2009<sup>65</sup>, luego de que se pidiera la inexecutable del numeral 1 del artículo 230 procesal. En todo caso, estableció que los funcionarios de Policía Judicial deben realizar un control posterior en los términos del artículo 237 del CPP para explicar los motivos fundados que justificaron este procedimiento y la manera como adelantaron el registro. A dicha diligencia debe asistir el morador, para que indique si él prestó el consentimiento para el procedimiento y para que aclare si este fue realizado sin abusos, arbitrariedades o caprichos de los funcionarios; de lo contrario, el juez con función de control de garantías procederá a excluir las evidencias y a declarar las respectivas ilegalidades de captura.

De acuerdo con lo anterior, se puede señalar que en la investigación del delito el único funcionario que la puede afectar es el policía judicial, siempre y cuando cumpla con los mandatos constitucionales y legales exigidos para el efecto. En lo referente a las Fuerzas Militares y la Policía de Vigilancia, podrán afectar este derecho en los casos de flagrancia y en los eventos en los que no exista una expectativa razonable a la intimidad.<sup>66</sup> Hecha la anterior precisión, se debe señalar

64 Ley 906 de 2004, artículo 230, *excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento* (modificado por el artículo 51, Ley 1453 de 2011): "Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando: 1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro".

65 Corte Constitucional, Sentencia C-806 del 11 de noviembre de 2009, Exp. D-7707, accionante: Alfonso Daza González, M. P. María Victoria Calle Correa.

66 Ley 906 de 2004, artículo 230 (modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 51), *excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento*: "Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la policía judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando: [...] 2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado. 3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la

que para la práctica de los registros y allanamientos, es necesario atender las siguientes reglas:

1. *Procedencia de los registros y allanamientos (artículo 219 del CPP).*
  - a) Con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física, o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado; b) orden del fiscal delegado; c) realizado por la Policía Judicial.
2. *Fundamento para la orden de registro y allanamiento (artículo 220 del CPP).* Existencia de motivos fundados y relacionados con la ocurrencia del delito investigado.
3. *Respaldo probatorio para los motivos fundados (artículo 221 del CPP).*
  - a) Los motivos fundados y respaldados, al menos en informe de Policía Judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado; b) cuando se trate de declaración jurada del testigo, el fiscal deberá estar presente, con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad; c) si se trata de un informante, la Policía Judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable; d) cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma, donde bajo juramento el funcionario de la Policía Judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.
4. *Objetos no susceptibles de registro (artículo 223 del CPP).*
  - a) Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados; b) las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar; c) los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial y relativa al indiciado,

---

propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad. En caso de los anteriores numerales la fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia en los términos del artículo 237 de este código”.

imputado o acusado (este apartado también cobija los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción); d) parágrafo: estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo, o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.

5. *Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (artículo 224 del CPP)*. a) En un término máximo de treinta (30) días si se trata de la indagación, y de quince (15) días si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación; b) en el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.
6. *Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (artículo 225, modificado por Ley 1453/2011, artículo 50)*. a) El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados; además, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia; b) se garantizará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito; c) se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas; además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados, y en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella; d) el acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido; en caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados, y si después de esto se negaren a firmar, el funcionario de la Policía Judicial responsable

•Evidencias obtenidas ilícitamente.

del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello; e) párrafo: si el procedimiento se lleva a cabo entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m., deberá contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, que garantizará la presencia de sus delegados en dichas diligencias; en ningún caso se suspenderá el procedimiento por ausencia de la Procuraduría General de la Nación.

7. *Allanamientos especiales (artículo 226 del CPP)*. a) Para el allanamiento y registro de bienes inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores, que conforme con el derecho internacional y los tratados en vigor gocen de inmunidad diplomática o consular, el fiscal solicitará venia al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que se requerirá su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

De allí en adelante, a la defensa<sup>67</sup> se le debe garantizar el ejercicio de contradicción en desarrollo de la cláusula especial de exclusión, en materia de registros y allanamientos<sup>68</sup>, y de la cláusula general de exclusiones establecida en la audiencia preliminar.<sup>69</sup> En el mismo sentido, y tratándose de los controles posteriores,

67 Ley 906 de 2004, artículo 231: "Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro".

68 Ley 906 de 2004, artículo 232, *cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos*: "La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y *sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*" (el texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-591 de 2005; el texto en cursivas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-210 de 2007).

69 Ley 906 de 2004, artículo 238, *inimpugnabilidad de la decisión* (modificado por el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007): "La decisión del juez de control de garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas".

estos se deben realizar<sup>70</sup>, y además se le debe garantizar a la defensa su participación, para que pueda solicitar las exclusiones respectivas.<sup>71</sup>

### Otros procedimientos con los que se vulnera el derecho a la intimidad

En relación con los procedimientos que se van a mencionar a continuación, con base en la regla general establecida por el Acto Legislativo 03 de 2002, frente a los derechos fundamentales que para su afectación requieren la orden del fiscal<sup>72</sup>, así como los controles posteriores en los términos definidos por el artículo 237 del CPP, lo único que se espera para que se garantice el derecho a la intimidad es que se cumpla con lo establecido en la ley procesal y en la jurisprudencia: retención de correspondencia (artículo 233 del CPP), examen y devolución de la correspondencia (artículo 234 del CPP), interceptación de comunicaciones (artículo 235,

70 Ley 906 de 2004, artículo 237, *audiencia de control de legalidad posterior* (modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007): “Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia”. El texto en cursivas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-025 de 2009; el resto del inciso fue declarado executable en la misma Sentencia, “siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita. El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento. Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar”.

71 Ley 906 de 2004, artículo 232, *cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos*: “La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan (directa y exclusivamente) del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación (y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación)”. Nota: La primera expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; la segunda expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-210 del 21 de marzo de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

72 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2: “El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”.

•Evidencias obtenidas ilícitamente•

modificado por la Ley 1142 de 2007; artículo 15, modificado por la Ley 1453 de 2011; artículo 52<sup>73</sup>; artículo 236, modificado por la Ley 1453 de 2011, y artículo 53 del CPP), vigilancia y seguimiento de personas (artículo 239, modificado por la Ley 1453 de 2011, y artículo 54 del CPP), vigilancia de cosas (artículo 240 del CPP), análisis e infiltración de organización criminal (artículo 241 del CPP), actuación de agentes encubiertos (artículo 242 del CPP), operaciones encubiertas contra la corrupción (artículo 242A, adicionado por la Ley 1474 de 2011, y artículo 36 del CPP), entrega vigilada (artículo 243 del CPP) y exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado (artículo 245 del CPP).

.....  
73 El artículo 52 de la Ley 1453 de 2011 fue reglamentado por el Decreto 1078 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a partir del artículo 2.2.2.6.1. Esta reglamentación trae disposiciones relativas a los deberes de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, frente a las interceptaciones ilegales de comunicaciones, recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.