

LA OBTENCIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO EN PROPIEDAD PRIVADA EN EL
PROCEDIMIENTO DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO.

MIGUEL ANGEL SANTAMARIA ACEVEDO

UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO

DUITAMA

2021

LA OBTENCIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO EN PROPIEDAD PRIVADA EN EL
PROCEDIMIENTO DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO.

MIGUEL ANGEL SANTAMARIA ACEVEDO

Trabajo de Grado para optar el título de Abogado

ASESOR

Dr. CESAR DIAZ PACHECO

UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO

DUITAMA

2021

AGRADECIMIENTOS

Expreso mi mayor agradecimiento a Dios y a la Virgen por permitirme realizar y llevar a cabo todos mis sueños, de igual forma a mi madre y hermanos que por su paciencia, consejos, colaboración y apoyo incondicional hicieron posible la realización de mis proyectos y culminar con éxito las metas propuestas.

Nota de aceptación

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Duitama, junio de 2021

RESUMEN

La recolección de elementos materiales probatorios, se encuentran contemplados en el Código de Procedimiento Penal y de igual forma el procedimiento de registro y allanamiento se encuentra normado en el ordenamiento penal y Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana “Código de Policía” sin embargo, estas dos normas son muy diferentes entre sí y difieren en su trámite de tal manera que la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones advierte cómo deben ser las actuaciones de la fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía para la obtención del material probatorio legalmente obtenidas; para efectos de la presente investigación se revisaron las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Superior, entre los años 2016 a 2020.

Palabras clave: registro y allanamiento, material probatorio, cadena de custodia, control de legalidad.

ABSTRACT

The collection of evidential material elements, is contemplated in the code of criminal procedure and the same form the procedure of registration and break in are found regulated in the criminal law and the national code of security and citizen, however, these two norms are very diferents from each other and they differ in their procedure in such a way that the Supreme Court of Justice in its decisions they stablished how the actions of the judicial police, national cop and the units of the technical body of investigations (CTI) should be in obtaining the legally provative material; for effects in the present research being reviewed by the constitucional court, supreme court of justice and superior tribunal among years 2016 to 2020

Key words; registrations and search, evidentiary material, chain of custody, legality control.

INTRODUCCIÓN

La seguridad jurídica es un indicador fundamental para los fines del Estado y básicamente es la fuente de actuación de los jueces, quienes en sus fallos adoptan decisiones conforme a la normatividad y teniendo en cuenta las fuentes del derecho, dentro de las cuales se encuentra la jurisprudencia, como criterio auxiliar tal y como lo expresa el artículo 230 de la Constitución Política, que le ha dado sentido a diferentes figuras y alcances a muchas situaciones jurídicas frente a normas no claras.

Así pues, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los procedimientos de registro y allanamiento para la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física, motivo por el cual ha sido para algunos de confusión con la entrada en vigencia de la Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana “Código de Policía, Ley 1801 de 2016.”

Sobre este aspecto, son pocos los estudios que existen, sin embargo algunas opiniones sobre el tema merecen ser analizadas desde la academia, permitiendo sintetizar pronunciamientos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y los Tribunales Superiores comprendidos entre los años 2016 a 2020 a efectos de describir cuales han sido sus pronunciamientos y procedimientos respecto del tema de estudio, el cual pretende sea fuente de consulta con el tema de investigación.

Así las cosas, en aras de la comprensión de la discusión referida se quiere conocer a cerca de la protección de los derechos fundamentales cuando se realiza un procedimiento de registro y

allanamiento cuando no hay orden, como son el derecho a la intimidad, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; y los procedimientos prescritos en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) y Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana “Código de Policía, Ley 1801 de 2016” en la obtención del material probatorios en propiedad privada en el procedimiento de registro y allanamiento.

El objetivo del estudio, es conocer de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y Tribunales Superiores, donde se presenta dicotomía en cuanto al procedimiento de registro y allanamiento a cargo de la fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía.

Por lo anterior, se hizo un análisis y descripción de las decisiones donde el Tribunal Superior interpreta la irregularidad que frecuentemente se presentan en un procedimiento, cuando la fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía, no aplican los protocolos y reglas de obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física (EMP y EF), de igual manera se describen cuáles son los procedimientos que se deben tener en cuenta al momento de someter en cadena custodia dichos elementos materiales probatorios.

Tabla de contenido

Introducción.....	6
CAPITULO 1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1. Justificación.....	11
2. Descripción del problema.....	12
2.1. Problema general.....	12
2.2. Problemas específicos.....	13
3. Objetivos.....	14
3.1. Objetivo general.....	14
3.2. Objetivos específicos.....	14
4. Marco de referencia.....	15
4.1. Estado del arte.....	15
4.2. Marco teórico.....	16
4.3. Marco conceptual.....	20
4.4. Marco legal.....	26
5. Diseño metodológico.....	27
5.1. Tipo de estudio.....	27
5.1.1. Enfoque.....	28
5.2. Método de investigación.....	29
5.3. Fuentes y técnicas para la recolección de información.....	30
CAPITULO II. DESCRIPCION DEL MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE EN UN PROCEDIMIENTO DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO	32
6. Titular de la acción penal.....	32

6.1. Ejecutor en el ejercicio de la acción penal.....	33
6.1.1. Necesidad de la obtención de los medios probatorios en la práctica de registro y allanamiento.....	34
6.1.2. Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento.....	34
6.1.2.1. Finalidad de ejecución de la diligencia de registro y allanamiento	36
6.2. Respecto a la potestad de las autoridades policivas para el ingreso sin orden previa de registro y allanamiento.....	39
6.3. Fuerza pública de Colombia.....	49
CAPITULO III. DESCRIPCION JURISPRUDENCIAL DE LAS IRREGULARIDADES COMETIDAS EN LA OBTENCION DE LA PRUEBA EN RESGISTRO Y ALLANAMIENTO.....	
7. Descripción.....	56
7.1. Hechos.....	56
7.2. Antecedentes procesales.....	57
7.3 Que impugno en sentencia.....	58
7.4 Cuáles fueron los aspectos jurídicos de la parte considerativa de decisión del Tribunal Superior de Tunja.....	59
CAPITULO IV. MECANISMOS PARA LA OBTENCION DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS EN REGISTRO Y ALLANAMIENTO.....	
8. Cadena de custodia.....	62
8.1 Finalidad de la cadena de custodia.....	64
8.1.1. Protocolo de cadena de custodia.....	65

8.1.2. Quien tiene la responsabilidad del manejo de la cadena de custodia.....	65
8.1.3. Son contenedores.....	66
8.1.4. Rotulo.....	66
8.1.4.1. Información que se consigna en el rotulo.....	67
8.1.5. Utilidad de la información.....	67
8.1.6. Forma de recolección técnica de un EMP y EF.....	67
8.1.6.1. Como se embala técnicamente un EMP y EF.....	68
9. Conclusión	70
10. Bibliografía.....	72

CAPITULO I. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

1. Justificación

Este estudio constituye un aporte formador necesario en la práctica para cualquier lector e incluso de los miembros de la fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía. Se orientan en los temas en que la interpretación de los parámetros legales y constitucionales resulta absolutamente necesaria para el buen desempeño de las actividades operativas en su procedimiento de registro y allanamiento.

No se pretende realizar un estudio crítico de las actividades desarrolladas por estas entidades, sino que se busca, en primer lugar, fortalecer y establecer los conceptos básicos que la ley contempla; en segundo lugar, establecer una razonabilidad constitucional sobre la obtención del material probatorio frente a los principios en cuanto a los derechos protegidos como los derechos fundamentales, la intimidad, la inviolabilidad de domicilio, entre otros.

El presente trabajo investigativo es de carácter documental porque se pretende un análisis hermenéutico de algunos pronunciamientos de los jueces en sus fallos de sentencia y estudiosos del tema de las altas cortes, como otros referentes, donde se evidencie herramientas jurídicas en cuanto a la obtención del material probatorio en propiedad privada en el procedimiento de registro y allanamiento con ocasión a la implementación de la Ley 1801 de 2016 y Ley 906 de 2014.

2. Descripción del problema

Con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 y Ley 1801 de 2016 que tiene como objeto preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos en especial para el tema de investigación en cuanto a la ejecución del registro y allanamiento en propiedad privada por parte de la fuerza pública, la policía nacional, y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía, donde estas entidades se han venido extralimitando en su función en su afán de obtener el material probatorio lo que puede llegar a calificarse como una irregularidad a mutuo propio en el procedimiento de registro y allanamiento, generando una ruptura en su función que no está enmarcada en el marco legal.

Una vez obtenido el recaudo de los elementos materiales probatorios son presentados ante el Juez Control de Garantías, haciéndose señalamiento al indiciado, las que son contrarias al debido proceso; lo que induce al Juez a declarar la ilegalidad de los elementos materiales probatorios como en la captura dejando posteriormente en libertad y quedando la víctima desprotegida o pierda la confianza en las autoridades competentes.

2.1. Problema general

¿Cuáles son las causas que han hecho que la fuerza pública, la policía nacional, y las unidades especializadas del cuerpo técnico investigación delegadas de la fiscalía no aplique el debido procedimiento en la obtención de la prueba en un procedimiento de registro y allanamiento?

2.2. Problemas específicos

¿Cuál es el marco legal y jurisprudencial que deben aplicar en el registro y allanamiento la fuerza pública, la policía nacional, y las unidades especializadas del cuerpo técnico investigación delegadas de la fiscalía deben aplicar para la recolección de elementos probatorios?

¿Cuáles son las irregularidades más frecuentes que la fuerza pública, la policía nacional, las unidades especializadas del cuerpo técnico investigación delegadas de la fiscalía realiza frente a la recolección de los elementos probatorios frente al proceso de registro y allanamiento en propiedad privada?

¿Cuál sería el proceso adecuado para la obtención de la prueba en un registro y allanamiento realizado por la fuerza pública, la policía nacional, y las unidades especializadas del cuerpo técnico investigación delegadas de la fiscalía realizado en propiedad privada?

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Realizar una compilación de los referentes documentales relacionados en la obtención del material probatorio en propiedad privada en el procedimiento de registro y allanamiento.

3.2. Objetivos específicos

- Describir el marco legal y jurisprudencial que debe aplicar la fuerza pública, la policía nacional, y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía en los procedimientos de registro y allanamiento.
- Describir la jurisprudencia establecida por las altas cortes con las irregularidades cometidas en la obtención de los elementos probatorios en registro y allanamiento en propiedad privada.
- Establecer los mecanismos para la aplicación de la obtención de los elementos probatorios en un procedimiento de registro y allanamiento en propiedad privada.

4. Marco de referencia

4.1. Estado del arte

Existe un sin número de estudios propuestos por diferentes autores nacionales que buscan respuesta a la problemática presente en relación al registro y allanamiento en la obtención material de la prueba como son en este caso los elementos materiales probatorios, y por supuesto el estudio del tema acá a abordar a la luz de ley 906 de 2004 y la Ley 1801 de 2016.

Al recolectar los planteamientos jurisprudenciales en los términos de la Corte Constitucional desde 1998 al 2005, los investigadores acometen en su estudio sobre la prueba ilegal, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano, cuando la policía en procedimientos de registro y allanamiento no actúan conforme a la regla general conllevando así, a obtener con violación a las garantías fundamentales de la persona cuando no actúan conforme a la ley (Huertas, Prieto, Jiménez, 2015).

En la investigación realizada por el autor en su artículo de la retractación del allanamiento a cargos en la audiencia de legalidad del allanamiento, conforme los pronunciamientos jurisprudenciales del año 2012 a 2015, hace un análisis de si es procedente en la actuación procesal la inclusión de legalidad del allanamiento, que se contempla dentro del Proceso Penal, como la individualización de la pena al proferir sentencia. Además, hace una interpretación de la retractación de registro y allanamiento frente a los procedimientos normativos del derecho y lo establecido en el numeral 2, artículo 230 de la Constitución Política (González,

2012), como los postulados que consagra los principios al debido proceso, la dignidad humana, la legalidad, la igualdad, entre otros; y en general que son tenidos en cuenta en la audiencia de control de garantías que avale el allanamiento a cargos o el juez de conocimiento haga lo propio, proceda la retracción cuando se advierte irregularidad en el registro y allanamiento de propiedad privada (ABAUZA, 2015).

En el siguiente artículo de investigación, el autor desarrolla unos lineamientos de registros y allanamientos en Colombia: Estudio constitucional sobre la figura del registro y allanamiento en el nuevo contexto jurídico penal colombiano, como son: la de abordar una perspectiva descriptiva, entrevistas a funcionarios de la rama judicial y la capacitación de registro y allanamiento e instrumentos utilizados de acuerdo los conceptos jurisprudenciales de las cortes y los convenios de derechos humanos (Maestri, Pinilla, 2014).

4.2. Marco teórico

A través de los principios, el constituyente consagró los lineamientos filosóficos que inspiran el funcionamiento del proceso penal fijando unos lineamientos de medición de cada caso en particular

El sistema penal colombiano, establece unos lineamientos normativos que en el órgano judicial se consagran, y sin duda, cumplen jurídicamente funciones que están enmarcadas en la Constitución Política, entre ellas la de velar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por cuanto, la fuerza pública fue creada con el fin de proteger los derechos fundamentales que la Constitución consagra, y tiene la potestad de hacer cumplir las normas que la ley les indica. HART (1961) dice: *“los intentos hechos por los juristas para asimilar aquellas normas jurídicas que acuerden facilidades o potestades (...), a las leyes penales (...) una clase adicional de normas que también confieren potestades jurídicas (...), potestades públicas u oficiales y no de naturaleza privada”* (p.36). Pero KELSEN (2000) indica: *“no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria”* (p. 62). Y es precisamente que a partir de la ley 906 de 2004 y la ley 1801 de 2016, establece unos parámetros que a partir del nuevo sistema penal acusatorio conllevan a la población colombiana a respetar, acatar y hacer cumplir frente a cualquier irregularidad.

Y es aquí, cuando la dinámica jurisprudencial establece unos parámetros de cómo deben realizarse los registros y allanamientos que sin duda para muchos ciudadanos son interpretados como una violación a su intimidad, a su integridad personal y a la dignidad; y la Constitución Política, así lo consagra en el artículo 15 que dice: *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar (...) y el Estado debe respetar y hacerlo respetar”*. Según afirma Émile Durkheim (1986) al decir: *“Para comprender como la sociedad se representa a sí misma y al mundo que la rodea, es necesario considerar la naturaleza de la sociedad y no la de los individuos particulares”* (23). Por tal razón, es precisamente como muchas veces las víctimas que en ocasiones por ser consideradas de posición social humilde estas sean violentadas a voluntad en sus derechos fundamentales por la fuerza pública cuando se trata de su dignidad personal.

De acuerdo a fallo de la Corte Constitucional en sentencia de tutela hace referencia al ámbito personalísimo de cada sujeto, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente se hallan sustraído a la injerencia o al conocimiento de extraños, en otros términos, la intimidad es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la Ley (Corte Constitucional, T-787, 2004.)

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 14 de la Ley 906 de 2004 y en el párrafo del artículo 237 de la Ley 1801 de 2016 consagra como principio fundamental la “intimidad”.

Conforme a lo antes expresado, estamos frente a una potestad jurídica “operativa” con la correspondiente a una condición de derechos subjetivos y deberes que sin duda son reglas de comportamiento que todo ciudadano debe corresponder sin contrariar la ley, HART (1961) dice: *“Las reglas que se encuentran en la base del ejercicio de potestades legislativas son aún más diversas que aquellas en que se basa la jurisdicción de un tribunal, porque (...) es menester contemplar muchos diferentes aspectos de la legislación”* (p. 39)., y sin duda KELSEN (2000) expresa: *“En este caso la norma fundamental se anunciaría así: “Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución”* (p. 63).

Es decir, cuando los miembros de fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía, al momento de encontrarse en persecución de un indiciado por causas a la responsabilidad que la Constitución y la Ley consagra en el cumplimiento de su deber hacen que de manera consciente o no realicen procedimientos que falten a su deber cuando estos ingresan a una vivienda, y es aquí cuando se presentan deficiencias en el proceder de los mismos ante una situación de allanamiento y registro.

KELSEN (2000) dice: *“El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria”* (p.62). Se deduce que los actos del deber de todo miembro activo (llámese fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía) son individuales, y cuando se captura de manera irregular a un miembro distinto al indiciado siendo posteriormente presentado ante la Fiscalía General de la Nación violándosele los derechos fundamentales y el debido proceso, y posteriormente presentado ante el juez de control garantías dentro de las treinta y seis (36) horas, y es en este momento cuando la fiscalía expone los hechos por la cuales se dio la captura y la presentación de los elementos materiales probatorios y posterior legalización de la captura del indiciado, es cuando se advierte por parte del juez que estos elementos materiales probatorios y la captura están sin el lleno de los requisitos legales, y el indiciado (cuando realmente es el delincuente) en muchas ocasiones es liberado por la ilegalidad de la captura y dejado en libertad por causa del mal procedimiento de la Policía Nacional, al presentar los elementos materiales probatorios y los formatos de noticia criminal sin el lleno de los requisitos legales y son puestos al juez constitucional, siendo en general contrarias a la Constitución Política en el artículo 29 que dice: *“Es nula de pleno derecho, la*

prueba obtenida con violación del debido proceso” (p. 16). Por lo que deberá excluirse de la actuación procesal y sí se hace todo un despliegue administrativo tanto de fiscalía como defensa y juez un desgaste judicial que resulta costoso para la administración de justicia.

Fuerza Pública: El diccionario de la Constitución Política define la fuerza Pública como:

“Conjunto de organizaciones armadas permanentes que el Estado instituye, conforma, mantiene, prepara y financia para fines militares y policivos. La fuerza pública está integrada exclusivamente por las fuerzas militares – constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea- y por el cuerpo de policía nacional. A las fuerzas militares corresponde la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional, y la defensa del orden constitucional, y la defensa del orden constitucional. La policía tiene como fin primordial mantener las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y de las libertades públicas, y para asegurar la pacífica convivencia entre los habitantes de Colombia. El Gobierno debe prestar eficaz apoyo a las cámaras cuando éstas lo soliciten, poniendo a su disposición la fuerza pública, si es necesario” (Diccionario de la Constitución Política de Colombia, 1998, p.160)

4.3. Marco conceptual

Al recoger distintos conceptos fundamentales que hacen parte de la investigación y que contribuyen en ubicar el tema en un escenario estructurado, entre estos conceptos más importantes se tiene:

Concepto de **registro y allanamiento**: Esta figura jurídica es aquella que requiere de autorización previa por el juez constitucional; esta regulación procedimental penal tiene que ver con la figura del registro y allanamiento en el derecho penal colombiano, en concordancia a lo normado en el art. 221, Ley 906 de 2004, VALLEJO (2015) expresa: “*RESPALDO PROBATORIO PARA LOS MOTIVOS FUNDADOS. Los motivos fundados de que trata el anterior artículo deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigos o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado*” (p. 432). Se establece que deben existir unos fundamentos, respaldados al menos en informes de la policía judicial, que deben contener claramente motivos fundados para proceder al registro del bien inmueble.

El diccionario de la Lengua Española define el Allanamiento como: “*Acción y efecto de allanar o allanarse*”. Allanar: “*Entrar en casa ajena contra la voluntad de su dueño. Registrar un domicilio con mandato judicial*”. (Diccionario de la Lengua Española, 2014, p. 532).

Según el diccionario de Derecho Procesal Penal define el allanamiento como el:

“*Acto por el cual los jueces o funcionarios de instrucción y en algunos casos la autoridad administrativa puede ingresar a un edificio, domicilio particular u otros lugares, previo el cumplimiento de ciertas formalidades legales, para realizar en ellos diligencias necesarias para los fines del proceso penal. Entre estas diligencias pueden mencionarse la búsqueda de personas imputadas, indiciadas o evadidas, o de cosas, huellas o instrumentos relacionados con el delito*”. (Cuestas, 2000, p.4).

Derechos Fundamentales: hace alusión al catálogo de derechos consagrados en la Constitución Política de 1991, que no son taxativos, sino que está integrado por bloque de constitucionalidad a los derechos consagrados en los diferentes tratados sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Colombia. Una tradicional clasificación distingue entre derechos de primera, segunda y tercera generación, según VASAK (1977) expresa: “*se tiene los derechos civiles y políticos o de primera generación y los derechos económicos, sociales y culturales, conocidos como derechos de segunda generación, y por último los derechos colectivos y medio ambiente o derechos de tercera generación*” (pp. 29 – 32).

Es precisamente en los primeros donde se presentan las principales irregularidades con la vigencia del Código de Policía y la posibilidad de adelantar registro y allanamiento sin orden previa.

Derecho a la intimidad: significa derecho a las no intromisiones en el ámbito de la vida privada del sujeto, tal y como la Corte Constitucional señala el derecho a la intimidad como un derecho fundamental, que:

Se afirmó también que la intimidad es “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.” (Corte Constitucional, Sentencia. C-640 de 2010, p.1)

El Diccionario de la Lengua Española define “intimidad” como: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” (DEL, 2014). Concepto que trata de un doble ejercicio o dimensión a saber, la intimidad personal y la familiar;

El derecho a la intimidad es predicable es creadora de la existencia de un núcleo o esfera particular o privada del individuo, la Corte Constitucional preciso señalar del derecho a la intimidad que:

“Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al 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. En ese orden de ideas, y al no ser un espacio que forme parte del dominio público, obedece al estricto interés de la persona del derecho y por consiguiente no puede ser invadido por los demás. Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo “puede ser objeto de limitaciones” o de interferencias “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución”. La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.” (Corte Constitucional, Sentencia, C-640 de 2010, p. 3).

Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio: La Sala Penal de la Corte

Constitucional expresa:

“La inviolabilidad del domicilio constituye una de las piezas más representativas del principio de separación entre lo público y lo privado, ya que excluye, en principio, la intervención estatal, espacios cerrados al público, que se encuentran estrechamente vinculados con el ejercicio libre de la vida privada. La salvaguarda del domicilio frente a las intromisiones públicas manifiestas, a través de la protección de un espacio físico, la garantía misma del principio de libertad en varias manifestaciones, tales como el derecho a la intimidad, “esencial en una sociedad democrática respetuosa del valor de la autonomía”, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de creencias y de cultos y a la libre expresión cultural y de ideas. El vínculo que existe entre la protección del domicilio y la libertad, explica que la misma garantía de reserva judicial para su limitación se encuentre tanto respecto de la privación de la libertad, como en el acceso al domicilio (artículo 28 de la Constitución) y el acceso a las comunicaciones privadas (artículo 15 de la Constitución). El domicilio entendido en un sentido amplio, se constituye así en un espacio excluido de la intervención pública, salvo la presencia de motivos de interés público, previstos en la ley y verificados previamente por una autoridad judicial, salvo en casos excepcionales determinados y delimitados de manera clara por la ley.” (Corte Constitucional, Sentencia C- 212 de 2017, p. 3).

El Diccionario de la Constitución Política de Colombia define: *“Derecho a la inviolabilidad del domicilio: Derecho fundamental de toda persona a que en su casa de habitación,*

y en los demás recintos en los cuales debe gozar de intimidad, nadie pueda penetrar en forma violenta, clandestina, ilegal o arbitraria. Por regla general el domicilio sólo es allanable con orden judicial.” (Garizábal, Madrid, 1998, p. 100)

Elemento materia probatorio y evidencia física: Es toda cosa objeto de directa o indirectamente pueda aportar información acerca de uno o varios aspectos estructurales del delito o de la identidad del acusado, es decir, la cosa objeto que por sí solo tenga la calidad demostrativa o probatoria de las circunstancias en que ocurrió un delito.

La Defensoría del pueblo define elementos materiales probatorios y evidencia física así:
“Son los productos o instrumentos del delito que puede ser presentados en el juicio oral. Toda cosa tangible con la que se ha cometido el hecho o resultado de este y que contribuye a obtener información para el esclarecimiento de los mismos.”

El elemento material probatorio y evidencia física según (Bedoya, 2008), lo define como:
“Toda cosa u objeto que directa o indirectamente pueda aportar información acerca de uno o varios aspectos estructurales del delito o de la identidad del acusado, es decir, la cosa u objeto que por sí solo tenga la cualidad demostrativa o probatoria de las circunstancias en que ocurrió un delito.”

Pruebas: En el sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004), indica como medio de conocimiento (Artículo 383: *“Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios,*

evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”), los instrumentos que la ley dentro de los principios de legalidad y libertad probatoria autoriza para probar los hechos.

El Diccionario de la Lengua Española define prueba como: “*Der. Prueba que, por diferencia de la regla de su libre estimación por el juez, la ley exige específicamente para poder acreditar un hecho determinado.*” (Diccionario de la Lengua Española, 2014, p. 7195).

El Diccionario de la Constitución Política de Colombia, define pruebas como: “*Medios legítimos contemplados y autorizados por la ley para suscitar en el juzgador la certeza sobre la verdad de los hechos y de las afirmaciones que debaten dentro de un proceso (v.gr., la confesión, el juramento, el testimonio, la peritación, la inspección judicial, el indicio y el documento). El sindicado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertirlas. Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*” (Madrid, Garizábal, 1998, p.270).

4.4. Marco legal

El marco normativo, del allanamiento a domicilio se encuentra consagrado en el artículo 163 de la Ley 1801 de 2016 Código de Policía, que establece la problemática del ingreso a un inmueble sin que medie orden escrita, señalando que las autoridades policivas pueden ingresar en los domicilios, moradas y residencias, sin que sea necesario un mandamiento por escrito cuando se presente una imprescindible necesidad.

De igual manera, constituye un marco normativo de rango constitucional en el presente estudio, la Constitución Política de 1991, en especial el artículo 29 que consagra el debido proceso y el artículo 13 establece el derecho a la libertad, el artículo 15 que indica el derecho a la intimidad personal y familiar, y el artículo 32 respecto de los casos en flagrancia, cuando el autor de la conducta criminal o delictiva se refugia en domicilio ajeno, la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental tiene consagración expresa en el artículo 28 de la Constitución Política de 1991.

En el marco de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal regula en su artículo 219 y siguientes, el registro y allanamiento, la fundamentación y razonabilidad de la orden de allanamiento, el respaldo probatorio de las mismas y el alcance y los objetos no susceptibles de ser registrados. También se referencia el plazo para la realización de la actividad judicial y sus reglas particulares de importancia como es el acta del allanamiento y la debida cadena de custodia. El Código de Procedimiento Penal se ocupa de los casos de flagrancia, de las circunstancias en que no es necesaria la orden, y de la cláusula de exclusión cuando deviene una irregularidad en materia de registro y allanamiento.

5. Diseño Metodológico

5.1. Tipo de estudio

Exploratorio – descriptivo

Teniendo en cuenta que para Claires Selltiz (2005) el estudio de tipo exploratorio tiene como función aumentar la familiaridad del investigador con el objeto de estudio, aclarar conceptos y que sirva para futuras investigaciones (como se cita en Méndez Álvarez, 2009, p. 69). Además, Carlos Méndez (2009), agrega que son estudios exploratorios las monografías que permiten construir un marco teórico de referencia.

Por otro lado, un estudio tipo descriptivo “se ocupa de la descripción de las características que identifican los diferentes elementos y componentes, y su interrelación” (Méndez Álvarez, 2009, p. 230).

La investigación será de tipo exploratorio – descriptivo ya que en primera instancia recopila información sobre el objeto de estudio para con ello tener las bases conceptuales, referentes históricos y marco legal que permita conducir la investigación hacia su objetivo: conocer el marco legal, la jurisprudencia, y las decisiones tomadas por los jueces y magistrados de las Altas Cortes. Para con ello generar una herramienta que sirva a la policía nacional tener conocimiento sobre el panorama actual de la obtención del material probatorio en propiedad privada en el procedimiento de registro y allanamiento.

5.1.1. Enfoque

El enfoque cualitativo de una investigación, se encuentra en el contexto de los acontecimientos sin modificarlos o reconstruirlos y dirige su atención a los espacios por los que el hombre se interesa e interactúa. Además, “La investigación cualitativa esencialmente desarrolla procesos en términos descriptivos e interpretar acciones, lenguajes, hechos funcionalmente

relevantes y los sitúa en una correlación con el más amplio contexto social” (Martínez Rodríguez, 2011, p. 11).

Ahora bien, para la compilación del material se recopilaron directamente de las normas vigentes, la jurisprudencia de Colombia, se estudia el contexto normativo y legal actual sobre este, sin modificarlo, más bien realizando una recopilación de información, sistematizando en un sentido que permita dar a conocer los conceptos del mismo.

5.2 Método de investigación

Deductivo

El método de investigación *deductivo* “es una forma de razonamiento que parte de una verdad universal para obtener conclusiones particulares.” En la Investigación científica, este método tiene una doble función “*encubrir consecuencias desconocidas de principios conocidos*” (Cano, 1975, p. 42) (Citado en Maya, 2014, p.14).

En este sentido, el presente trabajo utiliza el método de investigación deductivo ya que parte de lo general, es decir, los antecedentes y contexto de la obtención del material probatorio en propiedad privada en el procedimiento de registro y allanamiento.

Síntesis de análisis de información

Este método de investigación consiste en dos actividades complementarias entre sí: Por un lado, el análisis que “consiste en la separación de las partes de esas realidades hasta llegar a conocer sus elementos fundamentales y las relaciones que existen entre ellos”; y la síntesis que “*se refiere a la composición de un todo por reunión de sus partes o elementos. Esta construcción se puede realizar uniendo las partes, fusionándolas u organizándolas de diversas maneras*” (Bajo, M.T., 2004) (Citado en la Universidad Politécnica de Madrid, s.f).

GADAMER (1998) Expresa que: “*En todo caso, la actualización de lo escrito exige siempre una interpretación en el sentido del comprender interpretativo, lo mismo que ocurre con la palabra que alguien nos dice*” (p. 62). Que son la base metódica de la investigación que interesa en el derecho la teoría, a la hora de proporcionar pautas del correcto interpretar, los criterios de racionalidad, la objetividad de cada uno de los textos que son el pilar objeto de esta investigación con punto de partida el problema de investigación que corresponde a una investigación jurídica con el enfoque histórico, de los pronunciamientos objeto de estudio.

Para este trabajo de grado, en primera instancia se van a ubicar las fuentes de información que se planean utilizar, luego mediante análisis se desglosarán los datos y se agregaran en diferentes campos del conocimiento (legal, histórico, social, entre otros) con el fin de construir una compilación mediante la síntesis de este análisis, para el caso sería sobre la obtención del material probatorio en propiedad privada en el procedimiento de registro y allanamiento.

5.3. Fuentes y técnicas para la recolección de información

Teniendo en cuenta que las fuentes *“son hechos o documentos a los que acude el investigador y que le permiten obtener información.”* Y las técnicas *“son los medios empleados para recolectar la información”* (Méndez Álvarez, 2009, p. 115).

De tal modo, la investigación utilizará fuentes de información secundarias, las cuales proveen *“información escrita que ha sido recopilada y transcrita por personas que han recibido tal información a través de fuentes escritas...”* (Méndez Álvarez, 2009).

VANEGAS (2011). dice: *“Se busca que el problema de investigación sea abordado de manera integral por la importancia del tema. Tiene un enfoque netamente jurídico, cuya finalidad de conocimiento es la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina.”* (pp. 42-43).

Para el desarrollo de esta investigación se utilizarán las siguientes fuentes de información secundarias: libros, trabajos de grado, leyes, jurisprudencia, periódicos, revistas, diccionarios, entre otras.

CAPITULO II. DESCRIPCION DEL MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE EN UN PROCEDIMIENTO DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO

Los procedimientos que se describirán en el presente capítulo y respecto al tema de estudio, se enmarcan en dos sistemas jurídicos completamente diferentes en su aplicación y procedimiento como son: el Procedimiento Penal Acusatorio y el perteneciente al Sistema Especial Abreviado (Código de Policía Nacional), donde la fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía, al momento de su ejercicio deberá aplicar según sea el caso. En primer lugar se identificará a quien pertenece la acción penal desde el punto de vista constitucional y legal, y en segundo lugar establecer el procedimiento de carácter policivo respecto al tema del presente trabajo; circunstancias estas que ocasionan inseguridad jurídica que requiere un análisis desde la óptica de la Corte Constitucional como organismo custodio de la Carta Magna, que cumple sus funciones y cobra total sentido su papel protagónico al interior del sistema jurídico colombiano, y tomando medidas de adecuación frente a la norma de norma donde el Código de policía está supeditada a la Constitución Política de Colombia, por tanto esta se convierte en un instrumento de convivencia social y manejo de las autoridades, que no puede estar por encima de la Constitución, sino al contrario debe estar en consonancia con la Norma Superior.

6. Titular de la acción penal

En los procedimientos comprometidos en un registro y allanamiento por la fuerza pública, la policía nacional y las unidades del cuerpo técnico de investigaciones (CTI) de la fiscalía, se ven expuestos derechos constitucionales como son, el derecho a la intimidad y al derecho a la

libertad personal consagrados en los artículos 15 y 28 de la Constitución Política respectivamente, y la validez está supeditada a lo expresado en el artículo 250 Constitucional y desarrollada en el artículo 219 y siguientes del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

6.1. Ejecutor en el ejercicio de la acción penal

El artículo 250 de la Constitución Política identifica a la Fiscalía General de la Nación como la que ejerce la acción penal, y que a través del ordenamiento superior desarrolla el ámbito jurídico penal de la Ley 906 de 2004, Sistema Penal Oral Acusatorio, que establece un conjunto de actividades que desarrolla como ente persecutor para investigar y acusar a los presuntos autores de un ilícito, aplicando las medidas correctivas correspondientes como son la pena y la medida de seguridad.

El responsable de la acción penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados, de conformidad con la norma superior, y la finalidad como ente persecutor es acusar a los responsables, el esclarecimiento de la verdad y la aplicación de las medidas necesarias, oportunas y pertinentes.

De ahí, no obstante, la Fiscalía General de la Nación encargada por mandato constitucional de ejercer la acción penal y de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, ésta de conformidad con los numerales 1 y 2 del art. 250 de la Constitución Política, así:

“i) Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas; y ii) Someter los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones al control posterior del Juez con función de garantías a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.”

6.1.1. Necesidad de la obtención de los medios probatorios en la práctica de registro y allanamiento.

Entre la actuación penal, el Fiscal a través de los organismos de policía judicial son quienes participan en la búsqueda de los medios probatorios, determinan adelantar una diligencia de registro y allanamiento en un bien inmueble donde se está cometiendo la comisión de un delito, por tanto, el funcionario competente estudia y analiza esa evidencia y determina si efectivamente es procedente la diligencia, cuya finalidad es obtener medios de prueba que permitan el esclarecimiento de los hechos o la captura del presunto señalado como responsable de la comisión de un ilícito; esta diligencia se ordenará mediante una resolución o auto en el cual se garanticen todos los requisitos para este tipo de operativos o actuaciones; los resultados de la diligencia serán sometidos a Control Judicial ante Juez con funciones de control de garantías, y los elementos que fueron encontrados serán sometidos a registro de cadena de custodia.

6.1.2 Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal Colombiano Ley 906 de 2004, señala los requisitos que garantizan y llevan a cabo la diligencia de registro y allanamiento en el sistema penal acusatorio. El Fiscal debe revisar los elementos y evidencias físicas (elementos materiales probatorios), analiza la necesidad y la pertinencia para llevar a cabo dicha diligencia, la que se materializa a través de la policía judicial, los siguientes requisitos a saber:

- 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 afectada 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 evidencias físicas 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 de acuerdo con su contenido. En caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto, se negaron a firmar, el funcionario de la policía judicial responsable del operativo, bajo juramento, dejará constancia de ello.” (p.434)*

6.1.2.1. Finalidad de ejecución de la diligencia de registro y allanamiento

En la diligencia de registro y allanamiento tiene como propósito la obtención de los elementos materiales probatorios y evidencia física que le permitirá a la Fiscalía General de la Nación demostrar ante el juez la teoría del caso en la correspondiente etapa de acusación en contra del presunto(s) responsables de la comisión de una conducta delictiva. Como también, en la posible vinculación de indiciado en una comisión de ilícito.

Sin embargo, para el procedimiento se requiere de la orden escrita a solicitud del fiscal ante el juez control de garantías en una audiencia para efectuar el control previo, quien ordenará para que sea realizada por la unidad delegada de la policía judicial, previa verificación de todos los requisitos exigidos para este tipo de diligencias, y los resultados obtenidos serán sometidos a un control posterior ante el juez con funciones de control de garantías, quien determinará si durante el desarrollo de la misma no se violaron derechos fundamentales entre ellos el derecho a la intimidad.

El Código de Procedimiento Penal, describe toda la actividad judicial a partir del artículo 219 y siguientes, correspondiente al trámite que se debe aplicar como: procedencia, fundamento, respaldo probatorio, y alcance de la orden de registro y allanamiento, normas estas, que serán sometidas al control constitucional para evitar que no se violen derechos fundamentales de las personas que se encuentren inmersas con la actividad judicial.

Conforme a lo anteriormente la Ley 906 de 2004, expresa:

Artículo 220. Fundamento para el registro y allanamiento: “Solo podrá expedirse una orden de registro de allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, (...) para concluir que la ocurrencia del delito tiene como probable autor o participe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encuentre en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos del ilícito”.

Artículo 221. Respaldo probatorio para los motivos fundados: “Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, en al menos, en informe de policía judicial, (...) o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. (...) Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías 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.”

*Artículo 222.- Modificado, Ley 1142 de 2007, art. 14. Alcance de la orden de registro y allanamiento. “La orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar. (...) 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.” (lo resaltado fuera del texto original).*

La Corte Constitucional mediante Sentencia C – 131 del 24 de febrero de 2009, declaró exequible la expresión “La orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar (...)”.

Posteriormente realizada la diligencia se acude ante el juez constitucional para dar a conocer los resultados obtenidos (como son los elementos materiales probatorios y evidencias físicas), e imparta visos de legalidad una vez confronte los medios de prueba que se le presentan, y que se hayan respetado todos los requisitos contenidos en la ley y que no se hayan vulnerado derechos y principios fundamentales de las personas.

La Corte Constituciones, expresa:

“La fiscalía se halla facultada para ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, pero el Juez de Control de Garantías deberá ejercer el control dentro de las 36 horas siguientes.

Para la práctica de todos los demás procedimientos que impliquen afectación a los derechos fundamentales, se requiere la autorización previa de la autoridad judicial en mención.

De este modo, pueden, identificarse tres cláusulas generales de origen constitucional que sujetan las medidas dirigidas a la restricción de derechos en la investigación penal: (i) en materia de derecho a la libertad personal, en general sus restricciones deben ser autorizadas previamente por el Juez de Garantías; (ii) en el ámbito de las intervenciones al domicilio, a la intimidad y a la posterior sobre lo actuado; (iii) para todos los demás procedimientos restrictivos de los derechos fundamentales, se requiere autorización judicial previa. En suma, el Juez de Garantías ejerce control previo de todas las diligencias de investigación penal que limitan los derechos fundamentales, salvo las intervenciones a la intimidad contenidas en el artículo 250.2 C.P., cuya revisión de la legalidad es posterior y se ejerce tanto sobre el contenido de la orden como en cuanto a su ejecución.”. (Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2018, p. 11)

6.2 Respecto a la potestad de las autoridades policivas para el ingreso sin orden previa de registro y allanamiento

La expedición del vigente Código Nacional de Policía, esboza un reto a garantías constitucionales a partir de la promulgación, tal y como lo consagra el artículo 163, que permite a las autoridades de policía, ingresar al inmueble sin la respectiva orden escrita. Las situaciones en que estas circunstancias se presentan son seis, de las cuales se reconocen como de imperiosa necesidad y son en su orden:

Artículo 163, Ley 1801 de 2016:

- 1. Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio.*
- 2. Para extinguir incendio o evita su propagación o remediar inundaciones o conjurar cualquier otra situación similar de peligro.*
- 3. Para dar caza a animal rabioso o feroz.*
- 4. Para proteger los bienes de personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas.*
- 5. Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos.*
- 6. Para proteger las vida e integridad de las personas si en el interior del inmueble o domicilio se están manipulando o usando fuegos pirotécnicos, juegos artificiales, pólvora o globos sin el debido cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.*

Parágrafo 1. El personal uniformado de la Policía Nacional que realice un ingreso a inmueble sin orden escrita, de inmediato rendirá informe escrito a su superior, con

copia al propietario, poseedor o tenedor del inmueble, donde conste la razón por la cual se realizó el ingreso. Si el propietario, poseedor o tenedor considera que no había razón para el ingreso o que se hizo de manera inapropiada, podrá informar a las autoridades competentes. En todo caso, previo al ingreso del inmueble, las personas podrán exigir la plena identificación de la autoridad a fin de evitar suplantación, verificación a realizar mediante mecanismos provistos o aceptados por la autoridad policial. (p. 92)

Se observa, que se trata de situaciones excepcionales y por regla general se requiere de un registro, como lo es en este caso de estudio, a los allanamientos de domicilio sin orden previa en casos de imperiosa necesidad.

La Corte Constitucional, define: *“Determinación del juez competente para controlar la irregularidad del acceso al domicilio sin orden previa en casos de imperiosa necesidad – Reserva de ley.*

La reserva de ley en la determinación de las competencias de las autoridades públicas, el término para su ejercicio y el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo dicho control es la materialización misma de la cláusula de Estado de Derecho y se fundamenta en: (i) la atribución general de competencia que la Constitución realiza en cabeza del Congreso de la República para expedición de Códigos, (ii) el artículo 29 de la Constitución Política que erige la competencia legal en garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, y (iii) en el presente caso, en la reserva de ley específica prevista en el artículo 28 de la Constitución Política, al exigir que la autoridad judicial encargada de

velar por la protección de la inviolabilidad del domicilio sea competente.” (Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 2017, p. 1)

Lo anterior, tal y como se explicó antes, en este procedimiento especial policivo no está exento del cumplimiento de la Constitución y la ley, como son también los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad, al debido proceso entre otros; y los que la ley 906 de 2004 consagra correspondientes al tema del presente estudio.

La Sentencia C-212 de 2017, la Corte Constitucional plantea el problema jurídico acerca de si el artículo 163 de la Ley 1801 de 2016 vulnera derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y la intimidad, al asentir el ingreso a domicilio a la autoridad policiva sin que exista orden escrita previa. La Corte al respecto argumenta lo siguiente:

“Tratándose de un derecho constitucional, la inviolabilidad del domicilio no reconoce prerrogativas ilimitadas, lo que contraria, directa o indirectamente, la vigencia de otros derechos constitucionales que quedarían desprotegidos por amparos absolutos e inflexibles de este derecho. Por esta razón, esta Corte ha ponderado hipótesis en las que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio entre colisión con otros derechos, para efectos de determinar la razonabilidad de limitaciones concretas a este derecho fundamental, al no exigir para el ingreso ni orden judicial previa, ni autorización del morador. (p.30)

Por consiguiente, La Corte Constitucional interpreta en concreto la importancia del derecho a la inviolabilidad de domicilio y a la intimidad como no absoluto, y se advierte que los seis numerales son de carácter particular, por cuanto el artículo 163 de la ley 1801 de 2016 busca la protección y en determinada situación cuando se encuentra en riesgo la vida de una persona, la ponderación de estos derechos lleva a interpretar que la Ley 1801 de 2016 tiene que ceder ante el derecho a la vida, tal y como lo establece la Norma superior.

La Corte Constitucional, Sentencia C-256 de 2008, establece un precedente jurisprudencial, a cerca del análisis de constitucionalidad de las razones de imperiosa necesidad para penetrar en los domicilios ajenos sin mandato escrito, de manera que las decisiones de sentencia más reciente se encuentra la Sentencia C- 212 de 2017, o sea, en nueve años posterior, hay precedente que interpretó, lo indicado en la Sentencia C-256 de 2008. El precedente establecido en esta sentencia es el siguiente:

“(...) el derecho a la inviolabilidad de domicilio no sólo tiene amplia protección estatal sino también que tiene un carácter relativo y que, por consiguiente, puede ser limitado en razón de proteger otros derechos y valores con gran relevancia constitucional. Precisamente, para proteger este derecho-libertad de las “injerencias arbitrarias o abusivas”, el Constituyente lo rodeó de garantías especiales para que su limitación obedezca a razones objetivas y suficientemente sólidas para evitar el abuso de poder. Una de esas garantías es la orden judicial para que las autoridades adelanten registros o allanamientos sin el consentimiento del titular del derecho, puesto que al juez corresponde evaluar, con criterios de imparcialidad y objetividad, la existencia de motivos previamente

definidos en la ley que autoricen la limitación del derecho. De esta manera, la intervención judicial aparece como un mecanismo preventivo que se dirige a proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en tanto que se parte de la base que la autorización del juez está limitada a la verificación de hechos y de reglas jurídicas de obligatorio cumplimiento.” (Corte Constitucional, Sentencia C-256 de 2008, p.10)

Es de resaltar en decisión de la Corte Constitucional, en Salvamento de Voto del Magistrado JOSE ANTONIO CEPEDA AMARIS a la Sentencia C-212/2017, Referencia: Expediente D-II630; Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial), de la Ley 1801 de 2016, “*por la cual se expide el Código de Policía Nacional y Convivencia*”, las cuales expone su posición frente a la decisión de la Corte Constitucional, así:

“ALLANAMIENTO Y REGISTRO DE INMUEBLES-Propósito en el procedimiento penal (Salvamento parcial de voto)

“En el trámite del proceso penal, los allanamientos y registros a inmuebles tiene el propósito de recaudar elementos materiales probatorios y evidencias físicas en contra del imputado o acusado y, en consecuencia, frente a estos procedimientos opera de forma prevalente el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio y la garantía de su restricción con intervención de una autoridad judicial (art. 28 CP.). En este ámbito, la Policía Nacional actúa con arreglo al programa metodológico de la investigación penal diseñado por la Fiscalía General de la Nación, bajo la dirección de esta y en cumplimiento de funciones de policía judicial (art.250.8 CP.). Así mismo, solo por excepción, los

servidores de policía pueden llevar a cabo tales diligencias sin orden previa y escrita de una autoridad judicial competente.” (...)

“4. (...) Por el contrario, la medida de ingreso a inmueble sin orden escrita, ejecutada por la Policía Nacional, en el marco de Código Nacional de Policía y Convivencia, se inscribe en la función constitucional de dicho cuerpo civil, de mantener y salvaguardar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (art. 218 CP.). En este sentido, el referido medio material de policía no habilita a las autoridades para la obtención de pruebas con fines de acusación, ni tiene en sí mismo la naturaleza de un procedimiento penal, que deba ser protegido por cláusula amplia de la inviolabilidad de domicilio (art. 28CP.). Su naturaleza es esencialmente administrativa, tiene un sentido estrictamente preventivo y pretende garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, así como el cumplimiento de las normas de policía y convivencia. (lo resaltado fuera del original)

5. En consecuencia, en la medida en que el ingreso a inmueble sin orden escrita tiene una naturaleza completamente distinta a los registro y allanamientos de las investigaciones con propósitos penales, la garantía de la intervención judicial, propia de estas últimas indagaciones, no resultaba aplicable al medio material de policía juzgado. Como se ilustró, cuando este es utilizado, los servidores de policía desarrollan competencias distintas, con propósitos y finalidades diferentes a la que cumplen, como policía judicial, en el contexto de una actuación penal. Por lo tanto, en mi criterio, la aplicación de controles judiciales posteriores a la citada diligencia policiva provoca

su desnaturalización y desfigura, así mismo, el fin de las intervenciones judiciales en la inviolabilidad de domicilio.

En términos generales, el control judicial a los registros y allanamientos con fines acusatorios tiene como resultado la exclusión de medios materiales de prueba hallados en desarrollo de tales procedimientos. Las evidencias obtenidas con desconocimiento de debido proceso y de las reglas previstas para la realización de esas diligencias, a partir de una decisión judicial, serán excluidas de debate probatorio y la Fiscalía no podrá disponer de ellas. En cambio, no es clara la utilidad ni los efectos prácticos que pueda tener la participación del juez en una actuación meramente policiva, ejecutada por razones preventivas y donde se recaban pruebas destinadas a hacer valer dentro de un proceso judicial.” (Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 2017, pp. 55 a 57)

Como no es claro quien realiza ese control, la Corte en su parte resolutive exhorta al legislador, el Congreso de la República para que, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia, en un término no superior al agotamiento de las siguientes dos legislaturas, es decir, antes del 20 de junio de 2019, expida una ley que defina en primer lugar, la jurisdicción y el juez competente para realizar el control posterior y rogado del acceso al domicilio sin orden judicial previa por parte de autoridades administrativas, en segundo lugar, los términos y condiciones para solicitar y para su realización, en tercer lugar, los aspectos procesales del control y, por último lugar, los poderes del juez en la materia.

Finalmente, señala en el caso en el que al vencimiento del plazo previsto en el numeral anterior, dicha ley no haya sido promulgada, el control judicial del acceso al domicilio sin orden judicial previa deberá ser realizado, previa solicitud del interesado, por el juez de control de garantías.

En gracia de discusión respecto a lo mencionado, El juez control garantías, es una figura esencial del sistema penal acusatorio, destinado por su esencia, a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando estas están inmersas en un proceso desde las etapas preliminares, dejando ésta según la Corte, a disposición de este juez, el control posterior al allanamiento del domicilio, la Sentencia de Casación Radicado No. 28535 de 09/04/2008, así:

“(…) La primera, porque el control de legalidad sobre lo actuado, a que se refiere el artículo 237, debe entenderse comprensivo de todo el procedimiento adelantado, es decir, de la actuación cumplida desde que se inicia hasta que termina, lo cual incluye la orden, como lo aclaró de manera expresa el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, el allanamiento (penetración y aseguramiento del lugar), el registro, y desde luego, la recolección de los elementos materiales y evidencia física hallados. (…)

Existen, además, fuentes normativas distintas de los artículos 154 y 237, que conspiran contra la tesis planteada por la demandante, como el propio numeral 2 del artículo 250 de la Constitución, y el artículo 14 de la Ley 906 de 2004, transcritos ya en su integridad, de cuyo texto surge que la audiencia de control es sólo una.

*“En estos eventos el juez que ejerza 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” (artículo 250.2).*

*En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantar **la respectiva audiencia** ante el juez control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación” (artículo 14 de la Ley 906 de 2004).*

“Recapitulando, se tiene lo siguiente: (i) que la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada de navegar por Internet u otros medios similares, es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos, y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden.”
(pp.1 a 3)

De acuerdo a lo antes expresado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia encontrada, se observa que todas las actuaciones realizadas por los miembros que cumplen funciones de investigación como lo son, el cuerpo técnico de investigación de la fiscalía CTI, los miembros activos de la policía nacional, los agentes de la SIJIN que forma parte de la policía judicial de la policía nacional, es la de cumplir las reglas al debido proceso, como lo indica el artículo 29 superior y los preceptos orientadores de los procedimientos indicados en la Ley 906 de

2004. Por consiguiente, cuando los agentes de policía han realizado procedimientos de registro y allanamiento y obtengan elementos materiales probatorios y evidencias físicas sin orden judicial, procedimiento que no está normado en la Ley 1801 de 2016, por ser esta norma de tipo administrativo, se deben someter los elementos probatorios para que se garantice el debido proceso ante juez control de garantías, para el posterior control de legalidad en el menor tiempo posible adentro de las treinta y seis (36) horas.

6.3 Fuerza pública en Colombia.

En consecuencia, a lo arriba expresado, hoy en día existen lugares de la geografía colombiana que no existe presencia física de las autoridades de policía judicial, o en lugares distantes donde no hubiere miembros de policía judicial de la policía nacional, estas funciones las podrá ejercer la policía nacional. Estos funcionarios fácilmente podrían exponer su vida e integridad física, donde actúan grupos al margen de la ley como son organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada para sustraerse a la acción de la justicia, donde eventualmente, en territorio donde no existe miembros de policía nacional, está presente la fuerza pública como es el ejército, la armada, que si bien no cumplen funciones de policía judicial en sus labores de operaciones siempre actúan con apoyo de un funcionario no militar adscrito al cuerpo técnico de investigaciones “CTI” de la fiscalía para que cumpla funciones de policía judicial, a efectos de que no repercuta en la pérdida de valiosos elementos de prueba.

La Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia, expresa:

“La afirmación de la casacionista, en el sentido de que la Armada Nacional no tenía competencia para cumplir funciones de policía judicial, no admite discusiones, pues la normatividad legal no incluye esta fuerza dentro de los órganos autorizados para hacerlo, y el ordenamiento superior tampoco lo consiente.

Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha sostenido que la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares, de la que hacen parte el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, está prohibida por la Carta Política porque desnaturaliza la estructura y objetivos esenciales de dicha fuerza y contraría la prohibición contenida en su artículo 213.

Pero esto no significa, como lo entiende la casacionista, que las actividades realizadas por los miembros de la Armada Nacional o cualquier otro órgano de las Fuerzas Militares, en ejercicio del deber de protección de las personas, o de la preservación del orden público y la convivencia ciudadana, o de la facultad consagrada en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, se tornen ilícitas o ilegales por el simple hecho de provenir de un órgano que no tiene asignadas funciones de policía judicial.

Además de la finalidad primordial que el artículo 217 de la Constitución Nacional le asigna a las Fuerzas Militares, de la “defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, también tiene el deber de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, y el de colaborar en forma

armónica con las demás ramas del poder público para la realización de los fines del Estado, que el artículo 113 asigna a todos sus órganos.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al sostener que una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden público y de la convivencia pacífica, no solo porque así lo establece el artículo 2º de la Carta, sino porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades.

En cumplimiento de estas finalidades de origen constitucional y legal, es frecuente que las Fuerzas Armadas tenga que intervenir para prevenir o conjurar alteraciones del orden o la paz ciudadana, o repeler actividades ilícitas, o capturar delincuentes en flagrante actividad delictiva, y que en ejercicio de esta actividad se vean enfrentados a situaciones en la que las circunstancias exigen realizar preventivamente funciones que normalmente cumplen policía judicial, mientras ésta asume su control. (Lo resaltado es mío)

Para la Corte es claro, por tanto, que la respuesta de la fuerza pública en estos casos es legítima, por estar amparada en el deber de protección de las personas y la necesidad de intervención que como autoridad le compete, que la Constitución Nacional igualmente les asigna, tal como viene de ser expuesto y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional. (Lo resaltado es mío)

El problema jurídico se plantea alrededor de las actividades que en desarrollo de esta facultad de respuesta adelante la fuerza pública, pues debe entenderse que su capacidad de acción en estos casos no puede ser ilimitada y que la legalidad de las actuaciones que cumpla dependerá de que sean respetuosas de los derechos fundamentales y de las fronteras de competencia de los órganos de investigación. (Lo resaltado es mío)

Si invade competencias que son privativas de policía judicial, entendidas por tales las que por su naturaleza implican una actividad investigativa, como sería el caso de los interrogatorios, los análisis de campo, la recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, el levantamiento de planos, de registro fotográficos, las inspecciones , etcétera, que comportan, de suyo, funciones propias de investigación con pretensión probatoria, la actuación, en lo que tiene que ver con las actividades desbordadas, será ilegal, como ya lo ha reconocido la Corte en otras oportunidades.

Pero si las fuerzas militares se limitan a dar respuesta a una situación de peligro, o a un llamado de ayuda, sin desplazar a los cuerpos de policía judicial en las funciones de indagación que les son propias, como ocurre cuando solo realizan requisas preventivas, o capturas de personas sorprendidas en flagrante actividad delictiva, o actos de protección y aseguramiento de los elementos probatorios y las evidencias físicas descubiertos, mientras los órganos de policía asumen el control de la situación, la actuación será lícita, si se cumple dentro de los marcos de respeto de las garantías fundamentales.

En el caso estudiado la actividad de la Armada Nacional se ubica dentro del segundo supuesto (...)” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Casación Número Radicado 34867, 2013).

Sin embargo, en la Sentencia C- 034 de 1993 expresa en su parte resolutive:

“Declarar la constitucionalidad el Decreto Legislativo 1810 del 9 de noviembre de 1992 “por el cual se otorgan funciones de policía judicial a las fuerzas militares”, siempre que se entienda que las unidades de policía judicial se integran con personal no militar.” (lo resaltado fuera del texto original)

En concordancia con lo expresado en los siguientes artículos, así:

Artículo 216 C.N.: “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional”.

*Artículo 201, Ley 906 de 2004: “Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investigados de esa función, pertenecientes **al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento de Administrativo de Seguridad, por medio de sus dependencias especializadas.**” (Lo resaltado fuera del texto original)*

Artículo 202, Ley 906 de 2004: “Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

- 1. La Procuraduría General de la Nación.*
- 2. La Contraloría General de la Republica.*
- 3. Las autoridades de tránsito.*
- 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.*
- 5. Los directores nacionales y regionales del IMPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con los señalado en Código Penitenciario y Carcelario.*
- 6. Los alcaldes.*
- 7. Los inspectores de policía.*

Parágrafo: Los directores de estas entidades en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.”

Artículo 302, Inciso 2º, Ley 906 de 2004: “Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.”

La Dirección del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), a través del Departamento de Criminalística se contribuye a dar garantías a las víctimas y/o a la ciudadanía en sus derechos a la

verdad, justicia y reparación. En este caso, la tecnología puesta a disposición de la investigación garantiza la fijación, ubicación y manejo del lugar de los hechos para la búsqueda y fijación de los elementos probatorios y evidencia física contribuyendo al acceso a la justicia.

El Cuerpo Técnico de Investigación es la encargada de asesorar al Fiscal General de la Nación y al Vice fiscal General de la Nación en la formulación de políticas, estrategias, directrices y lineamientos para el ejercicio de las actividades investigativas y la función de policía judicial, así como en la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial que cumplen de manera permanente o transitoria otros organismos y personas naturales o jurídica.

Adicionalmente, debe planear, dirigir y controlar, en coordinación con el Vice fiscal General de la Nación, las funciones de policía judicial de los grupos que conforme la Dirección para adelantar las investigaciones, asesorar y apoyar a las dependencias de la Fiscalía en materia de investigación criminal, servicios forenses y de genética y en la administración de información técnica y judicial que se requiera para la investigación penal. Además, del intercambio de información entre los distintos organismos de investigación, de seguridad e inteligencia a nivel nacional e internacional, para la programación y el desarrollo de operaciones contra la delincuencia.

**CAPITULO III. DESCRIPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS
IRREGULARIDADES COMETIDAS EN LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA
EN REGISTRO Y ALLANAMIENTO**

7. Descripción

En el presente acápite pretende reseñar como las Altas Cortes en su decisión aportan con claridad sobre los conceptos básicos expuestos en el capítulo anterior, esto es, desde la noción de la obtención del material probatorio en registro y allanamiento, por consiguiente, a partir de esos conceptos normativos, se hace necesario resaltar remitirnos a casos concretos que ha conocido esta máxima corporación de la jurisdicción ordinaria penal en aplicación del Código de Procedimiento Penal y Código de Policía y Convivencia Ciudadana respecto al tema de estudio en comento.

Para lo antes expuesto y para mayor claridad se hará una breve descripción de los hechos según el caso en particular, cual fue el procedimiento, y que se resolvió según los argumentos de decisión tomada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal, Radicado 2016 -0361-01
M.P. EDGAR KURMUN GÓMEZ:

7.1. Hechos.

El 21 de enero de 2015, hacia las 8:58 pm, la policía de vigilancia del municipio de tuta recibió una llamada del cuadrante de una ciudadana que informaba estaba siendo agredida por su compañero permanente solicitando la presencia de la policía, lugar que se encuentra ubicado en la Vereda de Santa Teresa, sector el Resguardo del Municipio de Tuta. La cual acudió la policía de vigilancia arribando hacia las 9:06 pm, y se entrevistaron con la señora que estaba siendo agredida por su compañero sentimental, y que atendió a los patrulleros a través de una de las ventanas que da contra la calle de su vivienda y en la que se encerró para proteger su integridad y la de su hija que estaba siendo intimidada. Posteriormente, los agentes de policía desde fuera de la casa hablaron con él compañero sentimental, le percibieron aliento alcohólico y le manifestaron la razón de su presencia en ese sitio. Minutos después los patrulleros se disponían a retirarse del lugar, uno de los patrulleros, vio que el compañero sentimental se dirigió a una de las ventanas de la casa, saco un arma de fuego y la acciono en dos ocasiones en dirección a los uniformados, sin lesionarlos, por lo que se pidió apoyo a la central de radio. En ese momento se acercó un familiar del agresor y se ofreció a mediar para que su hermano se entregara. En seguida la compañera sentimental del agresor autorizo a los uniformados el ingreso para registrar el inmueble con el fin de ubicar el arma de fuego y fue hallado al fondo de uno de los muebles de la sala un revolver marca Martial 38 SLP de serial IM3369P, negro, de cache ortopédica, pavonada, con seis vainillas. El arma fue incautada y el agresor se le dieron a conocer los derechos como persona capturada, luego fue llevado a valoración médica y puesto a disposición de URI para su judicialización.

7.2. Antecedentes procesales.

1. El 23 de febrero de 2016, se realizó ante el Juez Promiscuo Municipal de Tuta con función de garantías audiencia preliminar de formulación de imputación contra el agresor, por la conducta contenida en el artículo 365 del Código Penal, Modificado por el art. 38 de la Ley 1142 de 2007 y luego por la Ley 1453 de 2011, art. 19, cargo que no aceptó.
2. El 26 de febrero de 2016 la Fiscalía 12 seccional presentó escrito de acusación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja con función de conocimiento y el 3 de junio de 2016 en audiencia de formulación de acusación, la defensa técnica del imputado solicitó la nulidad de toda la actuación, que fue decretada por el a quo y apelada por la fiscalía

7.3. Que impugno en sentencia

3. En audiencia realizada el día 3 de junio de 2016, la defensa del agresor conforme al artículos 457 de C.P.P y 20 C.N., solicitó la nulidad de lo actuado en audiencia preliminar de imputación, al advertir violación de garantías fundamentales como el debido proceso y derecho de defensa de orden sustancial en los siguientes términos:
 - El 22 de enero de 2015, la Fiscalía URI solicitó la legalización de captura, al imputado e imposición de medida de aseguramiento y a su vez solicitó la ilegalidad del procedimiento de captura por que no se había legalizado la diligencia de registro y allanamiento, violándose ostensiblemente los derechos de defensa y debido proceso; advirtiendo el Juez Control de Garantías quien además señalo que la captura y testimonios de los policías presentes en la diligencia se constituían en pruebas

contaminadas y la orden de registro y allanamiento no conto con orden judicial sino de autorización presuntamente de la agredida, olvidando así someter al control posterior ante juez control de garantías; el acta de registro y allanamiento para legalizar captura; no hubo registro del inmueble, ni de la evidencia física donde se identifique procedimiento de recolección, embalaje y rotulación antes de someter a cadena de custodia y no se legalizo procedimiento ante juez control de garantías en los términos del artículos 23, 230 y 237 del C.P.P.

7.4. Cuáles fueron los aspectos jurídicos de la parte considerativa de decisión del Tribunal Superior de Tunja

El Tribunal con el propósito de resolver la problemática considerada por la Sala mayoritaria, en considerar si la audiencia de formulación está viciada de nulidad por la omisión de la Fiscalía de realización de legalidad posterior sobre, el allanamiento y registro e incautación de arma de fuego encontrada en el domicilio del agresor; en cuanto a los soportes de elementos materiales probatorios en su parte considerativa determino los siguientes aspectos jurídicos: i) Las características del procedimiento en el nuevo modelo procesal penal respecto al debido proceso y derecho de defensa; ii) la exclusión probatoria y posible nulidad de la audiencia de imputación.

Por tanto, el tribunal hace un análisis de los derechos fundamentales frente a todos los aspectos que establece en todo procedimiento como son las manifestaciones del modelo del Estado Social de Derecho, comprensivo de unas garantías que constituyen el límite del poder punitivo del Estado y los derechos de los coasociados sometidos a proceso judiciales o administrativos.

Así pues, las etapas de la estructura lógica de un proceso son preclusivos imponiéndose el adelantamiento de las subsiguientes hasta su culminación del juicio; como las actuaciones y diligencias que pueden ser atacadas con el mecanismo de nulidad y las que no lo son mediante otros mecanismos procesales diferentes, como el de la interposición de los recursos de ley o de la revocatoria ante los jueces competentes, como es el caso, lo indicado en el artículo 230 del C.P.P., que no hacen parte de la estructura lógica del proceso y por tanto no se puede atacar con el mecanismo de nulidad, es decir, el cuestionamiento que indica la defensa respecto al registro y allanamiento que conllevo a la captura de su poderdante la inexistencia valida del propietario o tenedor del bien objeto de registro y por la no practica de audiencia de control de legalidad posterior, no hacen parte de la estructura lógica del proceso.

Como también advierte la Sala del Tribunal, en cuanto a la exclusión probatoria y posible nulidad de la audiencia de imputación, respecto de distinguir entre pruebas ilícitas e ilegales; por cuanto el escenario natural para excluir del proceso la prueba ilegal que es la practicada o aducida con desconocimiento de los presupuestos legales esenciales para su validez, es la audiencia preparatoria.

Por tal razón la Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Tunja en su parte resolutive en el numeral primero resuelve: Revocar la providencia impugnada y en su lugar ordenar la continuidad del trámite procesal.

En síntesis, la jurisprudencia y la doctrina en sus innumerables decisiones han advertido que las autoridades encargadas de velar por la tranquilidad de la comunidad, como lo es la policía de vigilancia en sectores sub urbanos, tal y como se expresó en el presente caso no tienen funciones de policía judicial, y para ello deben acudir para efectuar procedimientos, tal y como se indicó en el análisis de la jurisprudencia, el llamado a un superior encargado de efectuar los trámites que son propias de la policía judicial, como también otros funcionarios que conforman el cuerpo técnico de investigaciones por su conocimiento y capacitación son los encargados de garantizar y respetar el debido proceso y derechos fundamentales a efectos de evitar, irregularidades en su actuar y no devenga de ilegal, como fue el procedimiento de registro y allanamiento.

CAPITULO IV. MECANISMOS PARA LA OBTENCION DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS EN REGISTRO Y ALLANAMIENTO

En esta etapa de estudio, es conocer cuál es el papel de la policía judicial al momento de solicitar a la Fiscalía General de la Nación para llevar a efecto un registro y allanamiento a una propiedad, por información debidamente recolectada a través de entrevista, y que existan motivos fundados de que en una propiedad inmueble hay presencia de elementos muy significativos que permitan inferir la existencia de un delito o de un ilícito.

Para tal fin, se establecerá que es la cadena de custodia, la finalidad y las reglas o protocolos que deben realizar y tener en cuenta la policía judicial al momento fijar dichos elementos materiales probatorios y evidencia física en un registro y allanamiento en propiedad privada dentro de una investigación.

8. Cadena de custodia

La cadena de custodia, según (González, 2005), expresa: *“Es un instrumento “que garantiza la seguridad, preservación e integridad de los elementos probatorios (...) recogidos al interior de una investigación penal, generalmente llevada a cabo por agentes del CTI por parte del ente acusador, o de investigadores privados por parte de la defensa (...) Siendo su principio básico el de la responsabilidad en el manejo de dichos elementos. (...) Su fin último se centra ante el operador judicial, especialmente el Juez Control de Garantías que asume conocimiento en el control posterior de la orden de registro y allanamiento, que la evidencia presentada (...) es la*

misma que se obtuvo originalmente en el lugar del hecho o que fue aportada por testigos, o en procesado” (p.90)

Es decir, que el medio establecido en el Código de Procedimiento Penal inspira el sistema procesal aportar los medios probatorios adecuados e idóneos para su demostración.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Sentencia SP 160-2017, de 18 de enero de 2017, expresa:

“La sala ha subrayado la obligación constitucional (artículo 250 de la Constitución Política) y Legal (artículos 205, 209, 259 y siguientes y 277, entre otros, de la ley 906 de 2004) sujeción a la cadena de custodia como método de autenticidad por excelencia, con la que se pretende el aseguramiento de las evidencias físicas, a fin de evitar su alteración, modificación, suplantación o falseamiento, lo que determina la vigencia del principio de mismidad, según el cual, la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores.” (p.1)

Artículo 254. Aplicación: “Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia (...) Igualmente se

registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.”

8.1 Finalidad de la cadena de custodia

La cadena de custodia, tal como lo expresa el artículo 273 de la Ley 906 de 2004, sienta unos criterios de valoración:

“La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometiendo a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.”

La cadena de custodia, puede incidir en la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, en el sentido tal y como lo expresa el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, al denotar:

“Son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente y sometidos a la regla de la cadena de custodia”

8.1.1 Protocolo de cadena de custodia

El protocolo es un conjunto estandarizado de acciones, procedimientos y reglas que controlan la secuencia de una actividad de trabajo determinado.

8.1.2. Quien tiene la responsabilidad del manejo de la cadena de custodia

Según lo previsto en el art. 255 del C. de P.P., es responsabilidad de los servidores públicos que entren con los elementos materiales probatorios y evidencia física. Los particulares que por razón de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones propias de su trabajo, son responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad competente.

La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente, según en el artículo 277 del C. de P.P.

Artículo 255. “La aplicación de la cadena de custodia es responsable de los servidores públicos que entren en contacto con los elementos materiales probatorios y evidencia física.

Los particulares que por razón de su trabajo de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, (...) que entren en contacto con elementos materiales

probatorios y evidencia física, son responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad competente.”

Artículo 277. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.”

8.1.3. Son contenedores

Son elementos utilizados como recipientes para almacenar y conservar los EMP y EF que garantizan los principios del sistema de cadena de custodia. Los tipos de contenedores son:

- a) Cajas o bolsas de cartón.
- b) Papel o plásticos de tamaño y calibre acordes con el EMP y EF.
- c) Frascos de polipropileno.
- d) Tubos de ensayo de polipropileno o vidrio.

8.1.4 Rotulo

Es un formato de identificación de EMP y EF que hace parte de la cadena de custodia donde se registra de manera concisa y exacta la información relacionada con el contenido recolectado y embalado.

8.1.4.1. Información que se consigna en el rotulo

- a) Código único del caso discriminado en: departamento (dos dígitos), municipio (tres digito), entidad (dos dígitos), unidad (cinco dígitos), año (cuatro dígitos), consecutivo (cinco dígitos).
- b) Fecha y hora de recolección.
- c) Muestra (se identifica el número del hallazgo, cantidad y unidad de medición).
- d) Sitio o lugar de hallazgo del EMP. Se hace una descripción topográfica (brevemente) o del modo de obtención del EMP.
- e) Descripción del EMP incluyendo su estado de apariencia física (presentación).
- f) Nombre, identidad, cargo y firma de quien recolecto el EMP.

8.1.5. Utilidad de la información consignada

Es importante, por cuanto describe de manera objetiva el EMP y/o EF referido dentro del contenedor y lo identifica, describe sus características específicas y condiciones físicas (presentación y apariencia), e informa quién lo recolectó, sea servidor público o particular.

8.1.6. Forma de recolección técnicamente de una EMP y EF

Debe tenerse en cuenta que la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que, en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo

prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigente en Colombia y en las leyes.

Adicionalmente, hay que asegurar su autenticidad; los elementos materiales probatorios y la evidencia física auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.

Se deben recolectar de acuerdo con lo estipulado en el Manual de Cadena de Custodia y con los procedimientos técnicos que la policía judicial, contando con los elementos adecuados (equipo, instrumentos y contenedores) de acuerdo con las características propias de cada evidencia física, sin perjuicio de lo contemplado en el art. 267 de C. de P.P.

8.1.6.1. Como se embala técnicamente un EMP y EF

Un EMP y EF debe conservarse adecuadamente de acuerdo con sus características y origen, con el fin de que no sea alterado o modificado por la manipulación u otros factores medioambientales, de acuerdo con las norma y procedimientos técnicos de la criminalística y el Manuela de Cadena de Custodia.

La corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No. 35173 de 9 de marzo de 2011, expresa:

“(...) luego de examinar el tema en cuestión, la Sala opta por señalar que, en realidad, las impugnaciones relacionadas con la violación de las reglas reguladoras de la cadena de custodia necesariamente deben dirigirse por vía del error de derecho por falso juicio de legalidad.

*Lo anterior por resultar claro que la cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del **principio de mismidad**, según el cual el medio probatorio exhibido en los estados judiciales debe ser el mismo y ha de contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.*

En ese sentido, se tiene que las reglas destinadas a la preservación de la evidencia física tienen una indiscutible estirpe legal, pues ellas están establecidas en los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004, amén de que la Fiscalía General de la Nación en virtud del parágrafo del artículo 254 del citado estatuto, ha reglamentado aspectos relacionados con dicha materia, en aras de asegurar la legalidad y autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

Si en tales condiciones, el error de derecho por falso juicio de legalidad se presenta cuando el fallador asigna validez a un medio de prueba, a pesar de que en su producción y aducción se desconocen las reglas establecidas en la ley para el efecto, y también cuando el juzgador deja de apreciar algún elemento de convicción, por considerar erróneamente que en su recaudo se desatendieron dichas reglas, no hay duda de que el quebranto de las normas reguladoras de la cadena de custodia configuran un yerro de dicha naturaleza.”(Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación No. 35173, 2011)

9. Conclusión

La Constitución Política de Colombia, plasma los derechos fundamentales que protegen el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho que tienen las personas, y que el estado colombiano en acatamiento de estas normas de orden superior dentro de los fines esenciales debe velar por la protección de todos los ciudadanos que integran la sociedad y le ordena que debe respetar y hacer respetar esos principios fundamentales.

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales en desarrollo de los principios superiores, han precisado en sus pronunciamientos los lineamientos que deben regir en procedimiento de registro y allanamiento en la búsqueda y obtención del material probatorio garantizando a sus asociados, el principio de legalidad e impartir exigencia a la autoridad judicial encargada de velar por la protección de la inviolabilidad del domicilio cuando no hay orden previa en casos de imperiosa necesidad.

La Corte Constitucional, en su análisis indica el procedimiento penal el trámite a los registro y allanamientos con el propósito de recaudar elementos materiales probatorios y evidencias físicas operar de forma prevalente los derechos constitucionales a la inviolabilidad de domicilio y la garantía de su restricción de una autoridad judicial en los términos del artículo 28 superior, de tal manera, que la fuerza pública debe actuar con arreglo a un programa metodológico de la investigación penal diseñado por la Fiscalía General de la Nación.

Es de resaltar que los procedimientos de registro y allanamiento que tienen como fin recaudar elementos materiales probatorios en los términos que indica el artículo 163 de la ley 1801 de 2018, sin orden escrita, procedimiento este que es administrativo, se debe realizarse un control posterior ante el Juez Control de Garantías. Para que imparta legalidad y verificar que esta fue adquirida sin violación a derechos fundamentales y debido proceso conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo a los referentes documentales que hacen parte integral de esta investigación, es de resaltar que los procedimientos de registro y allanamiento que sean realizados por las autoridades competentes(fuerza pública, la policía nacional y las unidades especializadas de investigación delegadas de la fiscalía), deben acatar los principios constitucionales y en especial a lo normado en el artículo 29 de la norma superior, como es el debido proceso en todas las actuaciones judiciales, y en especial la obtención del material probatorio en propiedad privadas sin violación al debido proceso.

10. Bibliografía

- Abauza, D. (2015). *De la retractación del allanamiento a cargo en la audiencia de legalidad del allanamiento, conforme los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia 2012 – 2015.*
<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/1/AbauzaRubianoDannyCediel2015.pdf>
- Bedoya, Luis Fernando. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano.*
- Corte Constitucional (2018, 14 de marzo). Sentencia C-018/18, Expediente: D-11876. (Diana Fajardo Rivera M.P.)
- Corte Constitucional (2017, 5 de abril). Sentencia C- 212 /17. Expediente: D-11630. (Alejandro Linares Cantillo, M.P.).
- Corte Constitucional, (2010, 18 de agosto). Sentencia C-640 /10 (Mauricio González Cuervo, M.P.)
- Corte Constitucional, (2009, 24 de febrero). Sentencia C-131/09. Expediente: D-7361. (Nilson Pinilla Pinilla, M.P.)
- Corte Constitucional, (2008, 11 de marzo). Sentencia C-256 /08, Expediente: D-6859. (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P.)
- Corte Constitucional, (2004, 18 de agosto). Sentencia T-787/ 04 (Rodrigo Escobar Gil, M.P.)
- Corte Constitucional (1993, 8 de febrero). Sentencia C-034/93, Expediente R.E.-010. (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.)
- Corte Suprema de Justicia (2013, 27 de junio). Sentencia de Casación Numero Radicado: 34867. (José Leónidas Bustos Martínez, M.P.)
- Corte Suprema de Justicia (2008, 9 de abril). Sentencia de Casación. Numero de Radicado: 28535, (José Leónidas Bustos Martínez, M.P.)

- Corte Suprema de Justicia (2011, 9 de marzo). Sala de Casación Penal, Proceso No. 35173 (María del Rosario González de Lemos, M.P.)
- Corte Suprema de Justicia (2017, 18 de enero). Sala de Casación Penal, Sentencia SP 160-2017, (Patricia Salazar Cuellar, M.P.)
- Cuestas, C. (2000). *Diccionario derecho procesal. Colecciones Judiciales, Panamá, p. 4.*
- Defensoría del Pueblo (2008), *Manual de investigación desde la perspectiva de la defensa, pp. 182 a 183*
- Diccionario de la Lengua Española (2014) *Real Academia Española, Vigésimotercera Edición. Edición del Tricentenario. Planeta libros.com, p.532*
<https://dle.rae.es/docs/DLE-Edici%C3%B3n-del-Tricentenario.pdf>
- Durkheim, E. (1996) *Las reglas del método sociológico.* Fondo de cultura económica México. Primera edición
 Español, pp. 7 - 209.
https://eva.fcs.edu.uy/pluginfile.php/45453/mod_resource/content/1/LAS_REGLAS_DEL_METODO_SOCIOLOGICO_-_EMILE_DURKHEIM_-_PDF.pdf
- Garizábal, M., Madrid, M. (1998) *Diccionario de la Constitución Política de Colombia., 2ª Edición. p.p. 100,270*
- Gadamer, H.G. (1998). *El giro hermenéutico. Ediciones Cátedra. p. 62.* <http://www.fadu.edu.uy/estetica-diseño-ii/files/2014/04/Gadamer-El-giro-hermeneutico.pdf>
- González, Rubén Darío (2005) *Cadena de custodia en criminalística. Ediciones Doctrina y Ley. Colombia., p.90*
- Hart, L.A. (1961) *El concepto del derecho.* Abeledo - Perrot. Oxford.
<https://es.scribd.com/document/61195907/El-Concepto-de-Derecho-Herbert-L-a-Hart-Desbloqueado>

Huertas, O., Prieto, J., Jiménez, N. (2015). *La prueba ilegal e ilícita su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano.*, pp. 229 - 236.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5645585>

Kelsen, H. (2000) *Teoría pura del de derecho*. Editorial unión Ltda. Santa fe de Bogotá D.C. Primera edición, pp. 13 – 170.

Ley 906 de 2004. Código de procedimiento penal.

Ley 1801 de 2016. Código nacional de policía.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja (2016, 30 de noviembre). Sala Penal, Interlocutorios 077, (Edgar Kurmen Gómez, M.P.)

Vasak, K. (1997, 11 de noviembre). “*La larga lucha por los derechos humanos*”. *El correo de la UNESCO*, pp.29 - 32

http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html