

**Universidad Libre de Colombia**  
**Especialización en Ciencias Forenses y Técnica Probatoria**

**Recolección y Aducción de la Prueba Recogida por la Policía Judicial en el Proceso Penal  
Acusatorio**

**Jacqueline Torres Rodríguez**

**Bogotá, D.C**

## **Recolección y Aducción de la Prueba recogida por la Policía Judicial en el Proceso Penal Acusatorio**

### **Resumen**

Se modificó el sistema penal colombiano, en el año 2004, para pasar de un modelo fundamentalmente inquisitivo a uno de carácter acusatorio, en el que la policía judicial cumple un rol esencial en la recolección y aporte de pruebas, labor que debe ceñirse estrictamente a los protocolos legales, para evitar que los elementos de convicción recaudados puedan ser rechazados o anulados.

Pretendemos puntualizar las principales actividades que debe cumplir la policía judicial y los requisitos a los cuales debe someterse.

**Palabras clave:** Sistema penal acusatorio, policía judicial, prueba, recaudo, legalidad, juez de control de garantías.

### **Abstract**

The Colombian penal system was modified in 2004 to go from a fundamentally inquisitive model to one of an accusatory nature, in which the judicial police play an essential role in collecting and providing evidence, a task that must adhere strictly to the legal protocols, to prevent the elements of conviction collected from being rejected or annulled.

We intend to point out the main activities that the judicial police must fulfill and the requirements to which they must submit.

**Keywords:** Accusatory penal system, judicial police, evidence, collection, legality, guarantee control judge.

## **Introducción**

El sistema que regía en Colombia y que todavía se aplica con relación a la investigación y juzgamiento de algunos delitos cometidos antes de que entrara en vigencia la Ley 906 de 2004, que introdujo un método con tendencia acusatoria, es un sistema mixto con tendencia inquisitiva.

Esta última ley acogió un sistema mixto de enjuiciamiento, con tendencia acusatoria, llamado Acusatorio Moderno, que presenta, a diferencia de la anterior, una gran complejidad en la recolección y aducción de la prueba al proceso, pues exige el cumplimiento de tecnicismos y formalidades, desde el momento mismo en que los elementos materiales probatorios e informaciones son recaudados por la policía judicial.

Por tal razón y, para una adecuada comprensión de las funciones probatorias de la policía judicial, analizaremos, en primer lugar, cuáles son las principales etapas del modelo acusatorio, para estudiar, luego, las actuaciones que debe cumplir la policía judicial, en lo atinente a la prueba, en cada una de ellas.

## **Metodología**

La investigación se ha basado en la obtención y análisis de datos provenientes de documentos escritos, en la compilación bibliográfica, en la doctrina, en la legislación y jurisprudencia y en la experiencia personal de la autora, como psicóloga y funcionaria de la Fiscalía, adscrita a la policía judicial

## **Estudio del problema**

Analizar las características jurídicas que presenta la recolección, allegamiento y práctica de la prueba, en el sistema de la Ley 906 de 2004, con relación a los funcionarios de policía judicial, a efectos de que tanto éstos, como los abogados litigantes, puedan tener una visión sobre los pasos que se deben seguir para que se cumpla el objetivo de llegar a la verdad, con apego a la legalidad y el respeto de las garantías de todos los sujetos procesales.

## **Capítulo I**

### **Antecedentes. Los sistemas procesales en la historia**

A lo largo de la historia, se han conocido varios modelos de proceso, distinguiéndose, al respecto, el acusatorio primitivo, el inquisitivo y el mixto, el que derivó en el mixto con tendencia inquisitiva y en el mixto con tendencia acusatoria, conocido, también, como acusatorio moderno.

**I. El Sistema Acusatorio Primitivo:** fue el primero que utilizó la humanidad, data de tiempos inmemoriales y es un modelo muy simple, pues los contendientes, acusador y acusado, se presentan ante un árbitro, escogido de común acuerdo, y ante él expresan de manera oral sus

pretensiones y presentan sus pruebas, según su leal saber y entender, sin ninguna formalidad ni requisito, tomándose la decisión en conciencia.

**II. El Sistema Inquisitivo:** surgió hacia los siglos XII o XIII, particularmente como medio eficaz para perseguir y castigar la herejía que, en ese entonces, era considerada como la más grave de las faltas, sancionada con la pena de muerte en la hoguera.

En este modelo, el mismo juez inquisidor buscaba y practicaba la prueba, de manera secreta y a espaldas del acusado, sin que fuera admisible ningún reclamo ni defensa y, por ende, sin ningún requisito ni formalidad, salvo que la ley enumeraba, de manera taxativa, los únicos medios de prueba a los cuales el inquisidor podía acudir.

**III. El Sistema Mixto:** surgió con la Revolución Francesa de 1789 y se llama así por haber combinado las características del sistema acusatorio primitivo con las del sistema inquisitivo. En este método de juzgamiento, el proceso penal se dividió en dos etapas, sumario y causa o juicio. La primera estaba a cargo del Juez De Instrucción Criminal, quien era el encargado de recaudar los elementos materiales probatorios y los informes, sin que las diligencias practicadas tuvieran la calidad de pruebas, sino solo de medios de investigación. Para que alcanzaran la categoría de pruebas debían ser reproducidos, en la etapa de juicio, de manera oral, pública y contradictoria, ante el Juez de la Causa o Juez del Juicio.

Este modelo, con varias reformas, es el consagrado en la Ley 600 de 2000, pero con dos grandes diferencias: que las diligencias practicadas por el Juez de Instrucción Criminal ya son pruebas, y, por lo tanto, no necesitan repetirse en la etapa del juicio; y, en segundo lugar, que el fiscal actúa auxiliado por la policía judicial, es decir, aquí ya aparece la policía judicial interviniendo en la práctica de la prueba.

Al llamado Sistema Acusatorio Moderno, que es en realidad un sistema mixto con tendencia acusatoria, dada su complejidad y la decisiva intervención de la policía judicial en la actividad probatoria le dedicaremos los apartes posteriores de esta monografía.

**IV. El Sistema Acusatorio** está consagrado en Colombia en la Ley 906 de 2004, y su trámite general es el siguiente:

La actuación procesal se inicia, como en la Ley 600 de 2000, con la llamada noticia criminal (notitia criminis) (denuncia, querrela, informe, etc). Recibida ésta, el fiscal, si encuentra que el hecho noticiado reviste las características de delito y que no existen circunstancias que impidan la iniciación de la investigación, como, por ejemplo, que la acción penal está prescrita o que el delito requiere ser investigado mediante querrela, sin que sea el querellante el que está informando sobre su existencia etc, el fiscal ordena iniciar **investigación preliminar**. En caso contrario, dispondrá el archivo de la actuación (Art. 79 de la ley 906 de 2004). Sí inicia la investigación criminal, elaborará, en reunión con la policía judicial, el pertinente programa metodológico (Art. 207 de la ley 906 de 2004) que fundamentalmente consiste en determinar qué diligencias se deben realizar para cumplir con los fines de la investigación.

Entre la noticia criminal y la consecuente iniciación de la investigación, hasta cuando se presenta escrito de acusación o hasta que se dicta sentencia de preclusión, transcurre la llamada Investigación Preliminar, que es una actuación procesal que no configura todavía el proceso acusatorio, sino que es una etapa preprocesal, pero en la que la policía judicial cumple la importante misión de recaudar los elementos materiales probatorios y las informaciones de quienes tienen conocimiento directo de los hechos.

Las diligencias practicadas en esta fase de la Investigación Preliminar, como las demás de este primer estadio, no son pruebas sino simples medios de investigación, simples elementos materiales o informaciones que todavía no alcanzan la calidad de pruebas.

Cuando de los elementos materiales probatorios allegados o de las informaciones legalmente obtenidas por la policía judicial, el fiscal infiere razonablemente que el sospechoso es autor o partícipe del delito que se investiga, pide al Juez de Control de Garantías que lo cite u ordene su captura para la **Audiencia de Formulación de Imputación**, reglamentada en los artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Posteriormente, se cumplen otras actuaciones, que no es del caso exponer ni analizar.

Las diligencias probatorias cumplidas por la policía judicial en la investigación preliminar, como norma general, deben ser ordenadas por el Juez de Control de Garantías, no obstante, por excepción y contrariando, por razones de necesidad, la filosofía de que el fiscal es un acusador, una parte acusadora parcializada, se le dieron algunas funciones decisorias como la de, excepcionalmente, ordenar la captura del sospechoso, y disponer allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, seguimiento de personas, seguimiento de cosas, entregas vigiladas, búsqueda selectiva en base de datos y utilización de agentes encubiertos (Artículos 219 y siguientes, 236 y siguientes de la Ley 906 de 2004).

Es importante tener en cuenta que estas diligencias ordenadas por el fiscal y practicadas por la policía judicial, deben ser legalizadas, en audiencia, ante el Juez de Control de Garantías, dentro de las 24 horas siguientes. (Art. 237, ibidem). La etapa preprocesal de la indagación preliminar termina cuando el fiscal presente escrito de acusación ante el Juez con Funciones de Conocimiento o cuando este profiere sentencia de preclusión, previa solicitud de la Fiscalía.

Si el fiscal presenta escrito de acusación se inicia, ante el Juez con Funciones de Conocimiento, **El Juicio**, que comprende las audiencias de Formulación de Acusación, Preparatoria y de Juicio Oral y Público, en la que se practican las pruebas ordenadas por el Juez y en la que la intervención de los policías judiciales que recaudaron los elementos materiales de prueba y de los que actuaron como peritos es absolutamente esencial.

## Capítulo II

### **Legalidad de los Elementos Materiales Probatorios e Informaciones Recaudados por la Policía Judicial**

Como lo señala la Constitución Política (artículo 250) y la Ley 906 de 2004, en su artículo 200 “*Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo*”.

Para cumplir con esas atribuciones la Fiscalía se sirve de la llamada Policía Judicial, entendiéndose por tal “*la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en el ejercicio de las mismas dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus Delegados*” (inciso 3, ibidem).

De todos modos, al respectivo fiscal le corresponde “*la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico – científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código*” (inciso 2, ibidem).

Por otra parte, es regla básica del Estado de Derecho que las decisiones judiciales deben fundarse en pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación, lo que implica que fueron recopiladas, aducidas y practicadas no solo con la plena observancia de los requisitos previstos en las reglas que regulan la producción y aducción de la prueba, sino que se respetaron las

garantías fundamentales de quienes intervienen en la actuación procesal, particularmente del acusado.

Al tenor de lo anterior, la Ley 906 de 2004 consagra una serie de formalidades que se deben cumplir desde el momento mismo en que se inicia el recaudo de la prueba, hasta el instante en que es apreciada por el juzgador, para proferir su decisión. Así, hay diligencias o actuaciones que puede realizar directamente la policía judicial sin que se requiera autorización u orden previa del juez o de la Fiscalía, tales como, la inspección del lugar del que se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que revista las características de delito o la inspección del cadáver en caso de homicidio o de hecho que se presuma como tal. Aun cuando no se exige autorización judicial previa, la policía judicial debe realizar tales diligencias con plena observancia de lo previsto en los artículos 213, 214, 215 y 216 de la Ley 906 2004 y, además, con pleno conocimiento y acatamiento de las normas técnicas aconsejadas por la respectiva ciencia o técnica. Se hace hincapié en que cada elemento material probatorio (EMP) y evidencia física (EF) recogidos en la inspección debe ser asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o alteración del mismo, observándose las reglas de la cadena de custodia.

Aunque de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 23 de la ley 906 de 2004 “*Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal*”, desde ahora, debemos aclarar que el desconocimiento de los protocolos que rigen la cadena de custodia no necesariamente implica que la prueba sea rechazada o que deba ser excluida de la actuación, sino que de acuerdo con la trascendencia del efecto solo se afectaría la credibilidad del medio de prueba. Ha dicho al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia:

*“La Sala aclara que lo concluido en otras ocasiones en el sentido de que los problemas de cadena de custodia atañen a la relación de la evidencia mas no a su legalidad (CSJ SP, 19 feb. 2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 dic. 2015, entre otras), no significa... (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de la cadena de custodia; (ii) negar la transcendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etc, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal (CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, Rad. 43916). No obstante, lo anterior, la Corte ha señalado que, si por alguna razón no se cumple con la obligación de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente en el juicio)*

Como salta a la vista, ninguna diligencia puede practicarse de manera arbitraria o intuitiva, pues se corre el riesgo de que se desfigure o se suplante y, por lo mismo, que no sea legalizada por el Juez de Control de Garantías, o que posteriormente sea rechazada por el Juez de Conocimiento, en la audiencia preparatoria, o demeritada por la defensa y puesta en duda su credibilidad, en la audiencia de Juicio Oral y Público. Por otra parte, todo policía judicial encargado de recolectar los elementos materiales probatorios (EMP) o de realizar las entrevistas a los testigos o de verificar los respectivos análisis técnicos, en medicina, balística, dactiloscopia, grafología, documentología, informática, etc, debe tener siempre presente que su informe va a ser confrontado no solo por el fiscal, sino por el defensor, en un Juicio Oral y Público, donde será interrogado y conainterrogado y al que posiblemente se allegarán otros dictámenes periciales y otros conceptos de personas versadas en ese arte o ciencia, de manera tal, que debe estar absolutamente convencido de las afirmaciones o conclusiones a que llegue en el respectivo dictamen, pues en caso contrario, perderá toda credibilidad frente al Juez fallador.

Si la diligencia es ordenada por el fiscal, en los eventos en que la ley lo señala, como allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, incautaciones, búsqueda selectiva en base de datos computarizados, vigilancia de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas y utilización de agentes encubiertos, es preciso que para emitir la orden a la policía judicial para que efectúe la pertinente diligencia, tal orden debe enmarcarse dentro de los requisitos legales y así, por ejemplo se dispone que solo podrá expedir orden de registro y allanamiento **cuando existan motivos razonablemente fundados**, de acuerdo con los medios previstos en el Código, para concluir que la ocurrencia del hecho investigado tiene como posible autor o partícipe al propietario o simple tenedor del bien por registrar; o que en su interior, se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción o los objetos producto de ilícito. Es más, la ley nos dice en qué deben fundarse los motivos para decretar tal diligencia, como el informe de policía judicial, la declaración jurada del testigo informante, etc, etc. Por otra parte, la práctica misma de la diligencia de registro y allanamiento, por parte de la policía judicial, previa orden escrita del fiscal, debe realizarse con pleno acatamiento de las normas procesales, artículos 222 y siguientes de la Ley 906 de 2004, normas que, incluso, disponen en qué lugares debe verificarse y qué objetos no pueden ser materia de registro. (artículo 223 de la Ley 906 de 2004).

Además, no debe olvidarse, como ya se dijo, que tales diligencias deben ser **legalizadas por el Juez de Control de Garantías** en audiencia que se debe verificar dentro de las 24 horas siguientes (Art. 237 del CPP, modificado por la Ley 1453 de 2011).

### **Capítulo III**

#### **Principales Actividades Probatorias que Deben Realizar Quienes Ejercen Funciones de Policía Judicial**

En primer lugar, y como ya se analizó, hay diligencias que pueden llevar a cabo directamente quienes ejercen funciones de policía judicial, sin que se requiera orden escrita del fiscal correspondiente, ni del juez de Control de Garantías. Otras si necesitan orden escrita del fiscal, y otras ha menester autorización previa del Juez de Control de Garantías: así, puede acontecer que los miembros de la Policía Nacional, en el ejercicio de sus funciones, como requisas personales o de vehículos, encuentren elementos materiales probatorios (EPM), como armas, drogas, etc, evento en el cual, están obligados a identificarlos, recogerlos y embalarlos técnicamente, debiendo comunicar, sin demora *“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”* (artículo 208, CPP).

Ahora bien, como lo ha enseñado la Honorable Corte Constitucional, tanto los registros o requisas personales, como los de vehículos, no requieren autorización previa para su realización, pues son actividades de carácter preventivo, tendientes a la preservación del orden público. Lo mismo ocurre cuando se procede al registro incidental para el cumplimiento de órdenes de captura, o cuando la persona es capturada en flagrancia, casos en los cuales, con mayor razón, no es necesario ni sería posible una previa orden escrita de registro.

Ha sostenido al respecto, la citada Corporación Judicial, en Sentencia (C-789/06):

*“La actividad de policía, como ejecución material del poder y de la función de policía, a cargo de la Policía Nacional, es por esencia de carácter preventivo y se manifiesta en medidas lícitas, razonables y proporcionadas, tendientes a la conservación del orden público. Lo cual consta para que, en desarrollo del mandato de la colaboración armónica, previsto en el artículo 113 superior, la policía pueda actuar como auxiliar en el ejercicio de otras funciones del Estado”.*

*“Entre las medidas que pueden ser aplicadas en desarrollo de la actividad de policía está el registro de personas y de vehículos. Se trata de procedimientos de rutina autorizados por la ley y los reglamentos, que son ejecutados por la Policía Nacional con el fin de preservar el orden público, como quiera que en ellos están comprometidas la tranquilidad y la seguridad ciudadana”* (Sentencia C-789 de 2006, M.P. Ponente Nilson Pinilla Pinilla).

En cuanto al registro de vehículos, se expresó en la misma sentencia: *“Las mismas consideraciones se predicán del registro de vehículos, que la policía lleve a cabo en ejecución de su actividad preventiva, en cuanto no está adelantando un procedimiento de búsqueda de elementos materiales probatorios y evidencia física relacionada con una investigación penal, sino realizando una actuación conducente a garantizar la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos, precaviendo la comisión de conductas punibles”*.

De la anterior decisión la Corte Constitucional se infiere, con meridiana claridad que, **si hay una investigación penal en curso** y para cumplir los fines de la misma es necesario registrar, cachear, palpar superficialmente a una persona o registrar un vehículo, si se requiere orden escrita del fiscal.

En conclusión, la Policía Nacional puede, en ejercicio de su función preventiva, registrar personas o vehículos, sin necesidad de orden escrita previa, pero sí hay una investigación penal en curso y para los fines de la misma es necesario registrar personas o vehículos, si se requiere previa orden escrita.

**Cuando se trata no de registro personal, sino de inspección corporal** (artículo 247, CPP), la policía necesita autorización previa del Juez de Control de Garantías, pues se está afectando, de manera grave, el derecho a la intimidad, como lo ha sostenido la Honorable Corte Constitucional:

*“Distinta conclusión recae sobre la inspección corporal también mencionada en el artículo 208 de la Ley 906 de 2004 en el ámbito de actividad de la policía administrativa, porque en tal procedimiento no se efectúa un simple cacheo sino una verdadera intervención sobre el cuerpo de las personas, con riesgo de tocamientos indignantes y hasta exploración sobre la piel desnuda y espacios naturales como el ano, la vagina, la uretra, la boca, los oídos, las fosas nasales y el interior del cuerpo, sea o no*

*mediante la introducción de instrumental médico, sondas, etc” (Sentencia C-822 de 2005, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa).*

Desde luego, que entre las inspecciones corporales queda incluida la obtención de muestras que involucren al imputado y a las cuales se refiere el artículo 249 de la Ley 906 de 2004.

Al tenor de la norma citada, no es necesaria la orden judicial cuando la persona de manera libre presta su consentimiento para tal procedimiento, lo que ocurre, sobre todo en los aeropuertos, y se sospecha que porta en su estómago o en sus órganos genitales sustancias estupefacientes.

En lo atinente a la **inspección de cadáveres** la ley señala que la Policía Judicial no requiere o no necesita orden previa, tal como lo preceptúa el artículo 214 de la Ley 906 de 2004.

En lo concerniente al **registro y allanamiento de inmuebles, naves o aeronaves**, como norma general, se requiere orden escrita del fiscal para que sea realizada por la Policía Judicial.

Tal diligencia tiene por finalidad obtener materiales probatorios o realizar la captura del imputado o condenado, tal como lo dispone el artículo 219 de la Ley 906 de 2004.

Por lo demás, la ley exige formalidades que se deben cumplir, tanto por la Fiscalía como por la Policía Judicial (artículo 220 y siguientes), como son, entre otros, que la orden de registro y allanamiento solo podrá expedirse cuando existan motivos razonablemente fundados, como pueden ser el informe de policía judicial, la declaración de un testigo o informante, evidencia física que establezca con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con delito investigado; a los alcances de la orden (artículo 222 ibidem), como la de indicar expresamente el lugar o lugares que se deben registrar; los objetos no susceptibles de registro (artículo 223 ibidem), como las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus

abogados o con las personas que están excluidas del deber de testificar; el plazo para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (30 días), según el artículo 224 ibidem, etc.

Es importante destacar, para el objeto de esta monografía, que la ley procesal señala unas precisas reglas que **debe cumplir la policía judicial, en el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento**, como son, entre otras, que el registro se adelante exclusivamente en los lugares autorizados, salvo que se encuentren nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, evento en el cual podrá extenderse a otros sitios, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia (numeral 1 del artículo 225, ibidem); que de la diligencia se levante un acta que la resuma, en la que se indicarán expresamente los lugares registrados, los objetos ocupados o incautados, las personas capturadas, etc. (numeral 3 del artículo 225, ibidem y artículo 227, ibidem); la obligación, por parte de la Policía Judicial de informar, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes a la terminación de la diligencia, al fiscal que expidió la orden, sobre los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término, le remitirá el inventario correspondiente. Así mismo, en el caso de haber realizado capturas, la policía judicial pondrá inmediatamente al capturado a ordenes del fiscal, junto con el respectivo informe (Art. 228, ibidem).

Existen casos, en los que para la diligencia de registro y allanamiento de inmuebles, no se requiere previa orden judicial, como son los siguientes:

a) **Flagrancia**: evento en el cual la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave, tal como lo señala el artículo 229 de la Ley 906 de 2004.

b) Cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto de registro o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. (numeral 1, art. 230, ibidem)

c) Cuando no existe una expectativa razonable de intimidad que justifique el registro de la orden. Se considera “*que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado*” (Art. 230, ibidem, numeral 2)

d) “Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad” (numeral 3, art. 230, ibidem).

De todas maneras, dentro del término de veinticuatro (24) horas contadas a partir del recibimiento del informe de la policía judicial, por parte del respectivo fiscal, éste deberá comparecer ante el Juez de Control de Garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, según lo establecido por el artículo 230, inciso final, Ley 906 de 2004 y del artículo 237, ibidem.

Ha señalado, sobre este aspecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-806, de 2009.

M.P. María Victoria Calle Correa:

*“A juicio de la Corte Constitucional, no resulta irrazonable ni desproporcionado que cuando la autorización para la realización del allanamiento provenga directamente del propietario o morador del domicilio objeto de registro que puede verse afectado con su realización, no se exija la orden escrita de la Fiscalía. Si quien se ve afectado por la diligencia autoriza de manera libre y expresa su realización, se supera la sospecha de arbitrariedad que tendría un allanamiento efectuado sin orden escrita y contra la voluntad del morador”*

En lo relacionado **con la retención y examen de la correspondencia** (Art. 233 y ss, ley 904 de 2006), como norma general, la policía judicial solo requiere la orden escrita del fiscal.

El artículo 234 de la Ley 906 de 2004, reglamenta lo atinente al examen y devolución de la correspondencia obtenida y el artículo 235 se refiere a la interceptación de comunicaciones debiendo destacarse que la orden de la fiscalía deberá fundamentarse por escrito, que las personas que la practican están obligadas a guardar la debida reserva y que tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero que podrá prorrogarse a juicio del fiscal cuando subsistan los motivos fundados que la originaron.

El párrafo adicionado al artículo 235 por el artículo 13 de la Ley 1908 de 2018, dispone que:

*“Los funcionarios de Policía Judicial deberán rendir informes parciales de los resultados de la interceptación de comunicaciones cuando dentro de las mismas se establezcan informaciones que ameriten una actuación inmediata para recolectar evidencia o elementos materiales probatorios e impedir la comisión de otra u otras conductas delictivas”*

Como quiera, que en esta diligencia se afecta el derecho a la intimidad, la ley exige que el fiscal comparezca ante el Juez de Control de Garantías para legalizar las actuaciones, cuando finalice la actividad investigativa. (párrafo, citado)

Estrechamente vinculada con la interceptación de comunicaciones y con el registro de la correspondencia que por ellas circulan, está la llamada búsqueda selectiva en base de datos computarizadas, a las que se refiere el artículo 14 de la Ley 906 de 2004, que exige orden escrita de la Fiscalía General de la Nación o de su delegado, para la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso.

Al respecto es preciso manifestar que si se va a revisar el computador de una persona, en busca de elementos que interesen a la investigación, como norma general, basta la orden escrita del respectivo fiscal, dirigida a la policía judicial. Pero si se trata de bases de datos donde

constan los atinentes a varias personas y que fueron recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, no es suficiente la orden escrita del fiscal y su posterior legalización, dentro de las 24 horas siguientes, ante el Juez de Control de Garantías, sino que al estar involucrado el derecho a la intimidad de una generalidad de personas, es menester la autorización previa del Juez de Control de Garantías. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se revisan las celdillas de las centrales telefónicas, con el fin de establecer si desde determinado sitio se realizó una específica llamada telefónica; o cuando se van a revisar las bases de datos de una universidad a efecto de buscar los datos de determinado estudiante, sospechoso de haber intervenido en la comisión de un delito; o cuando se inspeccionan las bases de datos de las centrales de riesgo.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional, al decidir sobre la exequibilidad del artículo 14, citado, lo siguiente: “...*se requiere de orden judicial previa cuando se trata de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello*” (Sentencia C-336, 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño).

En lo concerniente a la utilización por parte de los organismos investigativos del Estado de **agentes encubiertos y de su infiltración en organizaciones criminales**, el actual estatuto procesal (Ley 906 de 2004), lo reglamenta en tres artículos 241, 242 y 242 B.

Es este un tema que ha sido objeto de muchas discusiones doctrinarias y de la atención de organismos internacionales, pues conlleva una grave y contundente intromisión en la intimidad de las personas, hasta el punto que aunque, en principio, basta para su realización la previa orden escrita del fiscal, el que, desde luego, debe basarse en motivos razonablemente fundados (artículo 242, ibídem), la Corte Constitucional consideró que cuando las operaciones encubiertas

impliquen el ingreso del agente encubierto a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado, se requiere la **previa autorización del Juez de Control de Garantías** y debiéndose someter la operación, de todos modos, al control posterior por parte de la citada autoridad judicial. (Sentencia C-156 de 2016, MP María Victoria Calle Mejía; y sentencia del 14 de diciembre de 2009, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, Proceso 27941).

Es tan grave la intromisión estatal en la intimidad de las personas y tan evidente la colisión entre el derecho individual y la necesidad del Estado de actuar para proteger la seguridad ciudadana y hacer justicia que, incluso, el agente puede dormir en el propio lecho del sospechoso investigado y delinquir impunemente, en coparticipación con él, todo en aras de desvertebrar una organización criminal o de descubrir a un delincuente. (Artículo 242 A, modificado por artículo 36 de la Ley 1474 de 2011).

Se mencionan casos, al respecto, de discutible licitud jurídica y ética en que el agente encubierto determina al sospechoso a cometer un delito, por ejemplo, tráfico de narcóticos, con el ánimo de descubrirlo y judicializarlo, a través de la figura llamada delito provocado o experimental.

Un profesor de la universidad Nacional, en su tesis de maestría, critica severamente esta figura, afirmando que este instrumento no solo es un medio de prevención sino de discutible represión penal. (Escalarte Barreto Caviedes Estanislao, “El Agente Encubierto como Instrumento de Política Criminal y Represión Penal. Negación de los Fundamentos del Proceso Penal Acusatorio”. Tesis de Maestría en Derecho. Universidad Nacional. 2010. Mimeógrafo).

No se puede negar que la sofisticación, la técnica y el poder de las organizaciones criminales ha llegado a un grado tal de perfección, que ha obligado al Estado a tomar medidas

adecuadas para combatir las, desvertebrarlas y judicializar a sus miembros, entre ellas la de infiltrarlas y permitirles a sus agentes que delincan impunemente con ellos, reiteramos, lo que puede ser éticamente discutible. Sin embargo, no podemos negar que a nivel internacional, en defensa de la seguridad exterior de los Estados, a través del espionaje, y a nivel nacional, han sido muy útiles y necesarias, como lo pudo observar el país cuando a través de un agente de apellido Palomari, logró infiltrar y destruir al, tal vez, el más poderoso cartel de drogas del mundo, como lo fue el de Cali, con toda la cadena de corrupción judicial y de la clase política.

Es este un tema muy complejo cuyo desarrollo integral podría, fácilmente, dar lugar a una tesis doctoral.

## **Capítulo IV**

### **Aducción al Proceso de los Elementos Probatorios Recaudados por la Policía Judicial**

Los elementos materiales probatorios, evidencias físicas (EMP/EF), e informaciones recogidas por la policía judicial deben ser entregados, mediante informe detallado, al respectivo fiscal para que éste proceda a su legalización, dentro de las 24 horas siguientes, en audiencia, ante el Juez de Control de Garantías.

Tales elementos quedarán bajo la custodia de la Fiscalía, para que en la debida oportunidad procesal los de a conocer a la defensa y a los demás sujetos procesales.

Dentro del trámite del Proceso Penal, reglamentado en la Ley 906 de 2004, según resumen efectuado en párrafos anteriores, el fiscal, cumplido los requisitos legales, debe presentar escrito de acusación ante el Juez con Funciones de Conocimiento, o Juez del Juicio, el que cita a la **Audiencia de Formulación de Acusación**, en la cual el fiscal **descubre a la defensa y demás**

**sujetos procesales** los elementos materiales recogidos y las informaciones obtenidas (Art. 337, ibidem).

Importa destacar que el policía judicial que recogió y embaló los elementos materiales probatorios/evidencia física (EMP/EF), y el perito técnico que los analizó y confrontó, no son testigos de los hechos, sino que tienen la categoría de testigos de acreditación y, como tales, deben comparecer a la **Audiencia de Juicio Oral y Público**.

Se llaman así porque lo que deben manifestar ante el Juez y los sujetos procesales, en la audiencia de Juicio Oral y Público, no es que presenciaron los hechos, sino que les constan ciertas circunstancias de las que se infiere no solo la ocurrencia del delito sino su autoría por determinada persona. Además, a través de tales testigos se introducirán al proceso las respectivas evidencias, objetos o documentos e informes técnicos, si fuera el caso.

Entre los trámites de dicha audiencia, relacionados con la prueba, están el de que las partes manifiesten sus observaciones al procedimiento del descubrimiento probatorio y, de manera especial si fue completo (Art. 356, ibidem).

En esta audiencia la defensa debe descubrirle a la Fiscalía y a los demás sujetos procesales, sus elementos materiales probatorios y evidencia física (numeral 2 del artículo 356 citado), por ella recolectados.

Es obvio que, en aras de la igualdad de armas, si la defensa tuvo la oportunidad de conocer los elementos probatorios en poder de la Fiscalía, esta también tiene el derecho de conocer, oportunamente, los conseguidos por la defensa, para luego poder controvertirlos.

En esta audiencia la Fiscalía y la defensa solicitaran las pruebas cuya práctica requieran se realice en la audiencia de Juicio Oral y Público, para probar sus pretensiones.

Las pruebas decretadas serán practicadas en la audiencia de **Juicio Oral y Público**, reglamentado en los artículos 366 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Con respecto a los policías judiciales que recolectaron y custodiaron los elementos materiales probatorios y los peritos que realizaron los pertinentes estudios y valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos especializados, en la audiencia preparatoria deberán ser solicitados como testigos de acreditación y los informes por ellos elaborados deben ser descubiertos a la contraparte, en las oportunidades señaladas en párrafos anteriores.

Es necesario que el policía judicial tenga en cuenta que cuando es designado como perito, por tratarse de un servidor público, el cargo es de forzosa aceptación y ejercicio y que debe declararse impedido y puede ser recusado, por las mismas causales establecidas para los jueces y fiscales, como por ejemplo, tener interés en la actuación procesal o tenerlo algún pariente suyo dentro del 4 grado de consanguinidad o civil, o 2 de afinidad; o que el funcionario judicial o algunas de las partes sea su amigo íntimo o su deudor o su acreedor, etc, etc. (Artículo 56 de la Ley 906 de 2004).

El policía judicial comparecerá como testigo de acreditación y a través de él se introducirán al juicio los conceptos elaborados.

Como ya se expresó, en la debida oportunidad se debe descubrir a la contraparte no solo el contenido de esos informes, sino que se debe acreditar su idoneidad, mediante la respectiva documentación, que debe ser descubierta también oportunamente (Artículo 413, ibidem).

Los policías judiciales que hayan actuado como peritos deberán ser citados a la audiencia con el fin de ser interrogados y contrainterrogados.

El interrogatorio y el contrainterrogatorio versarán sobre el contenido mismo del informe pericial el que debe ser técnicamente elaborado y contener la base del concepto solicitado por quien pidió la prueba.

Si el perito no comparece al juicio a declarar de manera oral, el informe que haya elaborado no puede ser considerado por el juez, pues se entiende que dicho concepto no cumplió con los requisitos de oralidad, publicidad y contradicción y, por lo mismo, no puede ser tenido como prueba (artículo 415 ibidem).

El artículo 417, ibidem, establece los aspectos sobre los cuales deberá ser interrogado el perito, tales como los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto, así como, sobre el uso de los instrumentos o medios utilizados; los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación; sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso; sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnica de orientación, de probabilidad o de certeza y sobre la corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que también declaren en el mismo juicio, entre otros.

El perito deberá responder de forma clara y precisa las preguntas que le formulen, pudiendo consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar sus respuestas.

El Código de Procedimiento Penal trae otras normas que se deben cumplir con relación al interrogatorio y contrainterrogatorio que se haga al perito, que reiteramos, comparece como testigo de acreditación, que no es del caso exponer y analizar, pero que de todos modos, deben ser tenidas en cuenta por quienes comparecen al juicio en calidad de peritos, para evitar que

puedan ser sorprendidos y que puedan incurrir en contradicciones que le resten credibilidad a sus conceptos y conclusiones periciales.

Terminados los alegatos, el juez dirá si el sentido del fallo es absolutorio o es condenatorio. (Artículos 446 y 447 ibidem).

La **Audiencia de Lectura de Fallo** se realizará dentro del término máximo de diez (10) días, pues la sentencia, por disposición legal, es escrita y debidamente motivada. En ella deberá expresar las razones por las cuales valora o considera como creíbles determinadas pruebas y como otras no le merecen credibilidad. En lo que se llama la valoración de la prueba, por parte del juez.

En síntesis, de acuerdo con lo expuesto, en el proceso probatorio se distinguen varios momentos: aquél en que el elemento de convicción es recogido por la policía judicial; aquél en que es descubierto por la Fiscalía a la defensa; aquél en que la defensa le descubre sus elementos probatorios a la Fiscalía; aquél en que la prueba es solicitada por las partes y decretada por el juez; aquél en que es practicada, momento en el cual el policía judicial debe comparecer como testigo de acreditación y a través de él se incorporarán a la actuación los elementos materiales recaudados; y aquél en que es valorada por el juez.

## Conclusiones

A lo largo de la monografía se puede observar, al tenor del devenir histórico, que en el mundo se han utilizado distintos modelos de procesamiento, pero que todos han girado, como es obvio, alrededor de un punto central: cómo demostrar que el hecho delictuoso existió y cómo arribar a la conclusión de si una persona acusada de haberlo realizado es inocente o culpable.

El nuevo modelo acusatorio, consagrado en la Ley 906 de 2004, ostenta una gran complejidad y sofisticado tecnicismo en el recaudo y práctica de la prueba, labor en que la policía judicial cumple función esencialísima, puesto que sin su activa y legal participación, sería imposible llegar a la verdad y sancionar al responsable.

Si la policía judicial falla, el proceso penal se derrumba. De ahí que en esta monografía se intente dar algunas luces sobre las labores que debe y puede cumplir en la actuación, cuáles formalidades debe observar y cómo allegar al proceso los elementos recolectados.

Esperamos que este trabajo sea de utilidad para quienes ejercen tan importante misión, con el mensaje que sean muy escrupulosos en la recolección del material probatorio, en aras, de una pronta y eficaz justicia.

## Bibliografía

- Caicedo J, (2012) José Hilario, Manual del Proceso Penal Acusatorio. Universidad Libre – Primera edición.
- Carrara F, (s.f), “Programa del Curso Derecho Criminal Dictado en la Real Universidad de Pisa, Parte General, volumen II, pp. 209 y ss”
- Córdoba J, (2021), “Procesos Penales y Sistema Acusatorio”, Conferencias dictadas en el curso de especialización de la Universidad Libre, tomada de la grabación.
- Córdoba J, (2003), “El Sistema Acusatorio Frente al Acto Legislativo No. 03 de 2002”. Revista de la Procuraduría General de la Nación. Estudios Procesales. No. 1. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia., (2017), Sistema Penal Acusatorio. Jurisprudencias recopiladas por Fernández Carlier Eugenio, tomos I y II. Bogotá, ediciones Nueva Jurídica.
- El Sistema Penal Acusatorio en el Contexto Colombiano, autores varios profesores de la Universidad Libre, Facultad de Derecho, impreso por Alvi Impresores Ltda, octubre de 2009, Bogotá.
- Fernández W, (2009), Sistemas Penales de Juzgamiento”, ediciones Librería del Profesional, primera edición, Bogotá.
- González & Arroyo, (1988), Los Diversos Sistemas Procesales - Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Departamento de Capacitación. Unidad Modular IV, pp 9 y ss. San José, Costa Rica.
- Escalante E, (2010), “El Agente Encubierto Como Instrumento de Política Criminal de Prevención y Represión Penal” – Universidad Nacional. Tesis de Maestría, Bogotá. Mimeógrafo.

Fandiño & Barón, (s.f), Universidad Libre Facultad de Derecho Instituto de Postgrados de Derecho. Maestría en Derecho Penal. “Frente al Modelo Adversarial se Partes, ¿implementado con la ley 906 de 2004?”. Tomado Página pública internet: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7554/FandinoSilvaConstanza2014.pdf?sequence=1>

Fiscalía General de la Nación – “Manual de Cadena de Custodia” – pp. 10. Internet: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/MANUAL-DEL-SISTEMA-DE-CADENA-DE-CUSTODIA.pdf>

Ramírez F, (2007), “Las audiencias en el sistema Penal Acusatorio”. Editorial Leyer, Bogotá, 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional No. C-806/2009 - M.P Maria Victoria Calle Correa

Sentencia de la Corte Constitucional No. C-789/06 - M.P Nilsón Pinilla Pinilla

Sentencia de la Corte Constitucional No. C-336/07 - M.P Jaime Córdoba Triviño

Sentencia de la Corte Constitucional No. C-822/05 - M.P Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia de la Corte Constitucional No. C-156/16 - M.P Maria Victoria Calle Correa

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Proceso 27941 – Acta de Aprobación No. 388 del 14 de diciembre de 2009.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Rad. 30598, SP 12229/2016 del 19 de febrero de 2009. MP. Patricia Salazar Cuellar.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Rad. 43916, SP 12229/2016 del 31 agosto de 2016. MP. Patricia Salazar Cuellar

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Rad. 44683, SP 13709/2014 del 01 junio de 2017. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Rad. 107907, Acta 30, STP 16001-2019 del 19 de diciembre de 2019. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Rad. 109090, Acta 43, STP 19391-2019 del 25 de febrero de 2020. MP. Eugenio Fernández Cavalier

Toro O, & Cajicá E, (2013), Códigos de Procedimiento Penal. Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004. Compilado. Ediciones Nueva Jurídica. Décima edición. Bogotá.