

REPÚBLICA DE COLOMBIA

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

Facultad de Jurisprudencia

*Las actuaciones de Policía Judicial y la responsabilidad Patrimonial del
Estado.*

Carlos Andrés Huérfano Flórez

Director:

Dr. Fernando Alberto García Forero.

BOGOTÁ D.C 2014.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	4
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO 1	9
ESTUDIO DE LA LEY ESTATUARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA INICIATIVA QUE CULMINÓ CON LA LEAJ.....	9
1.1 DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	12
1.2.- ERROR JURISDICCIONAL.....	14
[1.2.1] COMETIDO POR UNA AUTORIDAD INVESTIDA DE FACULTAD JURISDICCIONAL.....	15
[1.2.2] EN SU CARÁCTER DE TAL	17
[1.2.3] MATERIALIZADO A TRAVÉS DE UNA PROVIDENCIA CONTRARIA A LA LEY.....	18
1.3.-PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....	21
CAPÍTULO 2	28
SISTEMA ACUSATORIO Y DEBERES DE LAS PERSONAS FRENTE A LAS POTESTADES DE LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES	28
2.1.- LA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.....	29
2.2.- LA TENTATIVA DE CRISTALIZAR EL SISTEMA ACUSATORIO	31
CAPÍTULO 3	47
LA FISCALÍA EN COLOMBIA Y LAS ATRIBUCIONES ESPECIALES DEL FISCAL	47
3.1 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	47
3.2.-POLÍCIA JUDICIAL.....	50
3.3.- ACTUACIONES QUE NO REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN.....	56
3.4.-ACTUACIONES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN	102
CAPÍTULO 4.....	111
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL EJERCICIO DE FACULTADES DE POLICÍA JUDICIAL.....	111
4.1.-SE DERIVA TAL RESPONSABILIDAD DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y NO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, TAMBIÉN INHERENTE A LA FGN.....	111
4.2.- PROBLEMA DE CAUSALIDAD JURÍDICA Y CAUSALIDAD MATERIAL EN LA DETERMINACIÓN DEL CAUSANTE DE LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS.....	115

4.4.- NECESIDAD DE UNA NORMATIVA QUE IMPLEMENTE LA REPARACIÓN EXPEDITA POR VÍA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA	123
CAPÍTULO 5	126
EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS.....	126
1. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y SIMILARES.....	128
2. DAÑOS POR LA INTERCEPTACIÓN ILEGAL DE COMUNICACIONES.....	141
CONCLUSIONES.....	147
REFERENCIAS.....	152
ANEXO 1	159
ANEXO 2	160
ANEXO 3.....	164

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

<i>Art.</i>	: <i>Artículo.</i>
<i>C. de PP.</i>	: <i>Código de Procedimiento Penal.</i>
<i>C.P.</i>	: <i>Código Penal.</i>
<i>Cap.</i>	: <i>Capítulo.</i>
<i>Cfr.</i>	: <i>Confróntese.</i>
<i>Cit.</i>	: <i>Citado.</i>
<i>Conc.</i>	: <i>Concordancia.</i>
<i>Const. Pol.</i>	: <i>Constitución Política.</i>
<i>Decr.</i>	: <i>Decreto.</i>
<i>Ed.</i>	: <i>Edición.</i>
<i>Edit.</i>	: <i>Editorial.</i>
<i>EMP</i>	: <i>Elementos Materiales Probatorios.</i>
<i>FGN.</i>	: <i>Fiscalía General de la Nación.</i>
<i>Icps.</i>	: <i>Centro Internacional para Estudios</i>
<i>Inc.</i>	: <i>Inciso.</i>
<i>LEAJ</i>	: <i>Ley Estatutaria de Administración de Justicia.</i>
<i>No.</i>	: <i>Número.</i>
<i>Núm.</i>	: <i>Numeral.</i>
<i>Ob.cit.</i>	: <i>Obra citada.</i>

Ord. : *Ordinal.*
P. : *Página.*
P.ej. : *Por ejemplo.*
Parg. : *Parágrafo.*
Sent. : *Sentencia.*
Ss. : *Siguiente.*
T. : *Tomo.*
Tít. : *Título.*
Trad. : *Traducción.*
Vid. : *Véase.*
Vol. : *Volumen*

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de este trabajo de grado es determinar en qué casos la realización de actuaciones de policía judicial, realizadas directamente o previamente ordenadas por la Fiscalía General de la Nación, en adelante FGN, sometidas a control posterior por parte del juez de control de garantías, pueden comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, con posterioridad a la implementación del sistema acusatorio.

En ese orden de ideas, en el *Capítulo Primero* es de vital importancia el análisis a partir de la evolución legislativa de la iniciativa que culminó con la ley Estatutaria de Administración de Justicia, en adelante LEAJ, en donde se abordan los títulos jurídicos de imputación fijados en el Título III de la L.270/1996, a saber, Error Jurisdiccional, Privación Injusta de la Libertad y Funcionamiento Defectuoso de la rama judicial en actuaciones diferentes a las providencias judiciales, deteniéndonos en el concepto que han adoptado los cultores del derecho y en particular el legislador.

En el *Capítulo Segundo*, se abordará la reestructuración del sistema penal colombiano, donde convergen dos proyectos transformadores. De una parte el neoliberal y de otra el neo constitucionalista.

Seguidamente, en el *Capítulo tercero* es necesario precisar la estructura de la Fiscalía General de la Nación y las labores de policía judicial, en la indagación e investigación de los delitos, en donde se encuentran catalogadas las actuaciones que no requieren autorización para su revisión, consignadas en el Capítulo II, del Título primero, del Libro II, más exactamente del Art. 213 al Art. 245, y de otro, las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, previstas en el Capítulo III, del Título primero del Libro II, Art. 246 al 250, del Código Penal, en adelante C.P. Lo cual determina el contexto en el cual se desarrolla el presente trabajo para efectos de comprender el objetivo y fin propuestos, con base en la identificación del problema jurídico.

En ese sentido, para efectos de este estudio cifraremos nuestra atención en el primer grupo de actuaciones, es decir, aquellas que *no requieren autorización judicial previa para su realización*, en tanto que allí, es donde se encuentran reseñadas las actuaciones objeto de estudio, aquellas que tienen el carácter de reservadas.

Ulteriormente, en el *Capítulo Cuarto* se aborda el Acto Legislativo 003 de 2002 en donde se estudian los motivos que llevaron al constituyente derivado a otorgar funciones jurisdiccionales a la FGN, en el contexto de un sistema de investigación y juzgamiento de tendencia acusatoria. Seguidamente acometemos a la disertación de sí el ejercicio de las facultades de policía judicial, obedece a una responsabilidad de la función jurisdiccional o de la función administrativa inherente también a la FGN, el problema de la causalidad

jurídica y causalidad material en la determinación del causante de los daños antijurídicos, propugnando por una normativa que implemente la reparación de forma expedita.

Finalmente, en el *Capítulo Quinto* me permito dedicar un especial comentario a la violación del derecho a la intimidad, mediante las interceptaciones ilegales, el cual hace parte del primer grupo de actuaciones, es decir, las que no requieren autorización judicial previa para su realización, con propósito de ahondar en una de las actuaciones que genera mayor controversia y de connotación actual.

Lo anterior, sin desbordar el objeto de investigación y con el fin de avizorar porque el juez es el único en el cual debería residir la facultad de administrar justicia, resultando sorprendente el actuar del legislador al exceptuar las actuaciones en comento de la regla general en materia de actividades de policía judicial, que implican la afectación de derechos y garantías fundamentales, que específicamente sólo deberían ser realizadas con autorización previa proferida por el juez de control de garantías.

CAPÍTULO 1

ESTUDIO DE LA LEY ESTATUARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA INICIATIVA QUE CULMINÓ CON LA LEAJ

La justicia como destino normal del derecho, valor superior de nuestra Constitución Política Nacional, en adelante C.N. y llamada a garantizar la efectividad de los Derechos Fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser prestada con la más absoluta eficiencia y dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad del Estado y de quienes están encargados de ejercerla (Ley 270 , 1996).

Esta responsabilidad, consecuencia de la falibilidad propia de la naturaleza humana, el exceso de trabajo, la escasez de recursos materiales y humanos, la corrupción, entre otras, no es excusable por alguna de estas causales debido a la importancia de esta labor, y admitir una tesis contraria implicaría, destruir la confianza social en la justicia, legitimar el uso de la justicia privada y retornar a su clásica formulación *The King can do no wrong* –El rey no se puede equivocar-, *le roi ne peut mal faire* –El rey no puede dañar– o *quod regis placuit legis est* –La ley es lo que el rey quiera- que imperó hasta principios del siglo XX, en países como Estados Unidos, Francia, España y Argentina (Gherzi, 2003).

Especialmente en nuestro ordenamiento jurídico existen tres títulos de imputación de responsabilidad del Estado-Juez, a saber: Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia, Error Judicial, Privación Injusta de la Libertad, y la distinción entre uno y otro, se ha tornado diversa, razón por la cual deseo ahondar en este tema y especialmente, en la responsabilidad patrimonial del Estado por las acciones u omisiones de los agentes judiciales.

Empecemos por advertir que el Capítulo VI del Título III de la L. 270/ 96 (LEAJ), bajo el epígrafe de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, en su Art. 65 señala que: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

Reglón seguido, puntualiza en los términos del inciso anterior el Estado responderá **[1] por el Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia, [2] por el Error Jurisdiccional, y [3] por la Privación Injusta de a la Libertad.**

A su turno, el Art.66 del mismo compendio, se ocupa del Error Jurisdiccional, indicando que: Es aquel **cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.**

De manera subsiguiente, el Art.67 de la obra en cita, refiriéndose al Error Judicial indica que aquel se sujetará a los siguientes presupuestos, [2.1] **El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley y en los eventos previstos en el Art. 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial, y [2.2] La providencia contentiva del error deberá estar en firme.**

A continuación el Art.68 del mismo compendio, concerniente a la Privación Injusta de la Libertad anota que: **Quién haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.**

Ulteriormente, el Art.69 de la compilación pluricitado, en punto del Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia acota: **Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.**

1.1 DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El poder judicial según Ghersi (2003) “desarrolla un doble tipo de función: la judicial o jurisdiccional, y la administrativa, similar en esencia a la que realiza el poder ejecutivo, que se configura al nombrar, sancionar o remover a sus dependientes, al comprar insumos, al contratar, etcétera” (p.74). En general todas las actuaciones materiales (no jurisdiccionales) desarrolladas por los funcionarios judiciales y aún de los auxiliares de la justicia, que no versan sobre la interpretación, valoración, subsunción, ponderación y aplicación de una norma jurídica.

Por otra parte, la función judicial o jurisdiccional versa sobre la interpretación y valoración de los hechos y las pruebas; la subsunción y ponderación, de las normas y principios respectivamente; y su decisión posterior, expedida por esta entidad investida de la facultad de administrar justicia, en ejercicio de sus funciones y mediante una sentencia, auto u orden. Adicionalmente, esta función también abarca el conjunto de actos necesarios para desarrollar el proceso judicial, desde su conocimiento, hasta su posterior finalización mediante el dictamen de la decisión judicial.

Ésta doble actividad permite distinguir entre la responsabilidad *in iudicando e in procedendo*, siendo la primera aplicable al *error judicial* y la segunda al *funcionamiento irregular del servicio de justicia* (Ghersi, 2003). El primero de estos será tratado en el

acápites siguientes, y ahondaremos en el funcionamiento irregular del servicio de justicia o Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia.

La función jurisdiccional no se limita en el sólo hecho de juzgar, para arribar a una decisión es necesario un conjunto de acciones materiales (*in procedendo*) dentro del proceso, y se diferencian de las jurisdiccionales (*in iudicando*) en que no interpretan, valoran, subsumen, ponderan y consecuentemente, no dictan una sentencia, resuelven un incidente o expiden una orden. Éstas constituyen el conjunto de actividades adicionales realizadas dentro del proceso, tales como las notificaciones, manejo de pruebas y demás; y aún más lejanas a las actuaciones *in iudicando* se encuentran las irregularidades administrativas presentes en los procesos judiciales, cuyo ejemplo más claro es la morosidad o retardo de los mismos.

De esta manera, se establece que el Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia se da frente a las fallas presentes en las acciones materiales del proceso y las irregularidades de tipo administrativo, no obstante la tipificación normativa del Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia como tipo de imputación residual de la responsabilidad del Estado, como lo establece la LEAJ en su Art. 69.

Fuera de los casos previstos en los Arts. 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la

consiguiente reparación, abarcando de esta manera los casos no previstos por el Error Judicial y la Privación Injusta de la Libertad. No sobra aclarar que el género es la falla en la prestación del servicio de la administración de justicia, las fallas en la actividad jurisdiccional, y como lo señala la L. 270 art.65 y ss. las especies son las tres señaladas. En concreto el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se da por el actuar material o como se dice por el actuar “administrativo” de los empleados judiciales y el error judicial se presenta por la actuación de los funcionarios judiciales al dictar sus providencias judiciales es decir, cuando está de por medio su actuar con jurisdicción.

Claro está en términos no técnicos, se podría decir que todo es defectuoso funcionamiento de la administración de justicia pero en términos de la L.270, y según la doctrina dominante este defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es una de las especies.

1.2.- ERROR JURISDICCIONAL.

Así las cosas, empecemos por desglosar el texto del Art.66 (LEAJ), referente a los presupuestos del Error Judicial, para verificar su observancia o no en el caso objeto de estudio.

Advirtió el legislador de 1.996 al momento de caracterizar *El Error Jurisdiccional* era aquel [1.1] *cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional*, [1.2] *en su carácter de tal*, [c] *en el curso de un proceso*, y por último, [d] *materializado a través de una providencia contraria a la ley*.

[1.2.1] COMETIDO POR UNA AUTORIDAD INVESTIDA DE FACULTAD JURISDICCIONAL

Al respecto, debe indicarse que en el año de 2.002 en el Gobierno de Álvaro Uribe, la Agencia de los Estados para el Desarrollo Internacional, en adelante USAID, La Corporación Excelencia para la Justicia y un grupo prominente de abogados penalistas dentro de los cuales podemos mencionar a Jaime Granados, encabezaron el proyecto transformador neoliberal que cristalizó en gran parte el sistema penal mixto que actualmente funciona en nuestro país, como una respuesta a la alarmante realidad de la criminalidad, insuficiencia de las instituciones para dar respuesta a la realidad social, la “guerra global contra el terrorismo”, iniciada por Estados Unidos después de los ataques del 11 de septiembre de 2001 y la necesidad de garantizar el orden público, como precondition para el funcionamiento adecuado de los mercados (Rodríguez, 2009).

Iniciativa que culminó con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2.002, por medio del cual se modificó el texto de los Arts.116, 250 y 251 de la C.N. de 1.991. En éste punto,

para un mejor entendimiento y deseen ahondar al respecto resulta interesante el análisis de la evolución legislativa que realiza la Corporación Excelencia para la justicia, quienes profundizan en esta reforma constitucional de la Justicia Penal y abordan las actas de la comisión preparatoria y documentos de trámite legislativo, en su tomo primero, edición 2002.

En este orden de ideas, el Art.116 de la C.N. de 1.991, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2.002, Art.1, bajo el epígrafe *-La función jurisdiccional. Organismos que la ejercen. Arbitraje y conciliación-*, señala expresamente que la Fiscalía General de la Nación administra justicia, luego así desde la perspectiva constitucional se entiende satisfecho el presupuesto en mención, en el entendido que por expresa disposición constitucional la FGN ejerce Función Jurisdiccional.

Subsiguientemente, el Art.250 constitucional modificado por el Acto Legislativo 03 de 2.002, Art.2 rotulado *Funciones de la Fiscalía General de la Nación*, advierte que aquella está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio.

Inmediatamente enfatiza que en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá... [2]. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación

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 sólo efecto de determinar su validez].

A su vez, el *Parágrafo Segundo* del Art. 31 de la L. 906/04, atinente a los *Órganos de la Jurisdicción*, advierte que el Congreso de la República y *la Fiscalía General de la Nación ejercerán determinadas funciones judiciales.*

Acorde con lo anterior, el Art.114 de la misma obra, concerniente a las *Atribuciones de la Fiscalía General de la Nación*, dispone que aquella para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene la atribución de... [3] **ordenar** registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

[1.2.2] EN SU CARÁCTER DE TAL

Ahora bien, en cuanto atañe al segundo carácter del *Error Jurisdiccional*, es imperativo recordar que por mandato constitucional y legal corresponde a la FGN, realizar la

indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.

En desarrollo de este mandato, a la FGN por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en la L.906/04.

Lo anterior, como quiera que por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en el ejercicio dependen funcionalmente de la FGN y sus delegados.

[1.2.3] MATERIALIZADO A TRAVÉS DE UNA PROVIDENCIA CONTRARIA A LA LEY.

Avizorado lo anterior, surge un interrogante adicional, el cual reside en determinar la naturaleza jurídica de la “orden del fiscal”, en frente de la “autorización judicial” a cargo del juez de control de garantías, de cara a la afectación de Derechos Fundamentales, por lo que resulta imprescindible remitirnos al Art.161 de la L.906/04 , alusivo a las “Clases”

de Providencias Judiciales que advierte que las mismas son: en primer término – *Sentencias*-, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión, en segundo término – *Autos*-, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial, y finalmente –*Ordenes*-, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma, anotando que serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro.

Por último, el **parágrafo** de la norma en comento, bajo el siguiente tenor dispone: Las decisiones que en su competencia tome la FGN también se llamarán **órdenes** y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables.

Cabe anotar que la disposición citada alude al Art. 162 del mismo catálogo procesal, alusivo a los requisitos comunes que deberán cumplir las sentencias y los autos, a saber: [1] Mención de la autoridad judicial que los profiere, [2] Lugar, día y hora, [3] Identificación del número de radicación de la actuación, [4] Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral, [5] Decisión adoptada, [6] Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso y por último, [7] Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo.

No obstante lo anterior, es imperativo anotar que no resulta claro a que se refirió el legislador, cuando reseñó que las –Órdenes- de la Fiscalía General de la Nación debían cumplir con los requisitos de las Sentencias y los Autos en cuanto le fueran predicables, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, Art. 147 C.P.P., con mayor razón, en tratándose de actuaciones con carácter de reservadas Art.155 C. P. P.

Por lo antes expuesto, contrario a los doctrinantes como Carlos Jaramillo Delgado, que afirma que el error judicial sólo puede ser cometido por el juez al interpretar y decir el derecho en los casos concretos (Delgado, 2006). Entendemos que resulta posible que se comprometa la responsabilidad del Estado al amparo de un Error Jurisdiccional presente en una orden emitida por la FGN, como lo sería el caso de un registro y allanamiento realizado al amparo de una orden emitida por el fiscal competente que no cumple desde el punto de vista formal con las exigencias de ley Vgr. Indeterminación del lugar por registrar o allanar, Indeterminación del plazo para la realización de la diligencia.

También lo sería la expedición de una orden de Registro y allanamiento que adolezca de *inexistencia de motivos fundados, o de ausencia de respaldo probatorio*; de los anteriores excepción hecha de las situaciones de flagrancia y de las contenidas en el Art.230 C. P. P., y en desarrollo de la cual se causa daños, por ejemplo, al inmueble, a sus ocupantes o incluso una violación de la expectativa razonable de intimidad.

Por último, debemos indicar que si bien estas actuaciones de policía judicial, con carácter de reservadas, están sometidas a un examen de legalidad posterior por parte del Juez de Control de Garantías lo cierto es que, para ese momento ya los derechos o garantías en tensión se encontrarían irremediablemente conculcados, y la exclusión, o la invalidez de la diligencia, no vuelve las cosas al estado anterior, habida cuenta de su carácter ex - post y no ex - ante, como de manera muy respetuosa entendemos debería ser, con mayor razón, si se advierte la relevancia que acompaña a los Derechos Fundamentales afectados con las ordenes comentadas.

De esta forma, como bien lo señalan algunos autores el hecho de resarcir, indemnizar, compensar, es la confesión de la imposibilidad de reparar, es decir, de restablecer (Vilmer.J.B., 2009).

1.3.-PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se erige como uno de los principales aspectos sobre los que recae el análisis del derecho de los daños, ya que va más allá de la verificación de un daño antijurídico y su correspondiente imputación, ya

que converge el derecho constitucional y penal, para determinar el alcance de algunos derechos fundamentales (Botero, 2011).

Debido a los múltiples entendimientos que se tiene del concepto “Libertad”, esbozamos algunos en su sentido etimológico, el cual refleja un estado opuesto al cautiverio o a la esclavitud (Real academia de la lengua Española, 2009).

Sentido que resulta insubstancial frente a otros que la definen como la facultad que tiene el hombre de escoger su propia línea de comportamiento, sin ataduras exteriores o interiores; o en estricto sentido jurídico, corresponde al derecho de toda persona de obrar según su autodeterminación, de tal manera que no se afecten los derechos de los demás (Bermúdez, 2010).

Aunado a lo anterior, dentro del presente subtítulo entenderemos la libertad en su sentido individual, siendo aquella que tienen todos los ciudadanos de no verse privados de su libertad, sino en ciertos casos determinados por la ley (Bermúdez, 2010).

La privación injusta de esta libertad empezó a generar responsabilidad por parte del Estado desde mediados del siglo XIX, ya que anterior a éste se consideraba que el Estado no era responsable por los daños causados con ocasión de sus actividades (Rugnon, 2008). “Fue el derecho Alemán, el que se situó a la vanguardia de los ordenamientos (adelantándose incluso al derecho francés) al ser el primero en elaborar un conjunto

normativo en esta materia”. (Rincón L. E., 2003, Pág.187), y posteriormente en los demás ordenamientos jurídicos, bajo la influencia de normas de derecho internacional.

En nuestro país, igualmente hasta finales del siglo XIX la responsabilidad era nula, pero mediante la sentencia de 1896 de la C.S.J, se consagró la responsabilidad Estatal en los siguientes términos:

“Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que el Estado como persona jurídica no es susceptible de responsabilidad penal, si ésta obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes”. (Bermúdez, 2000, Pág. 50)

Posteriormente, la responsabilidad del Estado se fue desarrollando a través de tres grandes etapas: (i) La aplicación del derecho privado: En esta etapa se asimiló la responsabilidad estatal a la de los particulares y por esta razón el tratamiento jurídico que se le dio fue el consagrado en el código civil; (ii) la segunda, denominada de transición, que se caracterizó por la aplicación de la teoría de la culpa fallida o falla del servicio de manera parcial; y finalmente (iii) la tercera, desarrollada a partir de 1964, en la que se reconoció que los asuntos de responsabilidad de las personas de derecho público, tenía un régimen propio y por lo tanto se le atribuyó su conocimiento a la jurisdicción contencioso – administrativa (Bermúdez,2000).

Actualmente, el Art. 90 de la Constitución Política determina que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual significa que comprende tanto la acción como la omisión de las autoridades públicas.

En ese sentido, la LEAJ en su Art. 68 advierte que quién haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado por la reparación de perjuicios causados. No obstante, es de advertir que el texto de ésta, no establece en qué consiste el *carácter de tal*, siendo demasiado amplio, quedando al arbitrio de las partes y del juez su consideración.

Acorde con lo anterior, el Consejo de Estado inicialmente manifestó que el contenido de ésta, se determinaba al interpretar los eventos del artículo 414 del Decreto 2700/1999, el cual se encuentra derogado a saber, *[1.1] Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, [1.2] el sindicado no lo cometió, [1.3] o la conducta no constituía hecho punible*, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta, siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave (Ruiz, 2010).

En este punto, debo aclarar que estoy haciendo referencia al *ius puniendi* que ejerce el Estado y no a la *detención ilegal, ilícita o arbitraria especial, de los que tratan los artículos 174 y ss. del C.P.*, escenario en el cual el empleado público lo hace con abuso de su poder funcional, sin sujeción a las formalidades prescritas legislativamente, o cuando la norma jurídica no lo autoriza y mucho menos en el escenario de un particular, en el cual la conducta se adecuaría a la de un secuestro (Corte Suprema de Justicia, 1972). De esta forma, con ocasión de la L.600/00, se deroga el Decreto L. 2700/91, desapareciendo el Art. 414 del ordenamiento.

Ahora bien, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto la posibilidad de declarar la responsabilidad extracontractual de Estado cuando se impone una medida de aseguramiento, la cual no siempre es en un centro carcelario, a una persona vinculada a un proceso penal, han girado en torno a cuál debe ser la interpretación, contenido y alcance del Art. 90 de la C.N., no obstante existir una regulación específica en la L. 270 de 1996 [LEAJ], respecto la responsabilidad patrimonial por el actuar de sus funcionarios judiciales, ya que el Art. 90 de la C.N. define el alcance del derecho de daños en circunstancias, pero no delimita el límite de los supuestos en que es imputable el daño, y si deviene por título objetivo o subjetivo de responsabilidad (Botero, 2011).

Aunado a lo anterior es de anotar, algunos doctrinantes no comparten el criterio del legislador quien hace una distinción entre medidas de aseguramiento que privan de la

libertad y otras que no lo hacen, ya que todas de manera íntegra suponen una limitación a la libertad.

En efecto, respecto de las medidas de aseguramiento la L.906/ 04, establece:

A. Privativas de la libertad.

1. Detención privativa en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

B. No privativas de la libertad.

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no afecte el derecho a la defensa.

8. La prestación de una caución real, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria (*L.906/04, - Art. 307- C.P.P*)

Actualmente, puede decirse que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se configura de acuerdo con la jurisprudencia, al reunirse los siguientes presupuestos: (1) Que una persona sea detenida preventivamente por decisión de autoridad; (2) Que sea exonerado mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente; (3) Que la decisión absolutoria se haya fundado en que el hecho no existió, en que el sindicado no lo cometió o en que el hecho que realizó no era punible; (4) Que el sindicado y los demás demandantes en el juicio de responsabilidad hayan padecido el daño; (6) Que el sindicado no haya determinado su detención con su conducta dolosa o gravemente culposa. (Ruiz, 2010, p. 295)

Adicionalmente, en el derecho comparado, tanto en España como en México, al igual que en Colombia, una sentencia absolutoria puede fundamentarse en la inexistencia del hecho (inexistencia objetiva), que el mismo no sea constitutivo de delito, la falta de participación del inculpado o procesado en el hecho (inexistencia subjetiva) y finalmente, semejante a lo dictado por el Consejo de Estado en el año 2006, por la insuficiencia de pruebas (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2006). En todos estos casos, puede acudirse ante la jurisdicción contenciosa a solicitar la indemnización correspondiente (Estrada, 2006).

Con todo, el reconocimiento de esta modalidad de responsabilidad me permite recalcar, no se limita simplemente a la detención intramuros, pues la garantía de la libertad no opera simplemente frente a la detención carcelaria.

CAPÍTULO 2

SISTEMA ACUSATORIO Y DEBERES DE LAS PERSONAS FRENTE A LAS POTESTADES DE LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES

2.1.- LA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Al referirnos al actual sistema penal colombiano, denominado por algunos un sistema mixto o inquisitivo con tendencia acusatoria, hacemos referencia al resultado de los enfrentamientos entre dos proyectos transformadores. De una parte, el neoliberal en procura del fortalecimiento de las libertades económicas, apertura de la mayoría de los sectores de la economía dados a la inversión privada, flujos de capital, la privatización de las empresas estatales, la independencia del banco central y orden público, entre otros componentes fundamentales del consenso de Washington. Por otro lado, el neo constitucionalista que vela por la incorporación de una declaración generosa de derechos, mecanismos de control y garantías procesales.

La implementación de este sistema de justicia penal, inició con el proyecto neoliberal de reconstrucción presentado a la asamblea constituyente de 1991, basado en la promoción de un sistema acusatorio y oral de corte estadounidense, cimentado en la creación de una Fiscalía, la cual sería una institución especializada, perteneciente a la rama ejecutiva (Teoría gubernativa o regalista), que se limitaba a la investigación de los delitos y a la acusación ante el juez. El juez y no el fiscal, decidiría si el acusado debía ser liberado o mantenido en prisión durante la investigación. Este proyecto controvertido, por los juristas y activistas por la amenaza que representaba para la independencia judicial, la protección de las garantías procesales y los derechos de los ciudadanos (Garavito, 2009).

El resultado de estos debates, es la implementación de un sistema judicial que introdujo la figura de la Fiscalía General de la Nación, como una vigorosa institución perteneciente a la rama judicial (Teoría judicialista), encargada principalmente de la investigación y dotada con funciones judiciales, como decidir sobre la libertad de las personas (León, 1996).

Esta institución con funciones judiciales, que no existía en la mayoría de los sistemas acusatorios generó un sin número de opiniones, entre ellas, la de Fernando Carrillo, uno de los consejeros presidenciales del gobierno Gaviria, quien afirmó “Hemos creado un monstruo”, refiriéndose a la implementación del híbrido peculiar que resulta ser la Fiscalía General de la Nación en nuestro país (Garavito, 2009).

Este híbrido, criticado por académicos, políticos e inclusive por sus creadores (los miembros de la Asamblea Constituyente de 1991), lo denominaron un “empate catastrófico”, resultado de las luchas y acuerdos de los dos proyectos reformistas anteriormente mencionados. Proyectos transformadores, que han determinado el curso de los sistemas judiciales en gran parte del globo, incluyendo a América Latina y especialmente al sistema penal Colombiano.

Posteriormente, un giro crítico de las élites Estadounidenses y gubernamentales Colombianas, encaminadas a una respuesta militarista frente a la violencia política del país derivado de la “guerra global contra el terrorismo” y la impopularidad del sistema de

justicia penal tanto entre neoliberales como entre constitucionalistas, debido a la falta de resultados, crisis constante y los alarmantes índices de impunidad, ofreció el espacio propicio para materializar la adopción de gran parte del sistema acusatorio de corte estadounidense en nuestro país, por medio de la reforma de las normas constitucionales sobre las funciones de la FGN mediante el acto legislativo 03 de 2002 y la aprobación de un nuevo código de procedimiento penal en 2004 (L. 906/04). Corolario de estas reformas, se eliminó la mayoría de los componentes híbridos de nuestro sistema judicial, suprimiendo en gran parte la mayoría de sus funciones judiciales de la FGN (Posada, 2001).

2.2.- LA TENTATIVA DE CRISTALIZAR EL SISTEMA ACUSATORIO

Con el propósito de restaurar “la ley y el orden” como precondition para el funcionamiento adecuado de los mercados, los reformadores neoliberales encabezados por la USAID, la corporación excelencia para la justicia y un grupo de penalistas prominentes promovieron la reforma de las normas constitucionales sobre las funciones de la FGN, los cuales se concentraban en los artículos 116, 250 y 251 de nuestra carta

magna y los cuales fueron modificados por el acto legislativo 03 de 2002, como resultado de la persistencia de los reformistas neoliberales, los cuales se vieron favorecidos por la alarmante realidad de la criminalidad, insuficiencia de las instituciones para dar respuesta a la realidad social, la “guerra global contra el terrorismo” iniciada por Estados Unidos después de los ataques del 11 de septiembre de 2001 (Garavito, 2009).

Éstas tres organizaciones, que encabezaron la reforma del sistema procesal penal Colombiano, jugaron diferentes roles dentro de este proceso de reforma. El Departamento de Justicia estadounidense y la USAID invirtieron aproximadamente 100 millones de dólares en la reconstrucción del sistema de justicia penal colombiano, la cual inicio con la Asamblea constituyente del 91, y se materializó en gran parte con la reforma de las normas constitucionales en el año 2002 y la expedición de un nuevo código de procedimiento penal en el 2004, proyecto al cual asignó casi 7 millones de dólares. Finalmente, brindó un apoyo logístico y financiero fundamental durante la preparación y la ejecución de la reforma, que contenía cursos de actualización profesional sobre la cultura del procedimiento oral para miles de fiscales y jueces (Garavito, 2009).

Por su parte, la Corporación excelencia en la justicia trabajó activamente en la elaboración de las bases ideológicas de la reforma, lideró un proyecto de sensibilización sobre la conveniencia de implantar estas reformas, habiendo organizado visitas académicas a Puerto Rico y Chile, desarrollo la redacción del proyecto de Acto Legislativo, y la presentación del mismo ante el Congreso, siendo éste último, el fruto de

un trabajo de varios meses a cargo de la Comisión Interinstitucional, liderada por el propio Fiscal General, en la que participó el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Ministro de Justicia y del Derecho, el presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el presidente de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, y representantes de las universidades (Corporación excelencia en la justicia, 2002).

Dentro de esta comisión, se dieron múltiples debates en torno al proyecto, de los cuales se destacó, el referente a las funciones jurisdiccionales de la FGN, postura liderada por el Fiscal General y el abogado Jaime Granados (Asesor externo de la Corporación Excelencia en la justicia y profesor de derecho procesal penal de la Universidad de los Andes), quienes resaltaban la importancia de mantener las actuaciones de registro, allanamiento, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones sin orden judicial previa, en función de la eficacia misma de la investigación, actuaciones que según estos, no se encuentran en contravía de los tratados internacionales suscritos por Colombia y los fallos de la Corte Constitucional, a contrario sensu, la abogada Dora Cifuentes (Procuradora delegada para la Policía Nacional) sostenía que la posibilidad de la autonomía de adelantar registro y allanamientos, podría ser inconstitucional, porque la Constitución establece que debe existir una orden judicial, para realizar estos allanamientos, entonces, siempre tendrá que haber autorización del juez de garantías (Corporación excelencia en la justicia, 2002).

Por último, un grupo de penalistas prominentes cuyas conexiones personales y profesionales, tanto con el gobierno como con los Tribunales, les permitieron tener puentes entre los reformadores que priorizaban la seguridad y los que resaltaban las garantías procesales, generando así, un consenso en torno al proyecto (Villamizar, 2008).

De esta forma, el resultado de estos múltiples esfuerzos fue la reforma constitucional de la justicia penal de nuestro país, que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, los cuales cambiaron en los siguientes aspectos respectivamente:

Texto original de la Constitución Política:

ARTÍCULO 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Texto modificado, por el Acto Legislativo 03 de 2002:

ARTICULO 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Modificación que introduce la condición de jurado en causas criminales, los cuales son un órgano de la jurisdicción penal investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en los términos que determine la ley, como lo reitera el Art. 31 del C.P.P (L. 906/04).

Esta facultad de los jurados en causas criminales de administrar justicia, fue uno de los argumentos escuetos de la demanda de inconstitucionalidad C-806/09, en la cual se demandó el Art. 445 de la L.906/04 solicitando:

Se declare inexecutable, el aparte que establece que quien anuncia el sentido del fallo es el juez, y no el jurado en las causas criminales, con lo cual resulta contrario a la Constitución Política y al Acto Legislativo 03 de 2002. Para el demandante, el mencionado acto legislativo, creó la institución del jurado en las causas criminales y modificó la función del juez de indicar o dar el sentido del fallo. (Sentencia C-806/09, 2009)

Solicitud en la cual, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, se pronunció en los siguientes términos:

En cuanto al aparte para anunciar el sentido de fallo del artículo 445 de la Ley 906 de 2004, el interviniente considera que es constitucional y acorde con la finalidad impuesta por el legislador al sistema penal colombiano, sin embargo, es de aclarar que si bien el Acto Legislativo 003 de 2002 consideró importante la creación de los jurados en las causas criminales, su no implementación, no crea ninguna incompatibilidad con la Constitución, pues finalmente quien toma la decisión y pronuncia el sentido del fallo es un tercero imparcial, descontaminado la prueba, con lo cual se garantizan los derechos del acusado y de los demás sujetos procesales. (Sentencia C-806/09, 2009)

Y a la cual la Corte Constitucional resolvió:

En cuanto a la expresión para anunciar el sentido del fallo, contenida en el artículo 445 de la Ley 906/04, el demandante considera que es contraria al Acto Legislativo 03 de 2002, porque le asignó al juez la función de anunciar el sentido del fallo y, según su comprensión, en el sistema penal acusatorio tal función sólo corresponde al jurado en las causas criminales. Sin embargo, ni del artículo 116 de la Carta, ni del texto de la norma acusada surge la interpretación que hace el demandante. Tampoco resulta claro en qué consiste el cuestionamiento constitucional. No existen, por lo tanto, razones ciertas ni suficientes que permitan un análisis del cargo planteado por el demandante y en esa medida el cargo es inepto. (Sentencia C-806/09, 2009)

De esta forma, no prospera la demanda de inconstitucionalidad respecto del Art. 445 de la L.906/04, y con esta la función de anunciar el sentido del fallo por el juez.

El segundo artículo, modificado por el acto legislativo 03 de 2002 fue el 250 de la Constitución Política, el cual consagraba:

ARTÍCULO 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y Tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de

la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.
2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.
3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.
5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación, está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

Texto modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002:

ARTICULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Modificación que traslada la facultad de la fiscalía de tomar las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, y es asignada por regla general a los jueces que ejerzan la función de control de garantías. Excepcionalmente esta función puede ser ejercida por la fiscalía como lo establece el mismo artículo. Adicionalmente, el inciso segundo establece la división del proceso en dos partes, la investigación y la acusación. Etapas propias del sistema acusatorio.

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.

Numeral que le otorgó tres nuevas facultades a la Fiscalía, que no requieren autorización previa por parte del juez y del cual se declaró inexecutable el apartado subrayado por los siguientes motivos:

(i) Modifica la identidad de la integridad del control de garantías cuestión de la esencia de la institución de acuerdo con la forma en que fuera estructurada la norma en la primera vuelta o periodo legislativo, (ii) la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a los que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos

materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procesales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control garantías conforme se advierte de lo que fue el trámite en primera vuelta. (iii) Y por último que las características del control jurisdiccional sobre las diligencias ordenadas por la Fiscalía General de la Nación en la etapa de instrucción en las que se comprometan derechos fundamentales de los individuos, permiten afirmar, además, que el aparte añadido introdujo un cambio que significó una restricción del concepto de control de garantías que, por no haberse discutido en debida forma, habrá de declararse inexecutable. (Sentencia C-1092/03, 2003)

Velando de esta manera por la integridad del control de garantías, en el cual no sólo se tiene en cuenta el cumplimiento de requisitos de carácter formal, sino además al respeto a las normas procesales y sustanciales.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

Numerales que establecen funciones de la fiscalía, que no se encontraban establecidas en el texto aprobado por la asamblea constituyente de 1991.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

Modificación que introdujo la obligación por parte de la FGN, a solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones, prescindiendo de la facultad jurisdiccional de la fiscalía de dar por terminada la investigación judicial y por lo tanto administrar justicia, siendo el juez, quien proferirá tan importante providencia basado en la prueba plenamente demostrativa de las causales de exoneración o ausencia de responsabilidad.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

Se introduce la función de la FGN de solicitar ante el juez las medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas, las encaminadas al restablecimiento del derecho y se propugnó por una reparación integral a los afectados del delito, a cambio de una indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. Promoviendo de esta manera

una reparación más amplia y completa, que no se fundamenta exclusivamente en un carácter económico.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

Con la incorporación de los jurados en causas criminales, surge la obligación por parte de la fiscalía de velar por la protección de los mismos. Adicionalmente, prevé la intervención de las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos

probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

PARÁGRAFO. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Siendo las funciones relacionadas directamente con la administración de justicia las siguientes:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

PARÁGRAFO 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

Por último, el acto legislativo modificó el artículo 251 de la Constitución Política citaba:

Texto original de la Constitución Política:

ARTÍCULO 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia.
3. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.
4. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
5. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Texto modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002:

ARTICULO 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vice fiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

Facultando expresamente mediante esta modificación, al Vice fiscal General de la Nación o sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia de investigar y acusar a altos servidores que gocen de fuero constitucional.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

Reforma que adicionó el numeral tercero, que estableció la función especial de asumir las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren y reitera la calidad preferente que posee la FGN, al momento de adelantar una investigación o indagación y de ejercer la acción penal.

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.
5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

CAPÍTULO 3

LA FISCALÍA EN COLOMBIA Y LAS ATRIBUCIONES ESPECIALES DEL FISCAL

3.1 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La FGN nace en el año de 1991, con ocasión de las disputas de dos proyectos reformadores -el neoliberal y el neo constitucional- dentro de la asamblea constituyente de 1991, entrando a operar a partir primero de julio de 1992.

Este cambio trajo consigo, una restructuración en el ordenamiento jurídico al incorporar elementos de un sistema acusatorio (L.906/04) y hablo de “elementos”, ya que

no estamos en presencia de un sistema puro de corte norte americano, el cual entró para reemplazar de manera progresiva el sistema inquisitivo que operaba en nuestro país (L.600/00). De forma tal, que la acusación, la defensa y el juzgamiento fuera ejercido por tres partes diferentes. Los cuales se encontraban en cabeza del juez, existiendo una predisposición respecto a cada caso que éste conocía, tendiente a demostrar lo que para él era la verdad.

Esta entidad [FGN] a diferencia de la institución del sistema acusatorio de corte norte americano, pertenece a la Rama Judicial del Poder Público (Teoría judicialista) y no a la Rama Ejecutiva, aunque comparte su función principal de investigar los delitos y acusar los presuntos infractores ante los jueces competentes. Se encuentra integrada por el Fiscal General de la Nación, el Vice fiscal, los fiscales y los funcionarios que él designe y estén previstos en el estatuto orgánico de la institución para esos efectos.

De igual forma, cuenta con el apoyo de las dependencias administrativas y de policía judicial, con plena autonomía administrativa y presupuestal, cuya función está orientada a brindar a los ciudadanos una cumplida y eficaz administración de justicia.

Dentro de las atribuciones que tiene la FGN, conforme al Capítulo I del Título IV, Art. 114 de la L.906 /04, para el cumplimiento de sus funciones pueden:

[1] Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito, [2] Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código, [3] Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, [4] Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción, [5] Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley, [6] Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar. La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura, [7] Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, [8] Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, [9] Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral, [10] Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar, [11] Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este código, [12] Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales

necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto, [13] Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código, [14] Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar, [15] Las demás que le asigne la ley.

Es de anotar que con ocasión de la L.1142/07, por la cual se reforman parcialmente las Leyes 906/04, 599/00, 600/00 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, se adiciona un párrafo en el cual, el Fiscal General de la Nación o el fiscal delegado, según el caso, podrá actuar con el apoyo de otro fiscal Delegado de cualquier categoría, tanto para la investigación, como para la intervención en las audiencias preliminares o de juicio. Esta misma facultad, podrá aplicarse en el ejercicio de la defensa.

3.2.-POLÍCIA JUDICIAL.

La institucionalización de la *policía judicial* en Colombia se dio en 1971, inicialmente se había concebido la conformación de un cuerpo único, pero debido a la multiplicidad de las materias que se deben investigar, la imposibilidad física en razón al territorio, la existencia de otros organismos de vigilancia especializados, hizo forzoso que existiera una *multiplicidad de cuerpos de policía judicial* (Ministerio de Justicia y del Derecho , 1993).

De esta forma, se debe tener en cuenta que las funciones de *policía judicial*, no sólo le corresponden a la ***Policía Nacional*** en los sitios en donde no hubiere *policía judicial*, sino que adicionalmente nuestra Constitución Política le atribuyó funciones de *policía judicial* a instituciones como la ***Procuraduría***, a la que le corresponderán violaciones manifiestas al orden jurídico y el enriquecimiento ilícito por parte de los empleados públicos; a la ***Contraloría***, que le corresponde la vigilancia del gasto público, al antiguo *Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-*, actual ***Agencia Nacional de Inteligencia***, cuya función primordial es velar por la protección del Estado; al ***cuerpo técnico de investigación –CTI-***, el cual es un grupo armado investigativo, que ayuda a la *fiscalía* a definir políticas y estrategias para la *policía judicial*, en temas de investigación criminal, servicios forenses, de genética y en la administración de la información técnica y judicial que sirva para investigaciones penales; las ***autoridades de tránsito***, para delitos que puedan darse en los accidentes de esta índole; ***las Superintendencias*** y demás organismos que tengan funciones de control, en sus respectivos campos; los ***alcaldes e inspectores de policía***, que cumplen sus funciones con relación a la delincuencia común. Incluso a ***los Directores Nacional y Regional del INPEC***, directores de establecimiento de reclusión y personal de custodia y vigilancia penitenciaria, conforme a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario, en el espacio penitenciario o carcelario respectivo en casos de flagrancia (Ministerio de Justicia y del Derecho , 1993).

Así mismo, se creó el *Cuerpo Técnico de Policía Judicial en la Fiscalía General de la Nación*, el cual tiene a su cargo, adelantar las investigaciones que considere el *fiscal* que revistan de especial connotación y aquellas en las que estén involucrados miembros de los cuerpos de policía judicial de los demás organismos (Ministerio de Justicia y del Derecho , 1993).

En este punto, resulta menester precisar el concepto mismo que se tiene de policía judicial:

Es aquella que cumplen algunos organismos del Estado para apoyar la investigación penal en el campo investigativo, técnico, científico y operativo, por iniciativa propia o por orden impartida por el fiscal de la investigación, para recaudar los EMP o EF que permitan determinar la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad de los autores o partícipes. (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2005, pág. 23)

De esta forma, tienen competencia para llevar a cabo las diligencias preliminares de forma oficiosa y además, deben colaborar con los jueces y los fiscales, cuando éstos así lo dispongan, durante el sumario (L.600/00) o investigación preliminar (L.906/04) y el desarrollo del juicio respectivamente.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera a la policía judicial como el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes (Sentencia C- 798/2006, 2006).

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia del nuevo Sistema Acusatorio, este Tribunal concebía a la policía judicial, como el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes (Sentencia C-024/1994, 1994).

En ese sentido, la Doctrina ha concebido a la policía judicial como un organismo, que tiene como objeto el recaudo de EMP, evidencia física e información legalmente obtenida, que permita la búsqueda de la verdad, bajo la dirección y coordinación de la FGN (Perdomo & Mora, 2012).

En este punto, se debe aclarar que los únicos organismos que cumplen *funciones permanentes de policía judicial*, son los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación –CTI, Policía Nacional y el antiguo Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– hoy Agencia Nacional de Inteligencia, facultados para realizar en forma continua actuaciones de apoyo a la investigación penal.

Por otra parte, la Policía Nacional la ejerce de *forma supletoria*, en donde no hayan funcionarios de policía judicial, como se mencionó con anterioridad; y los otros organismos la ejercen de *forma especial permanente*, como la Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, autoridades de tránsito, Entidades Públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, Alcaldes e Inspectores de Policía; para realizar actividades de apoyo a la investigación penal en actuaciones que se desprendan de la función que por naturaleza corresponde a cada entidad.

Es de anotar que, también existe la posibilidad de unas *funciones transitorias*, para entes públicos, para un periodo determinado, las cuales pueden ser otorgadas por medio del Fiscal General de la Nación, a través de un acto administrativo, por ejemplo lo dispuesto a través de la Resolución 0-0798 de marzo 18 de 2011, que amplió las funciones de policía judicial a los asistentes de los fiscales I- II- III y IV (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2005).

Dentro de este grupo, encontramos el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conforme a lo establecido por la ley y el Estatuto orgánico de la FGN, el cual debe prestar apoyo técnico científico en las investigaciones.

Aunado a lo anterior, en materia de cooperación internacional, existen organismos como la Organización Internacional de Policía Criminal – *INTERPOL*- , la cual se enlaza por ejemplo con la oficina Central Europea de Policía Criminal – *EUROPOL* - integrada por los países que hacen parte de la Comunidad Europea y la Agencia Nacional de

Inteligencia; así mismo, los agregados en las embajadas de Colombia prestarán su colaboración y apoyo a la FGN, siguiendo los convenios internacionales de colaboración y el conducto de la Dirección de Asuntos Internacionales de esta (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2005).

Continuando con el objeto de la investigación, cabe resaltar, que en la L.906/2004, las labores de *policía judicial*, en la indagación e investigación de los delitos, se encuentran catalogadas en dos grandes grupos.

De un lado, **las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización**, consignadas en el Capítulo II del Título Primero, del Libro II, más exactamente del Art.213 al Art.245; y de otro, **las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización**, previstas en el Capítulo III, del Título Primero, del Libro II, más exactamente del Art. 246 al 250.

Para efectos de este estudio, cifraremos mayor atención en el primer grupo de actuaciones, es decir, aquellas que no requieren autorización judicial previa para su realización, en tanto que allí, es donde se encuentran reseñadas las actuaciones objeto de análisis, es decir, aquellas que tienen el carácter de reservadas.

3.3.- ACTUACIONES QUE NO REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN

Este tipo de actuaciones como se mencionó, se encuentran consagradas en el Capítulo II, del Título Primero, del Libro II. Para efectos de este trabajo estudiará los casos en los cuales se cumple este presupuesto, de los cuales en algunas de ellas se forjará una interpretación y se tomará una posición crítica respecto algunas actuaciones. De esta forma tenemos:

(1) Inspección del lugar del hecho. Inmediatamente se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, el servidor de policía judicial se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará minuciosa, completa y metódicamente, con el fin de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo.

El lugar de la inspección y cada elemento material probatorio y evidencia física descubierta, antes de ser recogido, se fijarán mediante fotografía, video o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano.

La Fiscalía dispondrá de protocolos, previamente elaborados, que serán de riguroso cumplimiento, en el desarrollo de la actividad investigativa regulada en esta sección. De toda la diligencia se levantará un acta que debe suscribir el funcionario y las personas que la atendieron, colaboraron o permitieron la realización.(L.906/2004, Art.-213C.P.P)

Cuando se le informa a la policía judicial, que debe desplazarse al lugar de los hechos, la ley lo exhorta a que debe hacerlo en el menor tiempo posible, para no perder la evidencia física y los EMP, aunado a un examen minucioso, el cual debe optar dependiendo de aspectos como la naturaleza del hecho, condiciones del lugar, el tipo de método que debe adoptar para la búsqueda de elementos que le permitan esclarecer los hechos, entre otros, en donde se pueden referenciar métodos como por ejemplo: Método espiral, Método Lineal, Método Radial, Método de Búsqueda por Sectores o Cuadrantes, Método de Búsqueda por Zonas, Método de Búsqueda Punto a Punto y por Cuadriculas y Rejillas. Para ahondar más al respecto, se puede consultar la obra de Perdomo & Mora (2012), titulada Principios que orientan las actuaciones de Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio.

(2) *La inspección de cadáver.* En caso de homicidio o de hecho que se presuma como tal, la policía judicial inspeccionará el lugar y embalará técnicamente el cadáver, de acuerdo con los manuales de criminalística. Este se identificará por

cualquiera de los métodos previstos en este Código y se trasladará al centro médico legal con la orden de que se practique la necropsia.

Cuando en el lugar de la inspección se hallaren partes de un cuerpo humano, restos óseos o de otra índole perteneciente a ser humano, se recogerán en el estado en que se encuentren y se embalarán técnicamente. Después se trasladarán a la dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o centro médico idóneo, para los exámenes que correspondan.(L.906/2004, Art.-214. C.P.P)

(3) La Inspecciones en lugares distintos al del hecho. La inspección de cualquier otro lugar, diferente al del hecho, para descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física útiles para la investigación, se realizará conforme con las reglas señaladas en este capítulo.(L.906/2004, Art.-215.C.P.P)

(4) El Aseguramiento y custodia. Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en alguna de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia. (L.906/2004, Art.-216.C.P.P)

En procura del debido proceso, las actuaciones procesales deben discurrir dentro de los límites de racionalidad de la práctica, la normatividad procesal penal prevé mecanismos para la identificación, acreditación, custodia y autenticación de las evidencias, objetos y materiales probatorios cuando hubiere lugar, y las mismas pueden ser controvertidas por la parte contraria (Vallejo, 2012).

(5) La Exhumación. Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, el fiscal así lo dispondrá. La policía judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección. Técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará al centro de Medicina Legal, en donde será identificado técnico-científicamente, y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación.(L.906/2004, Art.- 217. C.P.P)

(6) Aviso de ingreso de presuntas víctimas. Quien en hospital, puesto de salud, clínica, consultorio médico u otro establecimiento similar, público o particular, reciba o dé entrada a persona a la cual se le hubiese ocasionado daño en el cuerpo o en la salud, dará aviso inmediatamente a la dependencia de policía judicial que le sea más próxima o, en su defecto, a la primera autoridad del lugar.(L.906/2004, Art.- 218. C.P.P)

(7) Procedencia de los registros y allanamientos. El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.(L.906/2004, Art.- 219C.P.P) (Subrayado fuera de texto)

El allanamiento es una diligencia que consagra la ley, para que los funcionarios de policía judicial o quien ejerza sus funciones, puedan entrar o penetrar a determinados lugares, aún contra la voluntad de sus propietarios, con el fin de obtener determinados resultados, como la captura de una persona, el decomiso de un elemento, el registro de un bien o espacio, y/o la obtención de pruebas. Ahora bien, no toda penetración al domicilio puede identificarse o catalogarse como un allanamiento, cuando surge la oposición a entrar, es cuando surge el recurso en mención, con sujeción a los requisitos que exige la ley.

Respecto a este tipo de actuación, resulta desafortunado que el legislador haya otorgado dicha facultad a la FGN, concibiendo indiciado, imputado o condenado, cómo

un solo ente, aunado a la ausencia de presupuestos, condiciones o motivos expresos consagrados en la ley, en que dicha actuación puede ser realizada, restringiéndose la libertad y la intimidad, en aras de proteger o mantener la seguridad de todos los miembros de la sociedad, más aún cuando el único que podría afectar tales Derechos Fundamentales debería ser el juez.

Claramente, no estamos en los presupuestos de un consentimiento del propietario o del tenedor o quien se vería afectado en una situación de emergencia o un caso de flagrancia.

(8) Fundamento para la orden de registro y allanamiento. Sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito. (L.906/2004, Art.- 220. C.P.P) (Subrayado fuera de texto)

En relación con el numeral anterior, no se precisa que es un motivo fundado o razonable, dejándolo al arbitrio de los funcionarios, sin unos presupuestos *ex ante*,

proporcionales, precisos establecidos previamente en la ley, evidenciándose un vacío normativo, el cual será evaluado ex post por parte del juez de control de garantías, cuando ya se ha ocasionado el perjuicio y se han vulnerado derechos como fundamentales a la intimidad, al buen nombre, dignidad, entre otros.

Es así como, en una intervención de la Fiscalía en la sentencia C-479/07, M.P. Álvaro Tafur Galvis, manifiesta ésta [FNG] que la Doctrina considera que el indiciado, es aquel el cual se concibe potencialmente parte en el proceso, como imputado y frente al cual existe una duda razonable. Lo cual traduce nuevamente que se le está asemejando a una parte procesal, sin encontrarse en el mismo, como un sinónimo y frente al cual tienen duda, pero en aras de proteger la comunidad, se le priva de la libertad, vulnerando los preceptos constitucionales, la cual siendo una medida excepcional se ha utilizado con mayor frecuencia para dar con lo que se denomina “positivos”, arguyéndose que cuenta con el derecho de defensa, las garantías que se derivan del mismo y que se trata de una medida de carácter preventivo y no sancionatorio (Sentencia C-479/2007, 2007).

(9) Respaldo probatorio para los motivos fundados. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser 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. (Subrayado fuera de texto)

Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías. (Subrayado fuera de texto)

Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, vídeos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en 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. (L.906/2004, Art.- 221C.P.P) (Sentencia C-673/2005, 2005)

De este numeral, sigue de forma concatenada lo expresado con anterioridad. En su párrafo primero, se evidencia como se utiliza un conector disyuntivo, en donde si no existe evidencia física, EMP, bastará con una declaración jurada de testigo, informante o funcionario.

Se puede evidenciar nuevamente que el funcionario puede elaborar un informe, donde puede realizar un señalamiento con algunos hechos constitutivos de algún delito en su

discernir, como presunta autora o participe, sustentando una hipótesis, al igual que con el testigo o informante, donde el juez deberá valorar luego las consecuencias indeseadas que pueden producirse, ya que en toda investigación como lo reconoce la Fiscalía, ciertamente puede llegar a presentarse un grado de afectación de Derechos Fundamentales (Sentencia C-479/2007, 2007).

En igual sentido, existen quienes sostienen que la captura no puede confundirse con la medida de aseguramiento, la cual sólo puede imponérsele al imputado, en efecto, pero termina nuevamente usándose de forma indistinta.

Para el caso, ambos quedan privados de la libertad, supeditando al primero a una audiencia de formulación de imputación, en donde deberá probar su inocencia, produciendo un desgaste judicial o en donde en el mejor de los casos deberá contratar un abogado, para que presente un habeas corpus y el juez deba estudiar lo que podía realizarse de forma a priori, entrando a determinar si la misma fue idónea, necesaria y proporcional.

Adicionalmente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-673 de 2005 resolvió:

DECLARAR EXEQUIBLE las expresiones -Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un

informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable-, por el cargo analizado, en el entendido de que el caso de los informantes el fiscal podrá eventualmente interrogarlo a fin de apreciar mejor su credibilidad; y *exequible la expresión - De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías-*, por el cargo analizado, en el entendido de que la reserva de datos del informante no vincula al juez de control de garantías, ambas expresiones del inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004. (Sentencia C-673/2005, 2005)

(10) Alcance de la orden de registro y allanamiento. La orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia.

De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar. (L.906/2004, Art.- 222. C.P.P) (Sentencia C-131/ 2009, 2009)

Este artículo es modificado en su primer párrafo, por la L.1142/07, en donde se consagraba que la orden expedida por el fiscal *debía contener con precisión los lugares que se van a registrar*. Según el legislador en el actuar de las autoridades no puede exigírsele tal imperativo, no obstante al realizar la actuación siempre deberá estar argumentado para que pueda proceder, de forma tal, que no puede otorgarse registros y allanamientos indiscriminados, evitando la arbitrariedad de la autoridad.

Lo anterior, desdice la intención del legislador, al retirar la obligación de identificar con claridad el lugar que van a registrar, o incluso solicitar la identificación de las personas, lo cual puede llegar a producir un hostigamiento, cuando lo único que buscaba el texto suprimido, era garantizar la proporcionalidad judicial de la libertad y los Derechos Fundamentales de quienes participan en el proceso penal y en contraposición, señaló que la competencia de la Fiscalía para afectar tales derechos es restringida y excepcional.

Sobre este tema materia de estudio, podemos traer a colación la interpretación que realiza el Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, quien manifiesta que, precisión y exactitud, no son conceptos matemáticos sino jurídicos, resultando menester individualizar, el objeto de registro, en el caso de los bienes inmuebles señalar la dirección, sin exigírsele una precisión de tal magnitud como identificar Vgr. el cuarto de la casa por registrar o determinado armario o mueble (Bastidas, 2005).

No obstante, en lo que respecta a bienes inmuebles de ocupación múltiple pero autónoma, como los hoteles, moteles, los camarotes de los barcos, entre otros, debe precisarse el objeto de la diligencia con precisión, ya que no puede registrarse todo el inmueble o todo el barco, ya que se estaría afectado el derecho de la intimidad de un sin número de personas (Bastidas, 2005).

(11) Objetos no susceptibles de registro. No serán susceptibles de registro los siguientes objetos:

1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.

2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.

3. Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Este apartado cobija también los documentos digitales, vídeos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción.

Parágrafo. Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliadores, 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.(L.906/2004, Art.- 223C.P.P)(Subrayado fuera de texto)

Del texto de este artículo, se denota cómo nuevamente se vuelve a equiparar el indiciado con imputado o acusado, como se advirtió precedentemente. Así mismo, en este párrafo se vislumbra cómo lo que en principio parece ser una garantía se desvirtúa, si se tiene en cuenta que pueden haber *motivos fundados* que determinen su autoría o participación, con tan sólo el informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante.

Respecto a estas restricciones y su no aplicación, podemos indicar respectivamente, que frente al numeral primero, cabe resaltar que esta falta de aplicación no se da, debido a la protección reforzada que se le ha dado al derecho a la defensa y la intimidad, entre otros, dentro de los Arts. del C.P.P como el 235, el cual establece en su inciso tercero, que por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor (Congreso de la República, 2004). Y adicionalmente los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el secreto profesional, en los cuales resaltan la relación directa que tienen Derechos Fundamentales como la intimidad, el buen nombre, la honra, el trabajo y la defensa con el mismo. Respecto a este último en fallo del 2012, la Corte señaló:

La conexión evidente entre el secreto profesional y otros derechos fundamentales fortalece, aún más, el derecho a la intimidad y el mandato de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En el caso de que una conversación se desarrolle bajo el marco de una ocupación que implique el depósito de confianza y la prestación de servicios personalísimos, se harán mucho más rigurosas y estrictas las exigencias jurídicas requeridas para poder ejecutar una restricción o una intervención en la privacidad. Ello es aún más evidente cuando se lleva a cabo la relación entre el abogado y su cliente, pues en este evento el secreto tendrá un vínculo inmediato y adicional con el derecho de defensa. (Sentencia C-301/12, 2012)

Respecto al numeral segundo y tercero, cabe destacar que su aplicación podría conllevar la violación del derecho a la intimidad en sus diferentes grados, respecto de los cuales, la Corte Constitucional se ha referido de la siguiente manera:

Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (Art. 15 C.P.). La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales

manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. La tercera, involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, como las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse -en estos casos-el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos Constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse-conforme a derecho-la explotación de cierta información, siendo sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual. (Sentencia T-787/04, 2004)

La no aplicación de estas restricciones, conllevaría a la vulneración del derecho a la intimidad personal, debido a la afectación al derecho de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizados aspectos íntimos de su vida, vulnerando entre otros el derecho a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, no auto incriminación, y de la intimidad familiar, con ocasión a la afectación al derecho a la inmunidad penal, a la

confidencialidad y confianza misma existente dentro del núcleo familiar, a la intimidad social, ya que interviene en la interrelación de las personas con sus congéneres en un núcleo social y a la intimidad gremial, corolario a la posible divulgación de cierta información (patentes y demás) y su explotación económica.

(12) Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada 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. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo. (L.906/2004, Art.- 224 C.P.P)

El contenido del artículo, da cuenta de manera inequívoca del término para la realización de esta, teniendo en cuenta si se está en una etapa procesal o si nos encontramos en una etapa posterior a la imputación, término el cual puede ser ampliado sí a juicio del fiscal las circunstancias lo ameritan.

No obstante, resulta incomprensible qué puede entenderse por razones que justifiquen la demora, y el otorgamiento de un término máximo tan extenso para el diligenciamiento de esta orden, aún cuando en el desarrollo de sus actividades realizan un sin número de procedimientos, en donde difícilmente podrán perpetuar en la memoria los hechos de cada una de estas.

(13) Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. Durante la diligencia de registro y allanamiento la policía judicial deberá:

1. El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y, en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.

2. 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.

3. 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.

4. 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 del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello. (Subrayado fuera de texto)

PARÁGRAFO. Si el procedimiento se lleva a cabo entre las 6:00 p. m. y las 6 a.m., deberá contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, quien 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. (L.906/2004, Art.- 225C.P.P)

Respecto a este artículo, se debe precisar que fue modificado por el artículo 50 de la L. 1453/11 “Ley de Seguridad Ciudadana”, por la cual “se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”. En ese orden de ideas se suprimió el numeral primero del texto original, el cual concebía que se pudiera:

Realizar el procedimiento entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m., salvo que por circunstancias particulares del caso, resulte razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, sea actuar durante la noche.

De forma tal, que con esta reforma se adicionó el párrafo el cual hace referencia a los allanamientos después de las seis de la tarde y hasta las seis de la mañana, lo que bajo el tenor del texto derogado, se entendería como noche, donde no señalaba que debía contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación; no obstante luego de señalar la importancia de este séquito en el párrafo, desfigura esta garantía señalando que aún sin este acompañamiento, no se suspenderán las diligencias.

Adicional a lo anterior, del párrafo cuarto resulta paradójico que si él o los funcionarios se exceden en el ejercicio de su actividad elaboren un acta que dé cuenta de esto, en donde las personas coaccionadas y en su afán de que cesen las hostilidades en algunas ocasiones, conllevaría a que firmaran el acta sin oponerse. Así mismo, el caso en donde las víctimas deseen dejar constancia de lo sucedido y no se les permita y el funcionario de policía judicial, bajo juramento manifiesten que las personas no quisieron firmar.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que terminada la diligencia, los funcionarios que realizaron la actuación, deben actuar conforme al Art.228 C.P.P, donde se señala el proceder al finalizar la misma, como devolver la orden de allanamiento y registro, informar al fiscal del desarrollo de esta, un inventario de lo incautado, si hubo personas aprendidas o capturadas, caso en el cual deberá informar inmediatamente al fiscal, conforme al Art. 16 L.1142/07, entre otros aspectos como lo veremos más adelante (Sentencia C-789/2006, 2006).

(14) Allanamientos especiales. 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. (L.906/2004, Art.- 226 C.P.P)

(15) Acta de la diligencia. En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y se dejarán las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta, si la solicitan. (L. 906/2004, Art.- 227C.P.P)

En esta acta de diligencia, puede resultar algo quimérico que los funcionarios den cuenta todas las cosas examinadas, máxime cuando entran a examinar o incautar múltiples cosas, las cuales con ocasión de la diligencia pueden no ser registradas ni impartir las constancias o copias a las que las personas tienen derecho, ante la forma como se

desarrolla la misma, el número de funcionarios que intervienen y el desconocimiento de su derecho.

(16) Devolución de la orden y cadena de custodia. Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados. (Subrayado fuera de texto).

En caso de haber realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la policía judicial pondrá inmediatamente al capturado a órdenes del fiscal, junto con el respectivo informe. (L. 906/2004, Art.- 228C.P.P)

(17) Procedimiento en caso de flagrancia. En las situaciones de flagrancia, la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado. En caso de refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se solicitará el consentimiento del propietario o tenedor o en su defecto se obtendrá la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se

establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor. (L.906/2004, Art.- 229 C.P.P)

(18) 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:

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.

En todo caso, la fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia.

2. No exista una expectativa razonable de intimidación 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 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. (L.906/2004, Art.- 230 C.P.P)

Antes que nada, se debe aclarar que esta potestad no es absoluta como lo ha manifestado la Corte Constitucional, en todo caso se debe someterse al control posterior por parte del juez de control de garantías (Sentencia C-806/09, 2009).

Por otra parte, del texto original de la norma, fue derogado el numeral cuarto en virtud del Art. 51 de la *L. 1453/11*, el cual consagraba que era posible llevar a cabo registros con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado, así como su parágrafo, el cual consagraba que era aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidad prevista en el numeral 2, cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos (Sentencia C-519/07, 2007).

(19) 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. (L.906/2004, Art.- 231C.P.P)

(20) 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 dependen del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación.(L.906/2004, Art.- 232C.P.P)

El texto original del artículo, consagraba que los elementos EMP y evidencia física que dependieran directa y exclusivamente del registro carecían de valor y eran excluidos de la actuación y sólo podían ser utilizados para fines de impugnación, lo cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

De esta forma, respecto a la primera parte subrayada manifestó el Tribunal que el contenido del nuevo artículo se articula con el Art. 28 de la C.N. y con la implementación del Sistema Acusatorio, ya que la decisión sobre la legalidad se encuentra a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación y se limita a constatar con base a criterios objetivos conforme a su función jurisdiccional (Sentencia C-591/05, 2005).

En punto del segundo apartado, la honorable Corte manifestó que si el juez declara inválida la orden del fiscal, por la cual se llevó a cabo la diligencia de registro y allanamiento, por ser ilegal o inconstitucional, todo lo que deviene de ésta debe carecer de valor, y resultaría un contrasentido que la norma que le otorga beneficios jurídicos no fuera inconstitucional, ya que esta prueba debe ser despojada en el proceso, evitando la contaminación en el proceso intelectual que el juez realiza, no resultaría admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia (Sentencia C-210/07, 2007).

Aunado a lo anterior, existen posiciones las cuales arguyen que la exclusión de todos los EMP o efectos de las evidencias producto de la diligencia de allanamiento y registro, declaradas nulas, desconoce o va en contra de la obligación del Estado de descubrir la verdad.

No obstante, resulta ilusorio que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, abogue por esta posición, en la cual las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad y que él mismo se beneficie de esto, contrariando la Constitución.

Pese a lo anterior, resalta la Corte que:

La prohibición de valorar evidencias o elementos materiales probatorios objeto de los allanamientos o registros ilegales o inconstitucionales no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de los elementos materiales hallados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos que puedan ser objeto de investigación. (Sentencia C-210/07, 2007)

(21) Retención de correspondencia. El Fiscal General o su delegado podrá ordenar a la policía judicial la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que existe información útil para la investigación.

En estos casos se aplicarán analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

Así mismo, podrá solicitarse a las oficinas correspondientes copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado o imputado.

Similar procedimiento podrá autorizarse para que las empresas de mensajería especializada suministren la relación de envíos hechos por solicitud del indiciado o imputado o dirigidos a él.

Las medidas adoptadas en desarrollo de las atribuciones contempladas en este artículo no podrán extenderse por un período superior a un (1) año. (L.906/2004, Art.- 233 C.P.P)

(22) Examen y devolución de la correspondencia. La policía judicial examinará la correspondencia retenida y si encuentra elementos materiales probatorios y evidencia física que resulten relevantes a los fines de la investigación, en un plazo máximo de doce (12) horas, informará de ello al fiscal que expidió la orden.

Si se tratare de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente ordenará el desciframiento por peritos en criptografía, o su traducción.

Si por este examen se descubriere información sobre otro delito, iniciará la indagación correspondiente o bajo custodia la enviará a quien la adelanta.

Una vez formulada la imputación, o vencido el término fijado en el artículo anterior, la policía judicial devolverá la correspondencia retenida que no resulte de interés para los fines de la investigación.

Lo anterior no será obstáculo para que pueda ser devuelta con anticipación la correspondencia examinada, cuya apariencia no se hubiera alterado, con el objeto de no suscitar la atención del indiciado o imputado. (L.906/2004, Art.- 234 C.P.P)

El contenido de este, hace una remisión a la reglamentación de la diligencia de allanamiento y registro, vistos con anterioridad.

Por otra parte, resulta incomprensible que el Fiscal general o su delegado, puedan violentar el derecho a la intimidad, no obstante que se arguya que se toman medidas necesarias, y cómo lo he recalado, se sigue asemejando indiciado a imputado, se alude que la diligencia es procedente cuando existan motivos razonablemente fundados, sin existir una precisión terminológica y los cuales se cimientan sobre las formas

cognoscitivas previstas en el código para proceder a la retención de correspondencia, las cuales ya fueron examinadas, de suerte que durante un año pueden escudriñar toda la correspondencia pudiendo alterar, perder o darle un uso excesivo o incorrecto a la misma, diligencia que según el artículo 15 de nuestra C.N. sólo puede ser realizadas mediante orden judicial, de los cual se infiere, que la misma debe ser previa.

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.

(23) Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares. El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similar las comunicaciones telefónicas (SIC), radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.(*L.906/2004, Art.- 235C.P.P*)

Respecto al contenido de este artículo, dedicaremos un capítulo especial dentro de este trabajo, sin embargo el contenido de este artículo fue modificado por el artículo 15 de la *L. 1142/07* y el artículo 52 de la *L.1453/11*.

Así mismo, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el contenido de este artículo, determino que cuando se establece la facultad del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares, esta debe entenderse que en todo caso se encuentra sometida al control previo de legalidad por parte del juez de control de garantías (Sentencia C-131/09).

(24) Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes. Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones, ordenará a policía judicial la retención, aprehensión o recuperación de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que pueda haber utilizado cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense, descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen; lo anterior con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados, de ser el caso. (L.906/2004, Art.- 236 C.P.P)

El contenido de este artículo fue modificado por el artículo 53 de la L.1453/11, bajo el texto anterior se hacía referencia a la situación en la cual el indicado o imputado había

estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelantaba, durante su navegación por internet u otros medios tecnológicos que produjeran efectos equivalentes, produciendo la aprehensión del computador, computadores y servidores que hubiera utilizado, así como disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense lo descubrieran, recogieran, analizaran y custodiaran la información que pudieran recuperar.

De esta forma, no sólo se concibe la información que estuviese transmitiendo, la sola navegación en internet, la aprensión física de computadores, servidores, el legislador va más allá y lo amplía a la información manipulada, todas las redes de telecomunicaciones, e incorpora no sólo la aprensión, sino también, retención y recuperación de información, computadores, servidores, terminales y dispositivos. Así mismo, con ocasión de los avances tecnológicos, se elimina el disquete y se tiene en consideración cualquier forma de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, es decir CD, Mini Disk, UBS, MP3, MP 4, MP5, servicios en la nube etc.

(25) Audiencia de control de legalidad posterior. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de policía Judicial sobre las diligencias de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de

comunicaciones, 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 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 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. (L.906/2004, Art.- 237 C.P.P)

Este artículo fue modificado por el Art. 16 L.1142/2007 y el Art. 68 de la L. 1453/2011, el texto original hacía referencia al diligenciamiento de las órdenes, no del recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias que se mencionan en el mismo. De igual forma, bajo el texto anterior se hablaba de la información dejada por internet, actualmente se hace referencia a un concepto más amplio, al producto de la trasmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Por otra parte, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “sólo” en el párrafo segundo, el resto del inciso fue declarado executable, la cual sólo permitía la asistencia de quienes se mencionan en el mismo, en el entendido de que dentro del respeto de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación, se está investigando su participación en la comisión de una conducta punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita (Sentencia C-025/09, 2009).

(26) *Inimpugnabilidad de la decisión.* La decisión del juez de control de garantías será susceptible de impugnación, en los eventos previstos en esta ley. Si la defensa se abstuvo de intervenir en la audiencia, podrá solicitar en otra audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria la exclusión de las evidencias obtenidas. (L.906/2004, Art.- 238 C.P.P)

El contenido de éste fue modificado por el Art. 17 de la L.1142/07, la cual preveía que no era susceptible de impugnación quienes participaron en ella y se amplía a los eventos previstos en la ley.

(27) Vigilancia y seguimiento de personas. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la Fuerza Pública, en cumplimiento de su deber constitucional, el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la policía judicial. Si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar vídeos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares,

cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

En todo caso se surtirá la autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General. Vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

PARÁGRAFO. La autoridad que recaude la información no podrá alterar ninguno de los medios técnicos anteriores, ni tampoco hacer interpretaciones de los mismos. (L.906/2004, Art.- 239 C.P.P)

Este artículo fue modificado por el Art. 54 de la L.1453/11, anteriormente se hablaba de una autorización previa por parte del Director Nacional o seccional de Fiscalía, dejando ahora solo a la determinación del fiscal, no obstante con sujeción a la autorización del juez de control de garantías, eliminándose un filtro para la ejecución de la misma.

Así mismo, se habla de un año para la vigilancia, la cual puede ser prorrogable si existen motivos fundados, de los cuales ya me he referido, y se deja un vacío en cuanto al número de prórrogas de las mismas, las cuales se deben limitar exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información, EMP Y EF idónea, necesaria y proporcionada.

(28) Vigilancia de cosas. El fiscal que dirija la investigación, que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar droga que produzca dependencia, elemento que sirva para el procesamiento de dicha droga, o para ocultar explosivos, armas, municiones, sustancias para producir explosivos y, en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución, ordenará a la policía judicial vigilar esos lugares y esas cosas, con el fin de conseguir información útil para la investigación que se adelanta. Si en el lapso máximo de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio idóneo, siempre y cuando no se afecte la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros.

En este último caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 239.

En todo caso se surtirá la autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General.(L.906/2004, Art.- 240 C.P.P)

(29) Análisis e infiltración de organización criminal. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.(L.906/2004, Art.- 241 C.P.P)

(30) Actuación de agentes encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la

adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos. (Subrayado fuera de texto).

El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, para lo cual debemos remitirnos al Art. 237, como lo referí anteriormente este Tribunal determinó que si el indiciado tiene noticia de que está siendo investigado por la comisión de una conducta punible, en las diligencias practicadas en la etapa de indagación, el juez de control de garantías debe autorizarle su intervención, como la de su representante, en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias (Sentencia C-025/09, 2009).

Continuando con el contenido del texto:

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente. (L.906/2004, Art.- 242 C.P.P)

(31). Operaciones encubiertas contra la corrupción. Los mecanismos contemplados en los artículos 241 y 242 podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la administración pública en una entidad pública.

Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la administración pública en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente. (L. 906/ 2004, Art. 242 A C.P.P)

Este título fue adicionado en virtud del Art. 36 de la L.1474/2011, la cual dicta normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Del contenido del mismo, resulta oportuno resaltar que el objetivo de esta *autorización* es recaudar información, EMP y EF, para determinar la participación de la persona investigada en una conducta delictiva, actuación que debería ser puesta en conocimiento *ex ante* frente a autoridad competente, para tomar las medidas necesarias, evitando la realización de la conducta, el desgaste judicial y la pérdida del erario público, a menos de que sea necesaria la continuación de la investigación, con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma.

Para dar mayor claridad a estas excepciones o autorizaciones que otorga el legislador, aclaramos que MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ, citados por la Corte Constitucional, distinguen la "*norma de valoración*" que se entiende como expresión de un *juicio de valor*, que distingue lo lícito de lo antijurídico; la norma de determinación, constituida por un *mandato* o *prohibición* dirigida al ciudadano para la no comisión de delitos; y la norma de autorización, que otorga al individuo excepcionalmente la posibilidad de incurrir en una causal de justificación o de exculpación, encontrándose el anterior artículo dentro de las normas de autorización (Sentencia C-301/12, 2012).

Adicionalmente, dentro de ésta autorización dada por el legislador al agente encubierto, éste podría articular una estrategia que prohíje su beneficio, instigando a la comisión de delitos por parte de otras personas, situación que se encuentra prohibida para otras actuaciones, como la entrega vigilada, expuesta en el artículo siguiente.

(32) Entrega vigilada. El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado para

entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del Juez de Control de Garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material. (L.906/2004, Art.- 243 C.P.P)

Nuevamente debe mencionarse que si la persona investigada se percatara de que está siendo investigada antes de la formulación de imputación, es decir en la indagación, si éste así lo desea, puede solicitarle al juez de control de garantías autorizar su participación y la de su defensor (Sentencia C-025/09, 2009).

(33) Búsqueda selectiva en bases de datos. La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información. (L.906/2004, Art.- 244 C.P.P)

Respecto a este tipo de actuación, el inciso segundo de éste fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, en el entendido que se requiere 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-336/07, 2007).

(34) *Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.* Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá de orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, [*dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo*], con el fin de establecer su legalidad formal y material.(L.906/2004, Art.- 245 C.P.P)

Este artículo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, siempre que se entienda 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 (Sentencia C-025/09, 2009).

Así mismo, en otro examen de constitucionalidad, este inciso segundo fue declarado exequible salvo la expresión dentro de las treinta y seis (36) horas subsiguientes a la culminación del examen respectivo, la cual fue declarada inexecutable, en el entendido de que la revisión de legalidad que corresponde al juez de garantías, debe hacerse de manera previa (Sentencia C-334/2010, 2010).

3.4.-ACTUACIONES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN

Respecto a este tipo de actuaciones, vale la pena para efectos de este estudio, mencionar en qué casos se cumple este presupuesto, a saber:

- (1) **Regla General.** Las actividades que adelante la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente.

La policía judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema

urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente.
(L.906/2004, Art.- 246 C.P.P)

- (2) **Inspección Corporal.** Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. (L.906/2004, Art.- 247)

Esta norma, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en el siguiente entendido:

- a. La inspección corporal requiere autorización previa del juez del 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. 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 la sentencia. (Sentencia C-822/05, 2005)

(3) Registro Personal. *[Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y]salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.*

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor. (L.906/2004, Art.- 248)

La Corte en el fallo mencionado con anterioridad de 2005, se pronunció, así mismo, sobre la constitucionalidad de este numeral primero, en donde el apartado en letra cursiva fue declarado inexecutable, el resto del contenido executable, en el entendido de que:

- 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. (Sentencia C-822/05, 2005)

Adicionalmente, el artículo 248 menciona tres figuras (i) el registro realizado como parte de procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional; (ii) el registro incidental a la captura, necesario para garantizar la protección de los agentes del estado y (iii), el registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de la investigación penal. Siendo esta última la única que requiere autorización judicial previa, debido a que comprende el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales y senos del imputado, o de un tercero relacionado con la investigación, registro que es superficial, y no comprende los orificios corporales, ni lo que se encuentra debajo de la piel (Vallejo, 2012).

(4) Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el

evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafo técnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafo técnico:
 - a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;
 - b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;
 - c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245. (L.906/2004, Art.- 249)

La Corte Constitucional en esta sentencia pluricitada anteriormente del año 2005, declaró la norma exequible bajo el siguiente condicionamiento:

- 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 la sentencia. (Sentencia C-822/05, 2005)

Por otra parte, el Tribunal se declaró inhibido para pronunciarse respecto el párrafo de este artículo.

(5) Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivo.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías [*para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*].

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud. (L.906/2004, Art.- 250)

Conforme el análisis realizado por la Corte Constitucional, declaró inexecutable la parte del inciso segundo que se encuentra en cursiva, el resto del contenido de la norma fue declarado executable, por el cargo analizado bajo el siguiente entendido:

- a. La víctima o su representante legal haya dado su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida;
- b. De preservar 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 sea 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 la sentencia. (Sentencia C-822/05, 2005)

Posteriormente de sentar postura sobre algunas de las actuaciones realizadas durante la investigación del proceso penal, es menester resaltar dentro del desarrollo del presente trabajo, los criterios de valoración de los EMP y EF, debido a su constante mención en el presente capítulo, los cuales según el artículo 273 del C.P.P, a saber son: legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.

La legalidad de los EMP y EF depende de la observancia de lo prescrito en la C.N., tratados internacionales y en las leyes, en la diligencia en la cual se recogen u obtienen; los EMP y EF son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de la cadena de custodia; y el actual grado de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se fundamenta el informe, informe que debe ser realizado por una persona con idoneidad técnica, científica y moral, empleando los instrumentos adecuados y con capacidad para ejercer el cargo (Congreso de la República, 2004).

Adicionalmente, los derechos a la libertad e intimidad, afectados en diferentes grados por las actuaciones realizadas por la policía judicial ordenadas por la FGN, con o sin autorización judicial previa, cuentan con un respaldo internacional en tratados como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece:

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. (ONU, 1948)

Y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su Art. 17 que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.
(ONU, 1966)

CAPÍTULO 4.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL EJERCICIO DE FACULTADES DE POLICÍA JUDICIAL.

4.1.-SE DERIVA TAL RESPONSABILIDAD DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y NO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, TAMBIÉN INHERENTE A LA FGN.

El Acto Legislativo 03/2002, trajo consigo unos ajustes o desbarajustes a la C.N., con el fin de fortalecer en nuestro ordenamiento un sistema de tendencia acusatoria, cambios que sólo introdujeron una transformación en la parte orgánica de la misma.

En lo que atañe a la FGN, ésta continua siendo parte de la rama judicial y es dotada de un presupuesto, como se advirtió en el capítulo 3, se encuentra encargada del ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan un hecho punible que lleguen a su conocimiento, salvo algunas excepciones por ejemplo en los delitos querellables.

No obstante, algunos de estos procesos han generado problemas en el desarrollo de las actividades que se adelantan en la Fiscalía, debido a las funciones de diversa naturaleza que repercuten en sus actos, envolviendo la jurisdicción administrativa o penal, las cuales tienen sus propios procedimientos y se decantan aspectos de diversa índole, acarreado una incertidumbre (Moreno, 2003).

En ese sentido, la FGN en el desarrollo del *iuspuniendi*, el cumplimiento de las políticas criminales del Estado de corto, medio o largo plazo, con criterios como seguridad, transparencia, celeridad, agilidad, impunidad, eficientismo, garantismo. La FGN puede asignar, remover y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, hacer cambios de radicación por razones de seguridad estatal, subsume unidades, las desintegra o crea nuevas, traslada procesos, entre otras (Moreno, 2003).

Por otra parte, en desarrollo de este sistema la FGN se desentiende de su aspecto administrativo para impartir justicia, en ese sentido, se le faculta para [1] *suspender*, [2] *interrumpir*, o [3] *renunciar al ejercicio de esta acción*, en los casos que establezca la ley, el principio de oportunidad o en escenarios como el del Art. 251 de la C.N al disponer de la interposición o no de medidas restrictivas del ejercicio de Derechos Fundamentales, como la libertad, por ser decisiones de carácter judicial y no de impulso o preparación del juicio, los funcionarios de la Fiscalía gozan de autonomía, atando a los superiores jerárquicos, potestades las cuales ofrecen un margen muy amplio para incidir en determinaciones, en algunas ocasiones conculcando principios, normas rectoras desdibujando la intención del legislador, atentando contra los Derechos Fundamentales de las personas, así como, disposiciones internacionales, ratificadas por Colombia, excluyendo y usurpando potestades propias de los jueces y los Tribunales, quienes son los únicos que pueden restringir los Derechos Constitucionales de los investigados e imputados.

De esta forma, estamos haciendo referencia a actividades, que obedecen claramente a un plano eminentemente de una actividad jurisdiccional, al restringir y limitar Derechos Fundamentales de las personas o determinar quién ha sido el autor o autores de una conducta punible, lo cual difiere de otras funciones administrativas como el manejo presupuestal o el adquirir unos bienes.

De esta forma, evidencian algunos litigantes como esta ambigüedad es usada en ocasiones para evitar someter a recursos, aspectos de fondo de un proceso como lo relacionado con el análisis de pruebas o de situaciones materia de debate o de la situación particular del funcionario, tales como la existencia de motivos para su propio impedimento y/o para el trámite normal de la recusación, aludiendo que son cuestiones administrativas de la FGN, menoscabando el orden jurídico. En ese sentido, consideran que un acto administrativo es laxo, lo cual resulta incuestionable si se le compara con una sentencia que tiene un carácter más rígido debido a su esencia y exigencia (Moreno, 2003).

Si bien, las políticas o directrices que señala el gobierno para combatir la criminalidad obedece a la ejecución de actos administrativos para dar cumplimiento a las mismas, se desarrolla una función jurisdiccional ya que se está administrando justicia como se expuso.

Por ello, resulta sorprendente que el constituyente secundario mantenga esas facultades jurisdiccionales a la FGN, ya que esto difiere de un sistema acusatorio puro, resultando imperante lograr una clara definición o delimitación de estas, en tanto que si consultamos la exposición de motivos no se desarrolla este tema, creando falencias, libertad de este constituyente derivado, que si bien es amplía, posee unos límites, y por la naturaleza que posee esta entidad, se debe propugnar por una verdadera justicia material, una adecuada

administración de justicia hacia el respeto de los Derechos Fundamentales y los pilares del Estado Social de Derecho que decimos ser.

En relación con lo anterior, este tipo de prácticas choca con el derecho de la defensa de un modelo de tendencia acusatoria, lo cual es uno de los aspectos más relevantes de su estructura, como el principio de igualdad de armas, el cual hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa, garantía plena y debido proceso, el cual se extiende a las actuaciones judiciales y administrativas, siendo particularmente relevante si se tiene en cuenta que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como la igualdad de oportunidades e instrumentos procesales, los cuales surgen desde la etapa pre procesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la terminación el proceso (Sentencia C-127/07, 2007).

4.2.- PROBLEMA DE CAUSALIDAD JURÍDICA Y CAUSALIDAD MATERIAL EN LA DETERMINACIÓN DEL CAUSANTE DE LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS.

En el marco de la estructuración de la política criminal en Colombia en relación con la investigación esta se dividió en tres partes a saber, la responsabilidad de las diligencias preliminares a cargo de la policía judicial, la indagación e investigación la FGN quien coordina a su vez a la Policía judicial y el juicio a los jueces penales.

En ese orden de ideas, en punto de las actuaciones que realiza la policía judicial, refiriéndonos exclusivamente a las diligencias preliminares, la ley resulta clara al asignar a éste la competencia exclusiva para adelantarlas, siempre bajo la dirección y coordinación de la FGN conforme al estatuto orgánico de esta entidad , así mismo bajo la vigilancia del Ministerio Público.

Es de anotar que este coordinador funcional fue asignado a la Fiscalía en la reforma constitucional de 1991. Para cumplir con estas funciones de dirección y coordinación en el decreto extraordinario 2699 de 1991 se creó el Consejo Nacional de policía judicial, el cual se encuentra presidido por el Fiscal General, y conformado además por el Procurador General de la Nación, el contralor General de la República, el Director General de la Policía Nacional, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- (actual Agencia Nacional de Inteligencia), y el Director del Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses (Bastidas, 2005)(Ministerio de Justicia y del Derecho , 1993).

Antes de esta reforma, la dirección se dejó inicialmente a los jueces; luego se creó la Dirección Nacional y las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal para coordinar la labor de los jueces de Instrucción entre sí y con los cuerpos de policía judicial, pero el esquema no fue prospero, en tanto que no existía una subordinación o superioridad del Director Nacional y los Directores Seccionales, sobre los jueces penales y no se atendían oportunamente las peticiones de apoyo que estos [*Jueces*] solicitaban (Ministerio de Justicia y del Derecho , 1993).

4.3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La Policía Nacional como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, que se encuentra a cargo de la Nación y su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Así como, la Fiscalía General de la Nación que se encuentra encargada de ejercer la acción penal, elaborar y ejecutar la política criminal del Estado; garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los intervinientes en el proceso penal; generar confianza y seguridad jurídica en la sociedad mediante la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación; en algunas ocasiones al cumplir esta misión y al estar en permanente contacto con la comunidad, aunado al flagelo de la guerra por la que atraviesa nuestro país, sus actos terroristas, crimen organizado, bandas delincuenciales, entre otras, en algunas ocasiones por los hechos o actos de manera desproporcionada o extralimitada de algunos servidores públicos se ve comprometida la responsabilidad del Estado, por no actuar conforme a la ley y demás disposiciones, como lo he advertido.

De ésta forma, uno de los mecanismos con el que cuentan las personas para obtener el resarcimiento pecuniario o indemnización por vía judicial a la entidad que los causó es principalmente a través de la Reparación Directa, constituido por la falla en el servicio de la administración de justicia, que de ser probada en cada uno de sus elementos integradores va a producir una sentencia condenatoria en contra del Estado.

No son pocos los casos que a diario se escuchan acerca de las sentencias condenatorias que han proferido los tribunales contenciosos o el Consejo de Estado, por eso conviene analizar los eventos de mayor ocurrencia que han sido causa de estas indemnizaciones.

De la investigación realizada, donde eleve derecho de petición a la *Fiscalía General de la Nación*, *Ministerio de Justicia y del Derecho*, *Policía Nacional* y a la *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*, donde solicitaba se me informara sobre el número de demandas, sentencias y/ o laudos, conciliaciones, transacciones, indemnizaciones que se han llevado a cabo en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en contra de Estado, correspondiente a acciones de Reparación Directa, los hechos generadores, por parte de los miembros de la Policía Judicial desde la expedición de la Ley 906 de 2004.

La primera de ella [*Fiscalía General de la Nación*], no me suministró información al ser de carácter reservada; la segunda entidad [*Ministerio de Justicia y del Derecho*], remitió la solicitud a la *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*; la tercera entidad [*Policía Nacional*], manifiesta el Coronel Ciro Carbajal Carbajal (Secretario General) en contestación de febrero 11 de 2014, que las principales causas de demanda en reparación directa son:

-Privación injusta de la Libertad.

- Procedimientos Policiales.

- Utilización indebida de armas de fuego.

- Accidente de tránsito.

- Ataque terrorista.

- Omisión de protección.

De esta forma, cursan 6255 demandas en contra de la Policía Nacional por Reparación Directa, por un valor de \$ 11.856.908.413.429,00 y el valor de provisiones es de \$ 277.206.624.267,00 para 1010 procesos. En ese sentido, para el año 2013 el pago de sentencias y conciliaciones efectuadas por condenadas en contra de la Policía Nacional por reparación directa, fue por un valor de \$70.915.958.425,58.

Por su parte, la cuarta entidad [*la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*], atendiendo a la solicitud realizada y la remisión por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho, en contestación del 21 de febrero del año en curso, manifiesta Mariana Martínez Cuellar (Directora de Gestión de información) que el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado, en la actualidad tiene en operación el módulo de procesos judiciales y el módulo de de procesos prejudiciales. En ese sentido, sólo cuenta con la información básica del inventario de las convocatorias de conciliación

solicitadas y de los procesos judiciales de las Entidades del Orden Nacional, por lo que no tiene información sobre sentencias y/o laudos, transacciones o indemnizaciones, así como tampoco el valor de los pagos efectivamente realizados. Como la información está agregada a nivel de entidad, es imposible discriminar si la acción generadora del hecho proviene de la policía judicial o de algún otro funcionario de la Policía Nacional o de la Fiscalía General de la Nación.

De lo anterior, la información que a continuación se relaciona incluye la totalidad de procesos activos en los que se encuentra demandada la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación hasta al 18 de febrero de 2014. Así las cosas, existen 18.792 procesos activos por acciones de Reparación Directa con pretensiones que ascienden a \$ 34.2 billones de pesos aproximadamente.

Las 10 principales causas por número de procesos que generaron más demandas son:

- ***Falla del servicio por privación injusta de la libertad***
- *Lesiones personales a civil en procedimiento de Policía.*
- *Falla del servicio por falta de proyección a la vida, honra y bienes.*
- *Falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.*
- *Muerte a civil en procedimiento de Policía.*
- *Muerte de Policía en ataque guerrillero.*
- *Falla del servicio por error jurisdiccional.*
- *Lesiones personales causadas con vehículo de uso oficial.*

- *Daños materiales causados por atentado terrorista.*
- *Daño al medio ambiente sano causado por fumigación de cultivos ilícitos.*

Por su parte, las 10 causas más costosas son:

- ***Falla del servicio por privación injusta de la libertad.***
- *Falla del servicio por falta de protección a la vida, honra y bienes.*
- *Desplazamiento forzado.*
- *Falla del servicio por omisión en las funciones de inspección, vigilancia y control, para evitar la captación ilegal de dinero.*
- *Falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.*
- *Daños materiales causados por ataque armado de grupos ilegales.*
- *Muerte por alud de tierra.*
- *Derecho a la seguridad y prevención de desastres.*
- *Violación al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles.*
- *Ejecutivo por no pago de sentencia o conciliación.*

Para la misma fecha, en materia de conciliación existen 3.029 solicitudes de conciliación relacionadas con Reparación Directa, por un valor total de \$ 3 billones de pesos.

Las principales causas de solicitud en número son:

- ***Falla del servicio por privación injusta de la libertad.***
- *Falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.*
- *Falla del servicio por falta de protección a la vida, honra y bienes.*
- *Lesiones personales a civil en procedimiento de policía.*
- *Falla del servicio por error jurisdiccional.*
- *Perjuicios económicos por indebida actuación administrativa.*
- *Lesiones personales por uso excesivo de la fuerza.*
- *Lesiones personales por accidente de tránsito.*
- *Muerte a civil en procedimiento de Policía.*
- *Muerte por accidente de tránsito.*

Con respecto a las principales causas de solicitud en valor son:

- ***Falla del servicio por privación injusta de la libertad.***
- *Falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.*
- *Falla del servicio por falta de protección a la vida, honra y bienes.*
- *Lesiones personales a civil en procedimiento de policía.*
- *Falla del servicio por error jurisdiccional.*
- *Lesiones personales por uso excesivo de la fuerza.*
- *Lesiones personales por accidente de tránsito.*
- *Muerte a civil en procedimiento de Policía.*
- *Muerte por accidente de tránsito.*
- *Allanamiento.*

Teniendo en cuenta la información suministrada por esta última entidad, la cual organicé teniendo en cuenta la cantidad de solicitudes y el valor total de la pretensión, la principal causa tanto por número como valor es la *-privación injusta de la libertad-*, al igual que en las conciliaciones, resultando la más costosa. Lo cual refleja que los particulares aún continúan siendo afectados en uno de sus derechos más preciados la *-libertad-* consagrada en el artículo 28 de nuestra Carta Magna, trayendo al traste la dignidad humana de las personas, lo cual desdice de los fines esenciales del Estado o principios fundamentales que el Estado debe garantizar a sus asociados.

4.4.- NECESIDAD DE UNA NORMATIVA QUE IMPLEMENTE LA REPARACIÓN EXPEDITA POR VÍA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

La L.270/96 en su Art. 73 le atribuye las competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa en primera instancia, entre los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado como segunda instancia.

Inicialmente los Juzgados Administrativos fueron creados con fines de descongestión por la L. 446/96, quienes conforme a la cuantía y atendiendo a la naturaleza del caso, asumirían las competencias que por varios años tuvieron los Tribunales Administrativos. No obstante, el Art. 73 de la L.270/96, el Consejo de Estado se pronunció sobre la competencia funcional de los Tribunales Administrativos y del mismo Consejo de Estado,

para el conocimiento privativo de las acciones de Reparación Directa instauradas por los particulares contra el Estado, por la vulneración de sus derechos, por el Error Jurisdiccional, por el Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia y la Privación Injusta de la Libertad, devolviendo con ello el conocimiento de estos asuntos a dichas corporaciones de primera instancia y segunda instancia respectivamente, por competencia funcional y exclusiva (Ruiz, 2010).

En ese sentido, tomando en cuenta una investigación realizada por estudiantes de la Universidad del Rosario (2010), con el auspicio de la Agencia Española para la cooperación y el Desarrollo (AECID) y la Agencia de Cooperación Alemana (GTZ), publicada por el diario el espectador, en la cual dan a conocer el tiempo en que se obtiene una respuesta por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, donde ésta resulta desalentadora 1.271 días aproximadamente para un fallo, mientras los Tribunales Administrativos tardan 1.790 días, en ciudades diferentes a Bogotá. En la Capital y Cundinamarca, los Juzgados Administrativos y el Tribunal, emiten sus sentencias en 137 y 258 días respectivamente.

Avizorado lo anterior, pese a que en Bogotá y Cundinamarca es más ágil, sin lugar a duda desdice de la administración de justicia. Lo anterior, aunado si se realiza una apelación, lo cual puede incrementar el número de días y si va al Consejo de Estado, para resolver si confirma o revoca los fallos de los Tribunales, lo cual no ha diferido mucho con la implementación de la L. 1437/11 (Ávila, 2010).

Con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento y Contencioso Administrativo L.1437 /11 se ve claramente que no ha sido propiamente una solución al problema judicial en nuestro país, el cual afecta todas las jurisdicciones en el derecho colombiano y el cual resalta la ineficacia del sistema judicial para resolver las controversias.

En nuestro país aproximadamente inician 9500 procesos judiciales diarios, los cuales congestionan de sobre manera el aparato judicial, lo cual devela que el acceso a la justicia en Colombia es precario, mostrando así cómo las personas que pretenden una respuesta por parte del Estado pueden demorar hasta 10 años para que les resuelvan su proceso en primera instancia, dejando un sin sabor a las personas que piden justicia (Rama judicial, 2013).

Además de observar la cantidad de procesos de todas las jurisdicciones, debemos advertir que estos van en aumento. El problema que se ha presentado con ocasión de las modificaciones del ordenamiento jurídico colombiano no es nuevo como lo he referido, y a su vez éste se ha tornado cada vez más conflictivo, ya que las leyes cambian vertiginosamente, resultando rezagado la permutación del ordenamiento jurídico conforme al espíritu del legislador, ya que el problema no es simplemente modificar las leyes, sino buscar su verdadera aplicación y eficacia.

En este orden de ideas, es de resaltar que el sistema judicial colombiano desde el año 1995 ha aumentado en un 95% los procesos, pero el personal responsable sólo ha ampliado su planta de personal en un 5% desde esa fecha hasta el día de hoy.

CAPÍTULO 5

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS

En el marco de la investigación me he permitido dedicar especial comentario, a la violación del derecho a la intimidad, mediante las interceptaciones ilegales.

El sistema de enjuiciamiento criminal adoptado en nuestro país en virtud de la L.906/04, comportó el acogimiento de nuevos patrones en el ámbito de la investigación y juzgamiento de las manifestaciones criminales.

Así las cosas, bajo este sistema la investigación se adelanta sin surtir un trámite de contradicción probatoria, pues solamente se tienen por tales, aquellas que han sido

practicadas en la fase de juicio y no en la de investigación, por oposición a lo acontecido en la vigencia anterior, en donde se investigaba con pruebas a las que se les atribuía vocación de permanencia.

Vale recordar que la Fiscalía ordenaba y practicaba por sí y ante sí pruebas, participando directamente en dicha labor, o comisionando a las autoridades de policía judicial para que acometieran tal propósito, procediendo luego a su valoración a efecto de decidir sobre la afectación o no de Derechos Fundamentales.

Realidad que cambio radicalmente al amparo del moderno ordenamiento, en atención a que ahora la Fiscalía no tiene dentro de sus atribuciones el decreto y práctica de pruebas, pues tan sólo puede ordenar a los organismos que cumplen funciones de policía judicial la realización de determinadas actuaciones en orden a obtener, identificar y proteger los denominados elementos materiales probatorios y evidencia física, para así consolidar una teoría del caso, edificada sobre la estructuración y desarrollo de un programa metodológico salvaguardado por la cadena de custodia.

Proceder sobre el que con posterioridad se tendrá que pronunciar el Juez de Control de Garantías, en salvaguardia de los Derechos Fundamentales, quien impartirá legalidad o no a las actuaciones previamente desarrolladas por los organismos de policía judicial bajo la orientación de la Fiscalía.

Dentro de las atribuciones conferidas en la actualidad a la Fiscalía, se encuentra la de ordenar la interceptación de comunicaciones, actuación que infortunadamente no se encuentra reglada en cuanto atañe a su quantum, es decir a la determinación del total de conversaciones que deben ser interceptadas, grabadas y colectadas por parte de los organismos con funciones de policía judicial, excepción hecha, de las conversaciones sostenidas entre el investigado y su defensor.

1. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y SIMILARES

"La legislación penal de un pueblo es la imagen fiel y el reflejo de su civilización, porque refiriéndose a los más altos intereses individuales y sociales, demuestra el estado de sus costumbres, y viene a ser la base sobre la que descansa la seguridad pública y privada, la libertad, el honor, la fortuna y aún la vida misma de los ciudadanos, que mediante la ley penal, se ponen en manos de los tribunales". (Nipels, 1912)

La protección al derecho a la intimidad, tuvo su primer desarrollo en la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, la primera en el mundo que, mediante su enmienda IV de 1791, que hace parte del Bill of Rights, proclamó el derecho a la intimidad

o vida privada, aunque ya se vislumbraba un desarrollo por parte de varios Estados, la mayoría de ellos europeos, mediante la costumbre o prohibiciones legales (Camargo, 2009).

De esta forma, una vez se expidió la Constitución de Filadelfia, muchos Estados que se habían independizado en América Latina, consagraron en su legislación el derecho a la intimidad como un derecho fundamental (Camargo, 2009).

Así mismo, éste alcanza su reconocimiento universal a través del Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en 1948; la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en vigor el 3 de septiembre de 1953; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y finalmente la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, denominada Pacto de San José, entre otros (Solove, 2009).

En nuestro país, el derecho a la intimidad como bien es sabido se encuentra preceptuado en el Art. 15 de la C.N., dicho derecho puede ser definido como:

Un derecho de orden personal, lo que quiere decir que su ejercicio y contenido queda directamente vinculado a la voluntad del titular de él. El sujeto del derecho a la intimidad es toda persona humana, sin tener en cuenta su condición, nacionalidad, edad, sexo, creencias políticas, religiosas, etc., es decir, que todas las personas integrantes del género humano tienen derecho a la intimidad personal y familiar, ya que ésta jamás podemos ubicarla en determinadas clases sociales, o en cabeza de un número específico de personajes que por su condición social podría pensarse que es exclusiva. (Lopez, 2004)

La Corte Constitucional que se ha venido ocupando del tema, al respecto ha sostenido que:

El derecho a la intimidad permite en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concebía en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. (C-640/2010, 2010)

Es entonces cuando decimos que todas las personas gozan del derecho a la intimidad en su esfera familiar y social, - el cual permite a su vez el desarrollo del derecho a la libertad-, estamos indicando que se debe tener en cuenta la forma de comunicación que ejercen las personas. Actualmente, la tecnología ha tenido un gran desarrollo en las

comunicaciones, por ello es fácil concluir que éstas pueden ser interceptadas por terceros, los cuales quieren obtener un provecho.

De esta forma, debemos recordar cómo la ONU en su informe del 23 de enero de 1973 recomendó penalizar el hecho de interceptar comunicaciones sin que se cumplan las formalidades preceptuadas en la ley, y sin autorización del órgano competente, también recomendó que en los casos en que se quiera interceptar una comunicación deben limitarse a delitos que afecten gravemente la seguridad nacional o a delitos de alta gravedad.

En este punto, puedo afirmar que el derecho a la intimidad es inviolable, es así como reiteradamente la Corte Constitucional en la sentencia T-233 de 2007 dice que en el caso en que un tercero quiera penetrar la esfera de privacidad de determinada persona, debe hacerlo por medio de autorización judicial o mediante autoridad competente. Ésta sentencia hace énfasis en la recolección de pruebas las cuales deben hacerse conforme a la formalidades legales, de lo contrario su inclusión estaría viciada por la violación a la C.N. en su Art. 15.

Las sentencias T-538 de 1992 y T-517 de 1998 sostienen que el derecho a la intimidad no sólo se encuentra en la persona, este también se extiende a su círculo familiar y social, por ello este alto Tribunal hace extensiva la concepción de domicilio traída por el Código Civil, el cual sólo se refería a su domicilio o lugar de residencia. El derecho a la intimidad

se extiende a aquellas relaciones de la persona que ejerce comúnmente fuera de su hogar y deben estar protegidas por el derecho fundamental de la intimidad. De esta forma, si bien las personas recluidas en un centro carcelario gozan de cierta protección a su intimidad, no en la magnitud que lo hace una persona libre, pero sí se tiene que respetar dicho derecho.

Lo plasmado hasta aquí, sirve para referirnos al núcleo esencial de este derecho, el cual tiene características de:

(...) especialidad e inherencia en cuanto que sin él quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, siendo propio de la persona que con él nace y desaparece; y extra patrimonialidad, es decir que sobre él se carece de disponibilidad; siendo por eso intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no susceptible, en sí mismo considerado, devaluación económica, aunque pueda tener, eventualmente, efectos patrimoniales. (Corte Constitucional, 1996)

Como bien es sabido, la jurisprudencia constitucional dice que los derechos no tienen carácter absoluto, es decir que éstos se puedan ejercer de una forma que llegue a afectar los derechos de la comunidad en general, por esto muchos de ellos en ciertos aspectos son regulados por el legislador, el cual en uso de sus facultades constitucionales puede limitar este derecho, sin afectar el núcleo esencial del mismo. Es decir no permitir el ejercicio de éste, ya que la ley trunca su realización.

En ese sentido el Art. 28 de la Carta Magna señala que todas las personas son libres, así mismo, sostiene que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables (Sentencia C-037/96, 1996). Dicho derecho tiene estrecha relación con la intimidad, ya que este último es una extensión de la libertad personal, como ocurre en relación con la inviolabilidad del domicilio.

Es de tanta trascendencia este derecho y su inviolabilidad en materia de comunicaciones que el constituyente del 86 lo consagró en el Art. 38 -La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable-.

En la Constitución actual se hizo extensivo a todas las formas de comunicación. El carácter de inviolable es necesario para el desarrollo de la persona y de la comunidad en sí, al respecto la Corte Constitucional ha sostenido:

El libre derecho de comunicarse afecta, hasta el extremo de hacerlo inútil cuando el contenido de la comunicación carece de la necesaria espontaneidad, por el temor a la injerencia extraña o a la exposición pública del mensaje o del intercambio de expresiones, lo que implica, obviamente, vulneración del derecho, también fundamental, a la intimidad. (Sentencia C-1024/02, 2002)

En ese mismo sentido, refiere lo siguiente sobre el tema:

(...)Resulta apenas obvio que la Constitución Política, en su artículo 15, inciso tercero, señale de manera precisa y perentoria que las comunicaciones privadas no pueden ser objeto de interceptación o de registro, sino mediante orden judicial, por un caso específicamente autorizado por Ley y (sic) siempre y cuando se cumplan de manera estricta las formalidades señaladas en ella. Aquí, de nuevo como se observó tratándose de la libertad personal han de concurrir para proteger ese derecho fundamental, las tres ramas del poder público; el legislador, que señala en cuales casos y de acuerdo con cuales formalidades, el juez, que ante la situación concreta no puede proceder sino cuando la cuestión fáctica se enmarca dentro de la legislación y el ejecutor de la orden impartida por el juez, que para la interceptación o registro ha de hacerlo con estricta sujeción a dichas formalidades. (Sentencia C-1024/02, 2002)

Ahora bien, en este punto se hace necesario tener un concepto del derecho a la intimidad en relación con las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y semejantes, el cual puede definirse como el derecho en el que cual su titular, es decir cualquier persona (sin importar si es extranjera o nacional, natural o jurídica, viva o fallecida) no desea que se lleven a cabo escuchas telefónicas hechas por él, por parte de terceros, ya sean particulares o el mismo Estado, los cuales le pueden sesionar el ejercicio de su libertad, su seguridad y hasta su misma integridad.

En relación con el concepto o la significación atribuible a la actuación denominada - interceptación de comunicaciones telefónicas y similares-, debe señalarse que no existe en el ordenamiento jurídico procesal penal colombiano una descripción normativa que determine en su integridad dicho acto, de hecho los desarrollos legislativos con respecto a la institución comentada sobresalen por su ausencia. (Sentencia C-798/06, 2006) (Congreso de la República, 2004)

No obstante, es de anotar que el máximo órgano asesor y consultivo de la actividad de policía judicial, en uso de sus atribuciones legales, en especial las conferidas en el Art.45 de la L.938/ 04, mediante Acta No. 53, aprobó el Manual único de policía judicial, en el que definió la actuación objeto de estudio como:

El proceso por medio del cual se capta la información que se trasmite a través de comunicación telefónica, radiotelefónica y similar que utilice el espectro electromagnético, por medio de grabación magnetofónica o similar, para obtener EMP y EF de interés la investigación (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2006 p.51).

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia se centra en la interpretación de las normas procesales sin que tales fallos logren superar la insuficiencia de la regulación legal, déficit de garantías, la mayor parte de los fallos refieren a la validez y licitud probatoria de las comunicaciones realizadas por uno de los interlocutores (Farfan, 2005).

De esta forma, la jurisprudencia penal y constitucional doméstica, se ha mostrado bastante tímida en cuanto se refiere a la conceptualización de la medida objeto de estudio, limitándose simplemente a parafrasear el texto del Art.235 de la obra procesal penal vigente.

Tampoco dentro de la Doctrina nacional ha habido mayores adelantos sobre el particular, empero autores como REY VEGA refieren la institución en comento, bajo el siguiente tenor:

La interceptación de comunicaciones, consiste en el monitoreo y continuo registro magnetofónico o por cualquier medio electrónico conocido de las llamadas telefónicas recibidas y emitidas desde un abonado telefónico (Vega, 2004, Pág. 204).

De cara a lo anterior, la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares tiene la naturaleza de un acto de investigación, es decir un procedimiento reglamentado, propio de la etapa de indagación e investigación en caminado a determinar, obtener y asegurar elementos materiales con vocación probatoria, evidencia física e informaciones relacionadas con la conducta de connotación delictiva realizada.

En tanto que la etapa de indagación e investigación actualmente se adelanta sin surtir una contradicción probatoria, significa lo anterior, que la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, por sí misma no constituye prueba, especie que se reserva para los medios de conocimiento decretados y practicados en un juicio público y oral, ante el juez de conocimiento, con inmediación, contradicción, concentración y las demás garantías fijadas por la ley.

En este sentido, resulta pertinente consultar al respecto la obra titulada El proceso Penal - Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, de la Universidad Externado de Colombia de JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (2004), quienes advierten que durante la etapa de investigación no hay práctica de pruebas en sentido estricto, pues como regla general no existen facultades jurisdiccionales, no hay contradicción y no hay permanencia de la prueba.

Clarifica de forma palmariamente lo expuesto con anterioridad MARÍN VÁSQUEZ, quien refiriéndose comparativamente a los elementos materiales probatorios precisa:

Así pues, de acuerdo con la reforma constitucional (Acto Legislativo No.03 de 2002) y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en el sistema probatorio colombiano son categorías discernibles los actos de investigación, los elementos materiales probatorios y las pruebas. Los actos de investigación son procedimientos reglados para descubrir y asegurar los objetos, huellas, documentos, armas y otros similares

(denominados elementos materiales probatorios) e informaciones en la búsqueda de la verdad sobre el delito y los presuntos responsables. De modo que los elementos materiales probatorios e informaciones pueden ser el resultado de los actos de investigación, mientras que la prueba es el método legalmente diseñado para hacer afirmaciones probables, a partir de los elementos e informes regularmente evidenciados, y en verificar que tales aciertos correspondan a la realidad de un hecho pasado. Así entonces, los actos de investigación y los elementos materiales probatorios se hallan en una relación de causa a efecto y sólo dan lugar a una descripción, mientras que la prueba es un procedimiento sintético y prescriptivo que tiene como antecedentes los actos de investigación y sus hallazgos (los elementos materiales probatorios o evidencias físicas). (Marin R, 2004 págs 33-35.)

En relación con lo anterior, el Art. 235 del C.P el cual fue modificado por al Art. 52 de la L.1453/11, consagra que:

El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación. En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor. La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse a juicio del fiscal si subsisten los motivos fundados que la originaron.

La orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías. (Congreso de la República, 2011)

Vemos entonces que se amplía el término a 3 meses más para un total de seis meses los cuales son prorrogables; sí a juicio del fiscal, subsisten motivos fundados sin consagrarse o definirse que puede entenderse o considerarse un "motivo fundado". Lo cual da pie a que una persona pueda ser investigada durante un periodo de tiempo indeterminado, al no establecerse un límite de prórrogas. No obstante, dicha facultad o poder que residía en el fiscal, fue limitado al exigírsele un control por parte del Juez de Control de Garantías.

Debemos señalar que el haber otorgado facultades jurisdiccionales al fiscal a través del Acto Legislativo 003 de 2002, (siendo una institución eminentemente administrativa), obedece a una maniobra para pasar por alto la exigencia consagrada por el constituyente del 91, ya que no modificaron el texto referente a la intimidad, en el cual el Juez es el único que puede restringir este derecho. Realizar un control ex -post, una vez ha sido

vulnerado el derecho, compulsando copias o indemnizar a los afectados, no les restablece el derecho ya violado.

En igual sentido, cuando la Fiscalía General de la Nación usurpa facultades propias de los jueces, se denota el desequilibrio al que se enfrentan los ciudadanos y los abogados defensores frente a este poder que desdice de su función en el Sistema Acusatorio, donde se habla de una igualdad de armas; pero donde el fiscal se casa con una teoría del caso, desarrolla su interés y utiliza toda la maquinaria e infraestructura, para demostrar lo que éste considera que es la verdad.

De esta forma, la adopción en Colombia de un sistema de investigación y enjuiciamiento criminal de marcada tendencia acusatoria después de siglos de cultura inquisitiva, exhorta al país a reformular los contenidos de algunas instituciones del derecho procesal penal.

Así las cosas, tratándose de las actuaciones de policía judicial resulta mandatorio replantear el tema de la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, en orden a superar los rezagos de la antigua forma de adelantar las investigaciones criminales y reivindicar el respeto por el derecho a la intimidad consagrado en el Art.15 de la Constitución Política, en particular en cuanto atañe al secreto de las comunicaciones privadas.

2. DAÑOS POR LA INTERCEPTACIÓN ILEGAL DE COMUNICACIONES

El secreto de las comunicaciones como derecho fundamental subjetivo como lo advertimos, no posee un carácter absoluto y puede, por lo tanto, estar sujeto a límites consagrados por el legislador, los cuales en algunas ocasiones son vulnerados en aras de la preservación de otros derechos o la protección de intereses del Estado, acarreándose consigo un daño.

En este punto, la Corte Constitucional concibe a las víctimas como las personas en quienes se materializa la conducta típica y los perjudicados como los que han sufrido un daño a causa de ésta, así no sea patrimonial como consecuencia directa de la comisión del delito (Sentencia C-1024/02, 2002).

En ese sentido, el daño ha sido definido por la jurisprudencia como un hecho consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causada a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., y supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de los que goza un individuo el cual debe ser antijurídico, lo que significa que es contrario a derecho y que el particular no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir carece de causa legal que lo justifique.

Así mismo, la Doctrina y la jurisprudencia, lo ha clasificado como: material e inmaterial. El primero, corresponde a aquel que es susceptible de ser medible o cuantificable en dinero, el cual comprende el daño emergente referente a los gastos en que ha incurrido o deberá incurrir la víctima para mitigar las secuelas y el lucro cesante que atiende a la cesación de una ganancia o productividad por parte de la víctima en sí misma considerada o de un bien; respecto al daño inmaterial, es aquel que carece de contenido económico o al menos una aproximación pecuniaria para sus titulares el cual comprende, el daño a la vida en relación, daño al proyecto de vida, daño a la honra y el daño sexual; no obstante existen serias dificultades entre estas dos categorías [daño material e inmaterial] (Henaó, 1998).

En este punto, he querido traer a colación un caso de la vida real en España, en donde se resalta la importancia del derecho a la intimidad para luego realizar algunos juicios hipotéticos, publicado por el -Diario Ya- de Madrid, el cual es citado por Edgar A. Escobar López y Luz Fabiola Marulanda Otálvaro (2004), en su obra "El derecho a la Intimidad".

En ese orden de ideas tenemos que:

"El 18 de junio de 1992, el Tribunal Supremo español dictó un auto por medio del cual ordenaba la destrucción de todas las cintas y transcripciones mecanográficas de las conversaciones telefónicas mantenidas por tres miembros de cierto partido político (el

llamado Partido Popular) y un empresario. Esas conversaciones fueron, en principio, medio de prueba para procesar a esas personas por un delito de cohecho, en el llamado - Caso Naseiro-".

En éste, el Tribunal consideró que con estas grabaciones se habían vulnerado Derechos Fundamentales y resaltó que la intromisión a la vida privada de las personas, en punto de la interceptación telefónica, representaba una de las injerencias más graves a la intimidad.

Así mismo, el periódico -El país- de Madrid en su publicación XVIII, No. 6.045 del martes 16 de noviembre de 1993, citado por los autores mencionados anteriormente, señala:

"La poderosa red de escuchas ilegales y extorsión desarticulada ayer llegó a alcanzar una inigualable maestría en el uso del material de intervención de conversaciones privadas. Sus miembros no sólo eran capaces de "pinchar" las líneas telefónicas... Existen ejemplos de que llegaron a sacar una rentabilidad doble a las conversaciones intervenidas a algunos empresarios. Por un lado, extorsionaban al empresario «pinchado», al que amenazaban con difundir las conversaciones que le habían intervenido. Una vez cobrado el precio del chantaje, revendían la mercancía a otros empresarios. El contenido, así, de una sola cinta de grabación podría dar un resultado incalculable...".

En este caso, la interceptación telefónica se había ordenado únicamente para investigar el caso de narcotráfico, su utilización en el presunto delito de financiación ilegal, no gozaba de supervisión judicial, razón por la cual se originó el archivo del caso.

Ahora bien, en este caso donde se entre mezclan negocios particulares, comisiones para el partido y cuestiones políticas, vale la pena reflexionar sobre los daños que pueden originarse: -Hipótesis 1- se intercepta la comunicación de un político, donde le confiesa a un amigo que es bisexual y le fue infiel a su esposa con un hombre, se filtra esta información y le acarrea el repudio de su esposa, hijos, familiares, amigos y seguidores al partido político, si bien no es susceptible de ser evaluado en dinero, resulta claro que produce una gran afectación. En la - Hipótesis 2- un prestigioso empresario de la industria farmacéutica revela a un familiar una grave enfermedad que lo aqueja y la euforia de haber descubrimiento una fórmula que es promisorio para mitigar este tipo de enfermedades, se hace público la enfermedad que este padece junto con la fórmula que éste desarrollo y a la cual invirtió bastante tiempo y dinero, caso en el cual concurre un daño inmaterial como material. En ambas hipótesis, pese a las investigaciones penales y disciplinarias que puedan adelantarse o realizarse y sean indemnizadas las víctimas, no es posible restablecer sus derechos al estado inicial.

Por otra parte, es menester resaltar que la promulgación de la Constitución Política de 1991, trajo consigo grandes avances en cuanto a los derechos de las personas, ya que el constituyente reconoce que fuera de las pretensiones económicas, las víctimas y

perjudicados, tienen derecho a la obtención de la verdad y que se haga justicia, a contrario sensu, de lo que consagrado el constituyente del 86, en donde se limitaba a la persecución del pago de perjuicios e indemnización, ya que el modelo de Estado no obligaba al operador jurídico a realizar una interpretación de forma conjunta con los valores y principios de la Carta Magna, ni la aplicación de tratados internacionales (Torres Rojas, 2010).

Bajo la anterior perspectiva y conforme a nuestro modelo de Estado el juez, es el único que puede restringir de forma intensa estos derechos, en atención a sus facultades jurisdiccionales ya que la búsqueda de la verdad no es posible conseguirla a cualquier precio, debe sujetarse a lo consagrado por el legislador como válido, atendiendo a los condicionamientos constitucionales e internacionales, resultando imperante tomar cartas en el asunto en vista de los ostensibles vacíos y perjuicios que se pueden originar, castigando severamente a quienes se les determine su responsabilidad.

Es claro que el derecho a la intimidad se ha dado desde antaño, teniendo asiento por parte de los Estados en sus constituciones e instrumentos internacionales, de forma tal que no se deja simplemente a lo que establezca la ley. Derecho que incluso se extiende a los consanguíneos más próximos, siendo deber de los Estados respetarlo y velar por la protección del mismo.

En Colombia pese a su consagración en la constitución en el artículo 15, inciso tercero, de forma precisa y perentoria, se erigen un sin número de dificultades, consecuencia de la ausencia de desarrollos legislativos en torno al tema objeto de estudio. De esta forma, se propugna y se exhorta a las tres ramas del poder público, por la expedición de una reglamentación donde se consagre de forma expresa en qué casos pueden darse las interceptaciones, qué se considera un motivo fundado, consagrar un límite de tiempo, un límite al número de prórrogas, determinando las formalidades y castigando con penas severas (incluso la pérdida del cargo) a las personas responsables o los funcionarios que no cumplen con sujeción la ley, Vgr. superan o continúan con la interceptación, divulgan la información, la ponen en conocimiento de terceras personas etc., de forma tal que se restablezca el equilibrio entre las necesidades gubernamentales y los derechos protegidos de nuestros ciudadanos, permitiendo la optimización de dicha actividad investigativa sin que comporte la conculcación del derecho fundamental.

CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, ha sido un tema que ha tenido grandes transformaciones, e innovaciones las cuales han incidido en la Constitución Política, donde se consagró que nuestro país es un Estado Social de Derecho, el cual garantiza la efectividad de los derechos, principios, y deberes consagrados en la misma, convenios e instrumentos internacionales, concibiendo como fin último la protección de las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, libertades, bienes, creencias y demás derechos, surgiendo el derecho penal y el administrativo como un instrumentos que converge para propender por la protección y frenar la arbitrariedad.

No obstante, el tema de la responsabilidad Patrimonial del Estado derivada de las actuaciones de Policía Judicial, pese a su consagración en el Título III de la Ley 270 de 1996, se erigen un sin número de dificultades a pesar de haber claridad entre la manera de agrupar este tipo de supuestos a saber, Error judicial, privación injusta de la libertad y funcionamiento defectuoso de la Administración de justicia, consecuencia de la ausencia de desarrollos legislativos en torno al tema, y desarrollo doctrinario nacional.

De esta forma, son numerosos los casos en que la arbitrariedad de los funcionarios en cuanto a sus actuaciones y facultades se refiere, no sólo afecta a terceros, si no a la propia

investigación en curso, en la cual se verán perjudicadas de manera colateral las víctimas propias del proceso penal. En ese sentido, investigaciones de diversa naturaleza, se han visto cuestionadas por parte del juez generando nulidades, ilegalidad o ilicitud de los EMP o EF, conllevando a su exclusión lo cual se traduce en el fracaso de las investigaciones, mostrando así la labor deficiente llevada por los investigadores.

Aunado a lo anterior, el Congreso de la República por medio del Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó la Carta fundamental en su Art. 116, en la cual le otorgó facultades jurisdiccionales a la Fiscalía General de la Nación, facultades que sólo le pueden competir a los jueces, quienes son los únicos en los cuales debe residir la facultad de administrar justicia con la cual se evidencia, de igual manera, el sentido impropio, desfigurado, desbordado y amplio del lenguaje, conforme al sentido etimológico de la palabra jurisdicción, resultando sorprendente el actuar del legislador al entremezclar el significado de ésta, el cual es declarar derecho frente a mandar, hacer, ordenar, sumado a la esquizofrénica disposición de exceptuar las actuaciones en comento de la regla general en materia de actividades de policía judicial que implican la afectación de derechos y garantías fundamentales que específicamente sólo deberían ser realizadas con autorización previa proferida por el juez de control de garantías.

Lo cual implica, que la Fiscalía General de la Nación continúe siendo objeto de múltiples críticas por diferentes doctrinantes, activistas y juristas entre otros, al cual le sumamos esta postura, considerando impropio el carácter de la Fiscalía al poseer funciones judiciales en las que se afectan un sin número de Derechos Fundamentales en

diferentes grados como la intimidad o la libertad, al no tener un carácter absoluto e ilimitado, como en el registro y allanamiento, retención de correspondencia, examen y devolución de correspondencia, interceptación de comunicaciones, recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, las cuales deberían requerir una orden judicial previa en margen del garantismo, contrario sensu, las actuaciones que reconocemos deben ser de carácter exclusivo como en la inspección del lugar del hecho, inspección de cadáver, inspección en lugar, exhumación, búsqueda selectiva en bases de datos, actuaciones tipificadas en nuestro código de Procedimiento Penal que afectan de manera leve Derechos Fundamentales, fomentando la celeridad de los procedimientos y el combate del crimen en procura de una justicia material.

De esta forma, el sistema acusatorio implantado en nuestro país no se constituye como un modelo puro, pues las atribuciones tanto acusatoria como decisoria, que deben estar asignadas a diferentes órganos residen de cierta forma en la Fiscalía, siendo las diligencias practicadas por la Fiscalía o la policía judicial actos preparatorios medios de prueba y el único escenario donde se constituyen las pruebas es en el juicio oral, denotándose un desequilibrio al que se enfrentan los ciudadanos y los abogados defensores, frente a este poder que arrasa con la validez, legitimidad y que desdice de su función en el Sistema Acusatorio, donde se habla de una igualdad de armas pero donde el funcionario se casa con una teoría del caso, desarrolla su interés y utiliza toda la maquinaria e infraestructura del Estado, para demostrar lo que este considera que es la verdad, resultando imperante

que sea el juez de Control de Garantías, quien sea el único que pueda restringir Derechos Fundamentales.

Es así como, debe señalarse que ésta es una labor tan compleja que no puede dejarse en manos del criterio de una sola persona, de allí que en Estados Unidos y España, exista un jurado de conciencia o un jurado mixto como el caso de Italia y Alemania, lo cual de cierta forma fija un límite y no se le otorguen facultades exorbitantes.

Estas consideraciones eclécticas sobre la conveniencia de un mayor control frente a ciertas actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, son el resultado de la ponderación entre el garantismo y el eficientismo, la realidad de los derechos y la celeridad de los procedimientos, el ajuste de directrices macro, el combate del crimen, los principios y valores constitucionales con el único fin de brindar un sistema judicial que ofrezca una justicia objetiva, imparcial, idónea y real.

De esta forma, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales por parte de legislador, a la FGN por medio del Acto Legislativo 03 de 2002 que modifica, la Carta fundamental en su Art. 116, y que le otorgan facultades jurisdiccionales a la Fiscalía General de la Nación al igual que su inclusión dentro de la estructura de la rama judicial del poder público, la hace justiciable en los términos del Art. 90 de la C.N. y el Título III de la Ley

270/96, a título de defectuoso funcionamiento de administración de justicia, como se pudo decantar en este trabajo de Tesis.

Finalmente, se debe tener en cuenta que es un tema que resulta imperioso ya que las personas se encuentran en un sofisma, en el cual consideran que no les concierne porque no cometerán delitos y se encuentran confiados en que nunca serán víctimas, y en el cual el Estado debe propender o garantizar mecanismos para la reparación de las personas víctimas de la arbitrariedad del actuar de algunos funcionarios de policía judicial, quienes en ocasiones no se desarrollan su actividad de la mejor forma, evitando la victimización y re victimización que deben soportar las propias víctimas y sus familiares, produciendo una desconfianza del sistema judicial, siendo imperante la creación de un mecanismo expedito distinto al que hoy en día se tiene que acudir para una reclamación por parte de los afectados, ante la jurisdicción contenciosa administrativa de 10 o 12 años, con mayor razón si tenemos presente que la Jurisprudencia del Consejo de Estado no se ha pronunciado al respecto, por encontrarse desatando casos del sistema anterior, daños los cuales si bien pueden ser susceptibles de una reparación económica, difícilmente podrá regresar al estado anterior de las cosas, erigiéndose en un tiempo desmesurado en el cual las personas prefieren dejar el estado actual de las cosas.

REFERENCIAS

Ávila, P. R. (2010). *Justicia Administrativa a paso de tortuga*. Retrieved 18 de julio de 2013 from El Espectador: <http://www.elespectador.com/impreso/nacional/articuloimpreso181337-justicia-administrativa-paso-de-tortuga>

Bastidas, Y. R. (2005). *Sistema Acusatorio Colombiano*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Congreso de la República, Diario Oficial No.48.1010. (Ley de Seguridad Ciudadana Ley de Seguridad Ciudadana de 2011).

Congreso de la República. (2004). *Ley 906 de 2004*. Bogotá D.C. : Diario oficial No. 45.658.

Consejo Nacional de Policia Judicial. (2005). *Manual único de Policia Judicial*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Corporación excelencia en la justicia 2002 *Reforma Constitucional de la Justicia Penal* Bogotá D.C. Legis S.A.

JAIME BERNAL CUELLAR y otro. (2004) *El proceso Penal - Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Delgado, C. J. (2006). *La responsabilidad Patrimonial del Estado derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia*. Bogotá: Ibañez.

Diario Ya, Madrid, número 17.221. Viernes 19 de junio de 1992, pág. 9., citado por Escobar López Edgar A., Marulanda Otálvaro Luz Fabiola. (2004), "El derecho a la Intimidad". Bogotá. Ediciones Doctrina y ley Ltda.

Estrada, Á. C. (2006). *Responsabilidad patrimonial del Estado*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

Garavito, C. R. (2009). *La globalizacion del estado de derecho*. Bogotá D.C., Universidad de los Andes.

Gil. E. (2011) *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá D.C., Colombia Editorial Temis S.A.

Gheri, C. A. (2003). *Responsabilidad de los jueces y Juzgamiento de funcionarios*. En D. A. Depalma. Buenos Aires: Astrea.

- Henao, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho Colombiano y Francés.* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Incidencias de la privación injusta de la libertad conforme a la nueva normatividad penal Bogotá.Universidad Nacional de Colombia
- León, W. F. (1996). *Fiscalía: juez y parte.* Bogotá D.C.: Ediciones librería del profesional.
- Ley 270 1996Ley Estatutaria de Administración de Justicia.Bogotá D.C.Diario Oficial 42.745
- Marín Vásquez, R. (2004). *Sistema acusatorio y prueba.* Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- Ministerio de Justicia y del Derecho . (1993). *Relaciones entre la Fiscalía y la Policía Judicial.* Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia. .
- Moreno, A. J. (2003). *Funciones Jurisdiccionales y Administrativas de la Fiscalía.* Obtenido de revistas.uxternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/.../997
- ONU. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos.* Recuperado el 10 de Diciembre de 2012, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>
- ONU. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos.* Recuperado el 10 de Diciembre de 2012, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>
- Palacios, R. A. (10 de Enero de 2010). Justicia administrativa, a paso de tortuga. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Publicaciones el Espectador.
- Perdomo & Mora. (2012). Principios que orientan las actuaciones de Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio. En P. & Mora. Bogota, D.C- Colombia: Ibañez.
- Periódico El país -Desarticulada una red de escuchas a empresarios-, Madrid, martes 16 de noviembre de 1993, citado por Escobar López Edgar A. Marulanda Otálvaro, Luz Fabiola “El derecho a la intimidad”. (2004). Bogotá. Ed. Doctrina y ley Ltda.
- Posada, A. M. (2001). *La violencia en Colombia.* Bogotá D.C.: Alfaomega-Cambio.
- Rama judicial (2013).Estadísticas judiciales. Retrieved 18 de julio de 2013 from <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/publicaciones/index/categoria/374/ESTADISTICAS-JUDICIALES>

- Real academia de la lengua Española. (2009). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición*. Madrid: Real Academia Española.
- Real Academia de la Lengua Española. (10 de Diciembre de 2012). *Real Academia Española*. Recuperado el 10 de Diciembre de 2012, de <http://lema.rae.es/drae/?val=flagrancia>
- Rincón, L. E. (2003). Responsabilidad del Estado po el Funcionamiento de la Administración de Justicia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón, L. E. (2003). *Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia*. . Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. .
- Rodríguez, G. C. (2009). La Globalización del Estado de Derecho. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rey, V. C. (2004). La información en la investigación e inteligencia judicial. Bogotá: Editorial Leyer.
- Ruiz, O. W. (2010). Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe ediciones.
- Bermúdez, C.E. (2000). Incidencias de la privación injusta de la libertad conforme a la nueva normativa penal en Colombia. Tesis, Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, UN.
- Solove, Daniel. (2009). *Understanding Privacy*. London. Harvard University Press.
- Torres Rojas, A. A. (2010). *Análisis del tratamiento jurídico penal a las víctimas y perjudicados con el delito en Colombia*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Vallejo, M. A. (2012). *Código de procedimiento penal Anotado*. Bogotá D.C.: Leyer Editores.
- Villamizar, M. (2008). *El sistema de procedimiento penal de tendencia acusatoria en Colombia: una revisión desde el derecho comparado al proceso de reforma*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Vilmer.J.B., J. (2009). Réparer l'irréparable. Les réparations aux victimes devant la Cour Pénale Internationale. Paris: PUF.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. (1972). Sala de Casación Sentencia 15 febrero de 1972. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-024/1994. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-037/1996. Bogotá. D.C.

Corte Suprema de Justicia. (1996). Sentencia del 22 de octubre de 1996, radicado No. 9579. Bogotá D.C.

Consejo de Estado. (2000). Sentencia de 27 de julio de 2000 exp 12168. Bogotá. D.C.

Corte Suprema de Justicia (2000). Sentencia 23 de noviembre de 2000, radicado No. 13255. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-1024/2002*. Bogotá. D.C.

Consejo de Estado. (2002). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia de marzo 14 de 2002, exp.25000-23-26-000-1993-9097-01(12076). Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-1092/2003*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-787/2004*. Bogotá. D.C.

Consejo de Estado. (2004). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 25000-23-26-000-1995-01552-01 (14589).

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-591/2005*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-673/2005. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-822/2005*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional.(2005). *Sentencia C-1191/05*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-789/2006*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C- 798/2006*. Bogotá. D.C.

Consejo de Estado. (2007). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo 2 de 2007, exp.20001-23-31-000-1997-03423-01(15463). Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-127/2007*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-210/2007*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-336/2007*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-479/2007*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-519/2007*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-025/2009*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-131/2009*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-806/2009*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-334/2010*. Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-640/2010*. Bogotá D.C.

Consejo de Estado. (2011). *Sentencia 19001-23-31-000-1995-02029-01(18452)* Bogotá. D.C.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-301/2012*. Bogotá. D.C.

Consejo de Estado. (2012) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de diciembre 12 de 1996, exp. 10.299. Bogotá D.C.

BIBLIOGRAFIA

- Aberastury. P y otros. (2008) Responsabilidad del Estado Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni.
- Aberastury. P. (2007) Responsabilidad del Estado. Buenos Aires, Argentina. Editorial Lexis Nexis. Abeledo-Perrot.
- Arenas. H. (2009) ¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano. Editorial Universidad del Rosario.
- Arévalo. H. (2010) Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios. Bogotá D.C., Colombia. Grupo editorial Ibáñez.
- Castro. A. (2006) Responsabilidad Patrimonial del Estado México D.F. Editorial Porrúa.
- Colautti. C. (2003) Responsabilidad del Estado. Problemas Constitucionales. Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores.
- Córdoba. J y otros (2003) Estudios Procesales No 1. Bogotá D.C., Colombia. Editorial Imprenta Nacional.
- Cuadros. O. (2008) Responsabilidad del Estado Fundamentos. Aplicaciones. Evolución Jurisprudencial. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.
- Dueñas. R (2008) La Responsabilidad del Estado ante las Acciones Jurisdiccionales Bogotá D.C., Colombia. Editorial Universidad del Rosario.
- García. J. (2005) Conferencias sobre el Proceso Penal Acusatorio. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Garrido. V. (2004) La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Valencia, España Editorial Tirant lo Blanch.

Gonzales. A. (2009) La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá D.C., Colombia. Editorial Leyer.

González. A. (2009) Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch.

Martín. P. (2006) La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal. Barcelona, España. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Montero. J.(1988) Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial. Madrid, España. Editorial Tecnos S.A.

Ochoa. S. (2008) Curso Teórico Práctico de Policía Judicial, Policía Científica y Técnica de Policía Judicial. Medellín, Colombia. Señal Editora.

Parra. W. (2003) Responsabilidad Patrimonial Estatal Daño Antijurídico. Bogotá D.C., Colombia Editorial Universidad Autónoma de Colombia.

Puigpelat. O. (2002) La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. Madrid, España. Editorial Civitas Editores.

Queralt. J. J. (1999) Introducción a la Policía Judicial. Barcelona, España. J.M. Bosch Editor.

Rebollo. L. (1983) Jueces y Responsabilidad del Estado. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales.

Saavedra. R. (2005) La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez

Serrano. L.G. (2005) Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y ley Ltda.

Tawil. G. (1989) La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediciones Depalma.

Zuleta. J. (2003) Reforma a la Fiscalía y Sistema Acusatorio. Acto legislativo No. 03 de 2002 (Diciembre 19).Bogotá D.C., Colombia. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

ANEXO 1

**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
POLICÍA NACIONAL**



SECRETARÍA GENERAL

MINISTERIO DE DEFENSA
POLICÍA NACIONAL

Unidad: _____
 Radicado: _____
 Recibido por: _____
 Fecha: _____ Hora: _____

044481

No.S-2014- / ARDEJ-GUSEC 29.17

Bogotá, 7 FEB 2014

EDIFICIO STO DOMINGO RECIBIDO

14 FEB 12 PM 3:23

Señor
CARLOS ANDRÉS HUÉRFANO FLÓREZ
 Carrera 7 No.12-25 oficina 304 edificio Santo Domingo
 Ciudad

ASUNTO: Respuesta derecho de petición

En atención a su derecho de petición radicado bajo el número 011627, de manera atenta me permito darle respuesta en los siguientes términos:

DEMANDAS QUE CURSAN EN CONTRA DE LA POLICÍA NACIONAL POR REPARACIÓN DIRECTA

No. PROCESOS	VALOR PRETENSIONES	No. PROCESOS	VALOR PROVISIONES
6255	\$ 11.856.908.413.429,00	1010	\$ 277.206.624.267,00

PRINCIPALES CAUSAS DE DEMANDA EN REPARACIÓN DIRECTA

Privación injusta de libertad	Ataque terrorista
Procedimientos policiales	Accidente de tránsito
Utilización indebida de armas de fuego	Omisión de protección

El pago de sentencias y conciliaciones efectuados por condenas en contra de la Policía Nacional, en la vigencia del año 2013, por reparación directa, fue por un valor de \$70.915.958.425,58.

Atentamente,

Coronel CIRO CARVAJAL CARVAJAL
 Secretario General

Elaborado por: SP Nilyreth Garzón
 Revisado: ST Liliana Franco
 Revisado: TE Paula Villarreal



Nº. GP 133 - 1
 Nº. SC 645 - 1
 Nº. CD - SC 645 - 1

Carrera 59 No.26-21 CAN, Bogotá
 Teléfono 3159000 ext.9885-9886
segen.grune-pruebas@policia.gov.co
www.policia.gov.co



PROSPERIDAD PARA TODOS

FONDO INTERAMERICANO DE LA CALIDAD
 FUNDIBEQ

1DS - OF - 0001
VER: 1

Aprobación: 17-08-2012

ANEXO 2


Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado


PROSPERIDAD
PARA TODOS



Al contestar por favor cite estos datos:
No. de Radicado: 2014400007921-DGI
Fecha de Radicado: 21-02-2014

Bogotá D.C.,

Señor
CARLOS ANDRÉS HUÉRFANO FLÓREZ
Estudiante Maestría en Derecho
Carrera 7 # 12 - 25. Oficina 304 Ed. Santo Domingo
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta a Derecho de Petición.

Cordial Saludo,

Acusamos recibo de la solicitud trasladada por el Ministerio de Justicia y del Derecho y allegada a esta entidad el día 10 de febrero del año en curso, mediante la cual solicita información sobre el número de demandas, sentencias y/o laudos, conciliaciones, transacciones, indemnizaciones que se han llevado a cabo en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en contra del Estado, correspondientes a acciones de Reparación Directa, los hechos generadores de las mismas y el valor de los pagos efectivamente realizados, por parte de los miembros de la Policía Judicial desde la expedición de la Ley 906 de 2004.

Es preciso informarle que el *Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado*, en la actualidad tiene en operación el módulo de procesos judiciales y el módulo de procesos prejudiciales. En este sentido, solo cuenta con información básica del inventario de las convocatorias de conciliación solicitadas y de los procesos judiciales de las Entidades del Orden Nacional, por lo que no tiene información sobre sentencias y/o laudos, transacciones o indemnizaciones, así como tampoco el valor de los pagos efectivamente realizados. Como la información está agregada a nivel de entidad, es imposible discriminar si la acción generadora del hecho proviene de la policía judicial o de algún otro funcionario de la Policía Nacional o de la Fiscalía General de la Nación.

En ese orden de ideas, la información que a continuación se remite incluye la totalidad de procesos activos en los que se encuentra demandada la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación. Así se procede a informar el resultado de la consulta efectuada en *el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado*, sobre los procesos judiciales y solicitudes de conciliación existentes en el mismo, con fecha de corte 18 de febrero del año en curso.

1. Procesos judiciales activos en contra de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por acciones de Reparación Directa.

A 18 de febrero de 2014, se encontraron 18.792 procesos activos –demandas en curso a la fecha - en contra de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación por acciones de Reparación Directa con pretensiones que ascienden a \$34.2 Billones de pesos. No es posible discriminar que procesos

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66
Conmutador (571) 255 8955
www.defensajudicial.gov.co



ingresaron después de implementada la Ley 96 de 2004, toda vez que su implementación se realizó en un lapso de 4 años.

En la Tabla 1, se presentan las 10 principales causas que por número de procesos generaron más demandas contra la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación por Reparación Directa. En tanto que en la Tabla 2, discrimina las causas generadoras de Reparación directa en valor total de la pretensión de los procesos contra la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación en acciones de Reparación Directa.

Tabla 1. Procesos Activos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación - Reparación Directa
10 Causas más frecuentes

PRINCIPALES CAUSAS DE LAS DEMANDAS	CANTIDAD DE PROCESOS	VALOR TOTAL DE LA PRETENSIÓN (INDEX. 2013)
FALLA DEL SERVICIO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD	9.825	\$ 19.374.124.342.994
LESIONES PERSONALES A CIVIL EN PROCEDIMIENTO DE POLICIA	167	\$ 116.004.032.672
FALLA DEL SERVICIO POR FALTA DE PROTECCION A LA VIDA, HONRA Y BIENES	167	\$ 464.017.762.634
FALLA DEL SERVICIO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	92	\$ 259.249.376.074
MUERTE A CIVIL EN PROCEDIMIENTO DE POLICIA	78	\$ 81.501.774.437
MUERTE DE POLICIA EN ATAQUE GUERRILLERO	57	\$ 50.756.592.891
LESIONES PERSONALES CAUSADAS CON VEHICULO DE USO OFICIAL	43	\$ 30.931.939.235
FALLA DEL SERVICIO POR ERROR JURISDICCIONAL	45	\$ 37.871.317.064
DAÑOS MATERIALES CAUSADOS POR ATENTADO TERRORISTA	44	\$ 20.786.717.700
DAÑO AL MEDIO AMBIENTE SANO CAUSADO POR FUMIGACION DE CULTIVOS ILCITOS	41	\$ 109.786.471.565

Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado
Dirección de Gestión de Información - ANDJE
Fecha de Corte: 18 de Febrero de 2014

Tabla 3. Procesos Activos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación - Reparación Directa
10 Causas más costosas

PRINCIPALES CAUSAS DE LAS DEMANDAS	CANTIDAD DE PROCESOS	VALOR TOTAL DE LA PRETENSIÓN (INDEX 2013)
FALLA DEL SERVICIO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD	9.825	\$ 19.374.124.342.994
MUERTE POR ALUD DE TIERRA	15	\$ 571.075.691.496
FALLA DEL SERVICIO POR FALTA DE PROTECCION A LA VIDA, HONRA Y BIENES	167	\$ 464.017.762.634
FALLA DEL SERVICIO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	92	\$ 259.249.376.074
EJECUTIVO POR NO PAGO DE SENTENCIA O CONCILIACION	1	\$ 196.982.426.100
DERECHO A LA SEGURIDAD Y PREVENCION DE DESASTRES	5	\$ 187.090.984.779
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION EN LAS FUNCIONES DE INSPECCION, VIGILANCIA Y CONTROL, PARA EVITAR LA CAPTACION ILEGAL DE DINERO	37	\$ 167.390.663.162
VIOLACION AL DERECHO A LA SEGURIDAD Y PREVENCION DE DESASTRES PREVISIBLES	3	\$ 146.098.189.427
DESPLAZAMIENTO FORZADO	112	\$ 621.677.238.518
DAÑOS MATERIALES CAUSADOS POR ATAQUE ARMADO DE GRUPOS ILEGALES	23	\$ 125.881.556.084

Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado
Dirección de Gestión de Información - ANDJE
Fecha de Corte: 18 de Febrero de 2014



2. Solicitudes de Conciliación en contra de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, referentes a Reparación Directa.

A febrero 18 de 2014, se encontraron 3.029 solicitudes de conciliación radicadas desde el junio de 2012 y relacionados con Reparación Directa, en contra de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación con un valor total de pretensiones de \$ 3 Billones de pesos.

En las tablas 3 y 4 se discriminan los 10 principales motivos que generaron las solicitudes mencionadas, en número de solicitudes y valor total de las pretensiones, respectivamente.

Tabla 4. Acciones de Reparación Directa, solicitudes de conciliación contra la Policía Judicial
Número de solicitudes en contra y valor total de la pretensión. Por principales causas de solicitud en número

PRINCIPALES CAUSAS DE LAS SOLICITUDES	CANTIDAD DE SOLICITUDES	VALOR TOTAL DE LA PRETENSIÓN (IND 2013)
FALLA DEL SERVICIO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD	1.859	\$ 1.879.767.677.860
FALLA DEL SERVICIO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	157	\$ 472.254.585.811
FALLA DEL SERVICIO POR FALTA DE PROTECCION A LA VIDA, HONRA Y BIENES	85	\$ 75.146.624.908
LESIONES PERSONALES A CIVIL EN PROCEDIMIENTO DE POLICIA	82	\$ 37.370.060.852
FALLA DEL SERVICIO POR ERROR JURISDICCIONAL	59	\$ 49.794.672.930
PERJUICIOS ECONOMICOS POR INDEBIDA ACTUACION ADMINISTRATIVA	53	\$ 19.693.074.868
LESIONES PERSONALES POR USO EXCESIVO DE LA FUERZA	43	\$ 21.689.140.238
LESIONES PERSONALES POR ACCIDENTE DE TRANSITO	41	\$ 24.025.211.548
MUERTE A CIVIL EN PROCEDIMIENTO DE POLICIA	35	\$ 24.914.225.567
MUERTE POR ACCIDENTE DE TRANSITO	28	\$ 25.388.123.681

Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado

Dirección de Gestión de Información - ANDJE

Fecha de Corte: 18 de Febrero de 2014

Tabla 5. Acciones de Reparación Directa, solicitudes de conciliación contra la Policía Judicial
Número de solicitudes en contra y valor total de la pretensión. Por principales causas de solicitud en valor

PRINCIPALES CAUSAS DE LAS SOLICITUDES	CANTIDAD DE SOLICITUDES	VALOR TOTAL DE LA PRETENSIÓN (IND 2013)
FALLA DEL SERVICIO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD	1.859	\$ 1.879.767.677.860
FALLA DEL SERVICIO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	157	\$ 472.254.585.811
FALLA DEL SERVICIO POR FALTA DE PROTECCION A LA VIDA, HONRA Y BIENES	85	\$ 75.146.624.908
ALLANAMIENTO	5	\$ 56.214.759.177
FALLA DEL SERVICIO POR ERROR JURISDICCIONAL	59	\$ 49.794.672.930
LESIONES PERSONALES A CIVIL EN PROCEDIMIENTO DE POLICIA	82	\$ 37.370.060.852
MUERTE POR ACCIDENTE DE TRANSITO	28	\$ 25.388.123.681
MUERTE A CIVIL EN PROCEDIMIENTO DE POLICIA	35	\$ 24.914.225.567
LESIONES PERSONALES POR ACCIDENTE DE TRANSITO	41	\$ 24.025.211.548
LESIONES PERSONALES POR USO EXCESIVO DE LA FUERZA	43	\$ 21.689.140.238

Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado

Dirección de Gestión de Información - ANDJE

Fecha de Corte: 18 de Febrero de 2014



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

Esperamos con lo anterior haber respondido a su solicitud, considerando las limitaciones de la información.

Atentamente,

Mariana Martínez Cuéllar
MARIANA MARTÍNEZ CUÉLLAR
Directora Gestión de Información

Proyectó: Luz Karime Bernal
Revisó: Johanna Tautiva Pradere
Aprobó: Mariana Martínez Cuéllar

Copia: Dr. Pedro Ricardo Torres Báez - Jefe Oficina Asesora Jurídica Ministerio de Justicia y del Derecho Carrera 9 No 12C-10 Bogotá - Rta. Radicado No. OFI14-0002498-JDJ-1501

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66
Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

ANEXO 3.

Gráfico 1

Tiempos procesales

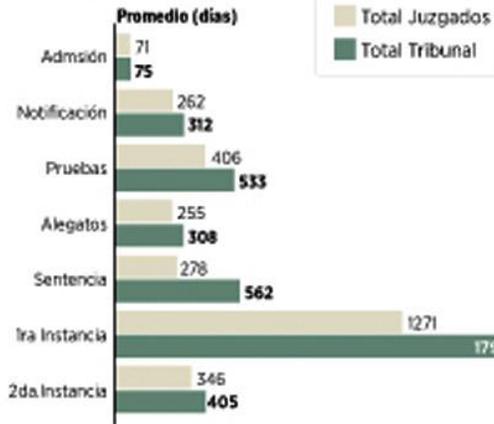


Gráfico 2



Gráfico 3

Propuestas de los jueces para descongestionar los despachos



Gráfico 4

Propuestas de los magistrados para descongestionar los despachos



Gráfico El Espectador

(Palacios, 2010)