

**EL PROCEDIMIENTO POLICIVO COMO UNA AFECTACIÓN A LAS
GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LOS CIUDADANOS DENTRO DE UN ESTADO
SOCIAL DE DERECHO**

**GONZALO JULIÁN ÁVILA VILLALOBOS
ZAMIRA JALAFF RAMÍREZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2014

**EL PROCEDIMIENTO POLICIVO COMO UNA AFECTACIÓN A LAS
GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LOS CIUDADANOS DENTRO DE UN ESTADO
SOCIAL DE DERECHO**

**GONZALO JULIÁN ÁVILA VILLALOBOS
ZAMIRA JALAFF RAMÍREZ**

Trabajo de Grado para optar por el título de Abogado

**Director
RAMIRO PINZÓN ASELA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2014

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO	15
1.1 FUNCIONES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	22
2. DERECHOS FUNDAMENTALES	26
2.1 DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL	27
2.2 DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD	30
2.3 DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD	40
2.4 DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE LOCOMOCIÓN	45
3. LA POLICÍA NACIONAL	48
3.1 FUNCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL	51
3.2 FUNCIONES PREVENTIVAS	57
4. LAS INTERVENCIONES CORPORALES	61
4.1 TIPOS DE INTERVENCIONES CORPORALES	63
4.2 INSPECCIÓN CORPORAL	64
4.3 TOMA DE MUESTRAS	68
4.4 REGISTRO PERSONAL	73
5. EL DELITO DE ASPECTO Y LAS REQUISAS PERSONALES	82
5.1 LA SOSPECHA	89
6. MOTIVOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LA REALIZACIÓN DE LAS REQUISAS POLICIALES SIN ORDEN ESCRITA	100
6.1 LAS ÓRDENES JUDICIALES ESCRITAS, COMO NORMA GENERAL AL MOMENTO DE PRACTICAR LAS REQUISAS	105
6.2 LA REQUISA COMO UN ACTO DE URGENCIA PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO	109
6.3 LA CAPTURA COMO UN ACTO COMPLEJO	115

6.4 CONTROL JUDICIAL POSTERIOR O LEGALIZACIÓN DE CAPTURA	121
7. CONCLUSIONES	127
8. RECOMENDACIONES	132
BIBLIOGRAFÍA	134

RESUMEN

TÍTULO: EL PROCEDIMIENTO POLICIVO COMO UNA AFECTACIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LOS CIUDADANOS DENTRO DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.*

AUTORES: ÁVILA VILLALOBOS, Gonzalo Julián, JALAFF RAMÍREZ, Zamira **

PALABRAS CLAVES: Estado, Policía, Procedimientos, Arbitrariedad, Sospecha, Requisas, Flagrancia, Captura, Legalización, Legalidad.

DESCRIPCIÓN: Los procedimientos policivos, son ejecutados como forma de prevención y persecución del delito. Sin embargo, la puesta en práctica de estos procedimientos acarrea la limitación excesiva de derechos fundamentales como la libertad, locomoción, integridad personal, y la intimidad, poniendo en tela de juicio la legalidad, y legitimidad de muchos de estos procedimientos; entre ellos, la requisas. La requisas entonces, se constituye como un procedimiento altamente limitador de los derechos fundamentales anteriormente mencionados, y que por su cotidianidad, termina siendo aceptado socialmente, poniendo en peligro las clases sociales etiquetadas, que por lo general son aquellas que no poseen recursos económicos, creando así, un delito de aspecto jurisprudencialmente en potencia, como faro rector de las requisas policiales. Por consiguiente, los fundamentos objetivos que debería esgrimir el agente de policía al momento de justificar la práctica del procedimiento y su posterior legalización ante un juez de control de garantías, terminan siendo trasladados para darle paso a la sospecha, y al delito de aspecto, elementos meramente subjetivos que legitiman la arbitrariedad, y capricho de los agentes de policía al momento de practicar las requisas. Así las cosas, la función de prevención del delito se convierte en una función reactiva altamente arbitraria y desproporcionada que origina la vulneración de los derechos constitucionales de los ciudadanos, y por consiguiente la represión injustificada contra estos, dando origen ya no a un Estado social de Derecho; sino más bien a un Estado policivo altamente represivo. Así, las requisas se han incrementado como un acto de control social, en donde la función de prevención se transforma por la de reacción, y ante cualquier comportamiento sospechoso, se procede a la práctica de este tipo de procedimientos policivos de manera injustificada, selectiva y arbitraria.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Ramiro Pinzón Asela

ABSTRACT

TITLE: Policing PROCEDURE AS AN INDIVIDUAL INVOLVEMENT TO WARRANTIES OF CITIZENS IN A SOCIAL STATE LAW.*

AUTHORS: ÁVILA VILLALOBOS, Gonzalo Julián, JALAFF RAMÍREZ, Zamira**

KEYWORDS: State Police Procedures, arbitrariness, Suspicion, Requisitions, Flagrancy Capture, Legalization, Legality.

DESCRIPTION: The police numbers procedures are executed as prevention and prosecution of crime. However, the implementation of these procedures carries excessive limitation of fundamental rights such as freedom, movement, personal integrity, and privacy, putting into question the legality and legitimacy of many of these procedures, including the requisition. The requisition then, is a highly limiting procedure aforementioned fundamental rights, and that their daily life, ends up being socially accepted, endangering the labeled classes, which are usually those that do not have economic resources, creating thus a crime of power jurisprudencialmente aspect as a guiding beacon for police raids. Therefore, the objective foundations should wield the police officer at the time to justify the practice of the process and its subsequent legalization before a judge guarantees control, end up being moved to make way for the suspect, and the crime aspect, elements legitimizing merely subjective arbitrariness and caprice of police officers when practicing requisitions. So, the role of crime prevention becomes a highly reactive function that creates arbitrary and disproportionate infringement of the constitutional rights of citizens, and therefore unjustified repression against them, not giving rise to a social status law, but rather a highly repressive state policing. Thus, the searches have increased as an act of social control, where prevention function is transformed by the reaction, and before any suspicious behavior, we proceed to practice procedures such unjustified police numbers, and selectively arbitrary.

* Degree work

** Faculty of Humanities. School of Law and Political Science. Directed by Ramiro Finch Asela

INTRODUCCIÓN

Hoy en día estamos ante un Estado policivo que invierte cuantiosas cantidades de dinero del presupuesto público en la defensa del territorio nacional y en el mantenimiento de una de las instituciones más costosas del país: La Policía Nacional.

El alto gasto de financiación se ha visto justificado en la necesidad de cumplir con uno de los mandatos constitucionales más importantes el cual es el de garantizar la paz y la tranquilidad de los Colombianos. Para ello se destinan inmensas cantidades del rubro nacional en esta entidad para así equiparla de la mejor forma posible, y actualizarla para que pueda enfrentar los desafíos que a diario se presentan en las calles.

Sin embargo, todavía seguimos viendo un institución altamente represiva que valiéndose de ese presupuesto, de las leyes del congreso y de su inmensa capacidad neutraliza muchas veces de manera desbordada y violenta las diferentes protestas sociales que se presentan en el país.

Así, haciendo uso de las requisas, o cacheos y de los mal llamados procedimientos de identificación y búsqueda de antecedentes permiten a través de la “sospecha” legitimar su actividad y generar un ambiente de miedo y de control aparente a los ciudadanos que a diario se ven sometidos a estos procedimientos policiales sin una justificación más allá de preservar el orden público y garantizar la seguridad.

Así las cosas, ¿hasta qué punto el interés del Estado en la persecución y prevención de los delitos para el sostenimiento de un convivencia pacífica, entra en conflicto con los derechos de los ciudadanos?

Ese es nuestra mayor incógnita la cual pretendemos despejar a los largo de nuestra investigación y porque no, plantear posibles lineamientos a ser tenidos en cuenta por la policía al momento de su actuar.

Con la presente realización de este estudio teórico se pretende crear un marco informativo que sirva de referencia a la comunidad académica y a la sociedad en general, sobre los lineamientos normativos, jurisprudenciales y cuestiones diversas que deben ser tenidas en cuenta al momento de la realización de las requisas o cacheos personales por parte de los agentes de policía, con el fin de contribuir a limitar el número de abusos que puedan ser presentados al momento en que la fuerza pública practica estos procedimientos de rutina.

A su vez, se intenta dar a comprender cuales son los derechos que posiblemente pueden ser conculcados al momento en que estos operativos son realizados y cuál es la justificante del Estado para limitarlos con el fin de preservar el orden público y la convivencia pacífico de los ciudadanos.

Este documento a su vez se plantea como un guía que pueda ser tenida en cuenta por las autoridades de policía con el objetivo de mejorar la forma en que sus miembros realizan los cacheos o requisas policiales a fin de evitar la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos que están en juego.

Para todo esto es necesario considerar la normatividad referente a las actuaciones de los miembros de la policía y las diferentes posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana que sirvan de eje director sobre el actual proyecto de investigación.

Sin embargo, no podemos dejar de lado, que el actual estado de las cosas, puede plantear la posible afirmación sin lugar a dudas, que estamos actualmente frente a un Estado policivo que bajo la sospecha reprime a sus ciudadanos a través de los

distintos procedimientos policiales entre ellos las requisas o cacheos personales, lo cual genera que el derecho penal se convierta en un derecho penal de enemigo, al considerar que los ciudadanos que tengan comportamientos “sospechosos” pueden ser identificados como objetivos inmediatos a ser sometidos bajo las pesquisas policiales.

Estos comportamientos podrán redundar en la limitación de los derechos constitucionales de los ciudadanos por ende es indispensable que estos hagan parte del debate académico que se pretende adelantar en el presente documento para así analizar las consecuencias que genera un comportamiento altamente policivo en una sociedad civil.

Sin bien, los procedimientos policiales contienen un amplio abanico de funciones, como el acompañamiento de los ciudadanos, protección y vigilancia permanente a testigos, control de manifestantes, entre otros. Consideramos que es precisamente en la requisas, donde se da inicio a la etapa pre procesal de la acción penal, que teniendo en cuenta la efectividad y los frutos que de esta se desprendan, se dará inicio a la etapa procesal, que podrá terminar en una sentencia bien sea sancionatoria o absolutoria.

Es por eso que este proyecto, si bien enuncia los procedimientos policiales como la generalidad, concretiza su investigación en las requisas policiales, por ser ellas, el eje de ignición que permite a través de sospechas o indicios catapultar otra serie de comportamientos y de procedimientos policiales; ya que esta, no necesita de orden judicial previa para ponerse en marcha.

En el primer capítulo, analizaremos el Estado Social de Derecho Colombiano, como un Estado moderno que propende por la garantía y el respeto de los derechos fundamentales a los ciudadanos; en donde las ramas del poder público actúan de manera armónica, y las instituciones junto con los funcionarios que las

integran, propenden por el respeto, garantía y defensa de los límites y objetivos que el constituyente le encargó al Estado colombiano.

En el segunda capítulo, estudiaremos los derechos fundamentales afectados al momento en que los miembros de la fuerza pública ponen en práctica sus procedimientos policiales.

El tercer capítulo, esbozaremos y las funciones de policía, y en especial la función preventiva del delito, no como un control a la sociedad; sino desde la perspectiva netamente académica y social, donde la institución comprende que la forma más efectiva de prevenir el delito no es el estado constante de requisas al ciudadano; sino mas bien educarlo y desarrollar programas sociales y preventivos.

En el cuarto apartado será dedicado a las intervenciones corporales, los tipos de intervenciones que ha reglado el legislador en función de su potestad de configuración legislativa, explicando el tipo de intervención y el grado de afectación que ella produce en los derechos constitucionales del ciudadano.

En el quinto capítulo tomaremos especial análisis del delito de aspecto y la sospecha, como elementos fundantes para el desarrollo de la política de prevención del delito de la policía nacional; en especial el momento de realizar las requisas y los antecedentes, afectando los derechos fundamentales de los ciudadanos, muchas veces de manera arbitraria y subjetiva pues como veremos no se tiene en cuenta motivos fundantes que indiquen que un ciudadanos es portador de elementos materiales probatorios que lo puedan vincular a la comisión e un ilícito, más allá de su aspecto personal, o su comportamiento.

En el sexto capítulo estudiaremos los motivos fundantes que se deben exigir en la ley para la puesta en práctica de las requisas. A su vez; en base a la constitución planteamos un plano legal para la puesta en práctica de estos procedimientos, en

donde la orden escrita sea el fundamento jurídico válido que las permita, ya que esta ordene escrita parte del análisis jurídico y probatorio, fundado en la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad teniendo en cuenta los derechos afectados y la necesidad de que estos procedimientos sean llevados a cabo.

También planteamos excepciones a la orden escrita, cuando la requisita se deba realizar por actos de urgencia, en este caso, se detallan sus consecuencias y los requisitos necesarios para que sea ejecutada correctamente, así como también explicamos la posterior legalización ante el juez de control de garantías.

Por último, en los capítulos séptimo y octavo; se encuentran las respectivas conclusiones y recomendaciones para ser tenidas en cuenta por los miembros de la fuerza pública al momento en que ejecutan sus procedimientos.

1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado social de derecho, es la concepción progresista de los términos de Estado de derecho y Estado bienestar que tuvo origen en el siglo xx por la necesidad juridicopolítica de permitir que los sectores más vulnerables de la sociedad tuvieran asistencia por parte del estado, no solo otorgando seguridad jurídica y política que permitiera al ciudadano hacer uso de los derechos civiles en una sociedad ya democrática, sino que también lograra garantizar un Estado de bienestar en donde el ciudadano contara con los mínimos vitales que permitieran desarrollarse dentro de la sociedad.

De esta manera, la Corte Constitucional en sentencia T - 406 de 1992, Magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Barón:

“El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975)”¹.

Así las cosas, la concepción de Estado social de derecho fue producto de los diferentes movimientos sociales gestados en Europa a principios del siglo XX, que dieron como resultado la regulación por parte del Estado, de los diferentes aspectos que permiten que el hombre pueda vivir en sociedad, para lo cual era necesario lograr una justa distribución de las riquezas.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de tutela T – 406 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

En consecuencia, la concepción sobre el Estado fue cambiando; ya no sería simplemente un observador de la sociedad y su evolución se daría a un Estado liberal de acuerdo a las relaciones comerciales que de cierta forma permitía que sus ciudadanos librarán sus propios destino de acuerdo a la capacidad para hacer negocios y al poder adquisitivo que tuvieran para mantenerse en conjunto con la economía dejando al resto de la población vulnerable a los diferentes avatares de la vida, y colocando al mismo Estado en una posición desfavorable frente a los potentados pues el Estado era totalmente influenciado por quienes manejaban la industria, Tal como lo menciona el Dr. Juan Fernando Silva Henao en su artículo denominado *“Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución política colombiana de 1991:*

...“Así, se supera la convicción irrealista burguesa de que la sociedad está integrada por personas libres y exitosas dejando todo librado al azar económico; para reconocer una realidad concreta, donde gran parte de la población presenta necesidades básicas insatisfechas, con crecientes cordones de miseria”².

Como vemos, el Estado empieza a reconocer la función que tiene dentro de la sociedad y se convierte en interviniente directo de esta, lo que acentúa para el ciudadano común la idea de un ser omnipresente, y que debe garantizar mejores condiciones de vida a una sociedad que está altamente paralizada por razones económicas, tal y como sucedía en gran parte de los países europeos en el siglo xx.

Así, el Estado no solamente debía cumplir la labor de ente fiscal que dirigiera una adecuada partición del rubro nacional para erradicar la pobreza de gran parte de la población urbana y rural; sino que también debía crear herramientas

² AMARTYA, 2002: p. 1-35 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando. Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución política colombiana de 1991 En: Ratio Juris [en línea]. Vol.7, No. 14 (enero-junio, 2012). Disponible en: <http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/EVOLUCI%C3%93N%20Y%20ORIGEN%20DEL%20CONCEPTO%20DE_4.pdf> [citado 5 de noviembre de 2013]

institucionales que permitieran la realización de los fines estatales y establecer normatividad que pudiera dar ejecución a dichos fines.

De tal manera que, el Estado colombiano no ha sido ajeno a los acontecimientos foráneos que implican un cambio de pensamiento sobre el papel que éste desempeña en la sociedad. Gran parte de las ideas socio-jurídicas y políticas han sido importadas del viejo continente, con gran aceptabilidad del pueblo colombiano, lo que implica que de algún modo sin importar los diferentes aspectos raciales y culturales el ser humano sociológicamente tiende a tener los mismos ideales sociales; para ejemplificar dicho argumento podemos nombrar uno de los grandes precursores de nuestra independencia, este es, Antonio Nariño, toda vez que tradujo del francés al español, La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hecho que hizo hito en las ideas revolucionarias de la época.

Por lo anterior sabemos que muchas ideas que tuvieron cuna en Europa, contaron con una gran acogida en el pensamiento del pueblo latinoamericano, de esta forma la idea de Estado Social de Derecho tuvo bastante aceptación por los diferentes sectores políticos de la sociedad contemporánea Colombiana.

Como lo podemos apreciar a través del debate que tuvo lugar en la asamblea constituyente de 1991, en donde los diferentes partidos políticos, optaron por convertir a Colombia en un Estado democrático con matices altamente sociales; así:

“La primera propuesta que se hizo al respecto, fue presentada por el delegatario del partido liberal Jesús Pérez González, quien incluyó en el artículo primero del proyecto reformativo, la fórmula, “Colombia es un Estado de derecho, democrático, liberal, pluralista y social”, planteando en el artículo 30 numeral 19, que el Estado podrá intervenir para que el desarrollo económico tenga como fin principal la justicia social y el mejoramiento armónico, (estableciendo en el título 3 un articulado denominado “de los derechos civiles y garantías sociales”, en el cual se

*consagran las garantías fundamentales y ciertas obligaciones del Estado, en educación, seguridad social y servicios públicos*³.

En el proyecto presentado por el gobierno Nacional, se propuso la fórmula: “Colombia es un estado de derecho, social y democrático”⁴, fórmula bastante cercana a la definición alemana, planteando en el preámbulo como fines la igualdad, solidaridad y un orden justo. Se estatuye en el articulado del proyecto la realización de políticas sociales, para las cuales puede solicitarse la cooperación de los particulares para superar la miseria; la función social de la propiedad; el trabajo como derecho y obligación social; el derecho a la seguridad social; y la intervención del Estado en la economía para propender por la justicia social⁵.

En el proyecto presentado por Guillermo Guerrero Figueroa, elegido en representación del Partido Liberal, se desarrollan los derechos sociales, en especial, el trabajo como derecho y obligación social, además del derecho a la seguridad social del trabajador y su familia. Así, en una exposición de motivos bastante prolija para el tema que nos compete, se plantea que el Estado Social debe cumplir diferentes objetivos, entre ellos ser protector de los necesitados, buscar el bien común y la justicia social⁶.

Se expone, además, que en el Estado Social la libertad individual se entiende como el poder concreto de hacer que tiene la persona, para lo cual debe estar potenciada para ejercer su libertad y tener las posibilidades de hacer lo que desea.

Finalmente, en su propuesta considera que el Estado Social debe garantizar unas condiciones razonables de vida a todos los ciudadanos, que más allá de su forma de gobierno, monárquica o democrática, propenda por unas metas y políticas sociales encaminadas a la protección del más débil, surgiendo la justicia social, como el valor jurídico político a alcanzar⁷.

Por su parte, el asambleísta Navarro Wolff, ex militante del grupo armado insurgente M-19, en el artículo 2 de su proyecto, propone la fórmula “Colombia es una República soberana e independiente [...] Se rige por los principios del Estado democrático y social de Derecho”⁸. Destacándose, por el contrario, otros asambleístas que eliminan la cláusula de “Estado Social”, como es el caso de los proponentes Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño, al definir en el artículo primero que “Colombia es un Estado Unitario Descentralizado, con un gobierno presidencial y un régimen democrático”; no obstante en los fines del Estado, se incluye la justicia social⁹.

³ Gaceta Constitucional N. 4, 1991 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando. *Ibíd.*, pág. 154

⁴ Gaceta Constitucional N.5, 1991 artículo 1 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Gaceta Constitucional N. 45, 199: p. 6 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando.

⁷ Gaceta Constitucional N° 6, 1991 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando. pág. 155

⁸ Gaceta Constitucional N. 8, 1991 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando

⁹ Gaceta Constitucional N° 9, 1991 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando.

En el proyecto número 10, incluido en la Gaceta Constitucional N° 9, Jaime Ortiz representante del Movimiento Único Cristiano, propone incluir la cláusula social desde el preámbulo, anunciando como finalidad consolidar un Estado Social de Derecho que asegure el imperio de la ley y la dignidad integral del hombre, fundado en el principio de solidaridad social y bienestar general, dentro de una equitativa distribución de la riqueza¹⁰.

En esta forma continua debatiéndose la vocación Social del Estado Colombiano dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, integrada, como ya se dijo, por muy diversos sectores políticos y sociales, desapareciendo en algunas propuestas la vocación social, como por ejemplo, en el proyecto de María Teresa Garcés LLoreda¹¹, elegida en representación del movimiento guerrillero M-19; y reapareciendo en otras, como la del Delegatario Arturo Mejía Borda, del movimiento Unión Cristiana, quien dentro de los fines de la Asamblea Nacional Constituyente estableció la consolidación de “[...] un Estado social de Derecho que asegure el imperio de la Ley y la realización de la dignidad integral del hombre, sin discriminación alguna, fundado en los principios de solidaridad social y bienestar general^{12,13}.

Como consecuencia de este debate, se enfatiza en el Estado Colombiano, la concepción de Estado Social de Derecho, dando como resultado la Constitución Política de Colombia, la cual establece en su artículo primero:

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

¹⁰ Gaceta Constitucional N9, 1991: p. 90 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando.

¹¹ Gaceta Constitucional N. 10, 1991: 42 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando.

¹² Gaceta Constitucional N° 24, 1991: p. 36 citado por SILVA HENAO, Juan Fernando.

¹³ SILVA HENAO, Juan Fernando. Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución política colombiana de 1991 En: Ratio Juris [en línea]. Vol.7, No. 14 (enero-junio, 2012).

Disponble en:
<http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/EVOLUCI%C3%93N%20Y%20ORIGEN%20DEL%20CONCEPTO%20DE_4.pdf> [citado 5 de noviembre de 2013]

Así las cosas, empezaría una nueva era para el pueblo Colombiano bajo la tutela de un estado con estirpe social, lo que produjo que se fueran implantando las instituciones que servirían como instrumento para efectivizar el conjunto de derechos y prerrogativas que el Estado había concedido a través de la construcción de la Carta Magna.

Dado el resultado de la constituyente, se diseñó un modelo jurídico-político denominado Estado Social de derecho que tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana, que significa que el ser humano es su fin y categoría fundante de todo el ordenamiento jurídico, configurando lo que se llama Estado Constitucional de Derecho, que tiene como sustento los principios y valores fuente de interpretación para aplicar las deferentes normas; administrativas, penales, procesales, laborales, comerciales, civiles y policivas.

De acuerdo a lo anterior, ya no se crean reglas uniformes que manejan los diferentes problemas del ciudadano, por el contrario las autoridades deben estudiar el caso en concreto, seguido por los principios y valores constitucionales lo que humanizó la aplicación del derecho.

Al respecto encontramos el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C – 539 de 2011, Magistrado ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva:

“La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al “imperio de la ley” lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2 y 4 Superiores, (i) la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y (iii) que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación por parte de las autoridades administrativas de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, poniendo de relieve

el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos. En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que (i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces. A este respecto ha dicho la Corte: “La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces.” En suma, en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho”¹⁴.

De esta manera, el Estado permite brindarle una protección jurídica al ciudadano, cumpliendo a cabalidad con los postulados de la Constitución y del mismo Estado Social de Derecho, lo que prima facie representa que el Estado está garantizándole a sus gobernados los derechos correlativos a la justicia e igualdad de armas entre la relación estado-individuo, individuo-individuo, lo cual es un gran avance sociopolítico, pues estos derechos siempre han sido objeto de inconformidad y debate en los diferentes sectores que conforman el ente social.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 539 de 2011. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

1.1 FUNCIONES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Como se ha advertido, con la Constitución de 1991, Colombia adoptó como sistema político un Estado Social de Derecho; por lo que sus objetivos hacen parte de la constitución dándole rango de derechos constitucionales consagrados en el artículo segundo (2°) al indicar que:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹⁵.

El Estado, tiene la obligación de garantizar una serie de derechos y garantías constitucionales a los ciudadanos, de tal manera que estos, gocen de un orden social justo y equitativo. Para ello, se debe basar en las instituciones como mecanismos al alcance de los ciudadanos, por medio de los cuales los fines del Estado se pueden cumplir, garantizar y exigir a través de los servidores públicos, quienes cumplen una función de intermediación entre los ciudadanos y las instituciones, siendo estos los vehículos por medio del cual el Estado ejecuta sus actos administrativos y los ciudadanos realizan peticiones al Estado, en pro de garantizar el cumplimiento de sus garantías constitucionales.

Así se ha entendido, de tal manera que se puede afirmar que, *“... el artículo 188 prescribe que es obligación del Presidente de la República garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos. El ordinal 4 del artículo 278 , atribuye al*

¹⁵ Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. N°. 116. Bogotá, Colombia, 20 de julio de 1991.

Procurador General de la Nación las facultades de exhortar al Congreso con el fin de que expida todas las leyes necesarias para asegurar la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos y la de exigir su cumplimiento a las autoridades competentes. Adicionalmente el artículo 277, ordinal 2 le asigna la función de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad. A la Corte Constitucional le atribuye la función de velar por la protección de los derechos fundamentales de las personas cuando quieran que resulten amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (art 86 y 241, numeral 9)”¹⁶.

Como se ha consignado son los servidores públicos los encargados de garantizar y efectivizar los derechos de los ciudadanos, en consecuencia se desarrolla la función pública entendida como toda actividad continua y permanente de satisfacer las necesidades de la comunidad. Para ello se le exige que cumpla con una serie de principios como lo son los de legalidad, competencia, probidad, imparcialidad, consagración profesional, igualdad, economía, eficacia, celeridad, y responsabilidad.

Y es precisamente la Policía Nacional, autoridad objeto de estudio de la presente investigación, quien debe garantizarle al ciudadano el libre ejercicio de las libertades civiles y la convivencia pacífica de todos los nacionales y extranjeros que se encuentren en territorio colombiano, función que debe estar acompañada de los principios constitucionales que anteriormente se mencionaron.

La Fuerza Pública, en especial los funcionarios de la Policía Nacional deben marcar sus actuaciones bajo los principios de legalidad y proporcionalidad todo ello con el objetivo de que dichos actos respeten los límites que la Constitución establece, esto es, el respeto a las garantías y al pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

¹⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Estado social y democrático de derecho. [en línea]. http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/09/ind_2.pdf [citado 5 de noviembre de 2013].

Para ello nos remitimos al fallo de de la Corte Constitucional sobre la materia que en sentencia C – 024 de 1994, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, indica que:

“La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público¹⁷”.

Por lo anterior, podemos decir que la policía nacional es una institución que en su esencia fue creada para el bienestar de la comunidad, lo que implica que su accionar debe estar reglado bajo los postulados que dieron origen a la construcción de un Estado Social de Derecho, esto es la policía como institución y sus funcionarios deben preservar el orden público, el pleno goce de las libertades civiles, garantizar la autonomía individual, la sana convivencia y el restablecimiento del orden público acompañado de los principios de legalidad y proporcionalidad asegurando el bienestar de la comunidad sin sacrificar los derechos individuales.

De igual forma la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los límites de la función de la Policía Nacional en un Estado Social de Derecho en Sentencia C – 492 de 2002 al indicar que:

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 024 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

“...La función de policía además de los límites constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos se encuentra sometida al principio de legalidad, a la eficacia y necesidad del uso del poder, a la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, y al respeto del principio de igualdad, porque las medidas de policía no pueden traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población”¹⁸.

Por lo anterior, podemos decir que las instituciones, entre ellas la Policía Nacional cumplen una función primordial en la ejecución de los axiomas del Estado, ya que son las instituciones las herramientas idóneas que permiten el desarrollo de los postulados dentro de un Estado social de derecho.

En este orden de ideas, los fines del Estado social de derecho deben ser garantizados por las autoridades, ya son el estado materializado en función de ejecutar las ideas bases de este sistema político, por lo cual, es de vital importancia que el funcionamiento sea con observancia de los tratados internacionales, los valores y principios constitucionales.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 492 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales, son entendidos como las garantías ofrecidas por el constituyente a los ciudadanos. Así, la Constitución brinda esos derechos como los límites que no pueden ser en principio limitados por ninguna actuación administrativa o judicial ejecutada por los servidores públicos, los funcionarios judiciales y los miembros de la fuerza pública.

Sin embargo, estos derechos pueden ser limitados de manera excepcional casi siempre, a través de orden escrita emitida por autoridad competente en los casos previstos que tipifique la ley o de manera excepcionalísima en la flagrancia, o la captura excepcional del fiscal. Esto se origina, porque el constituyente primario otorgo esa capacidad al legislador para que este, en su potestad legislativa y siempre que no sea contrario a la Constitución especifique los casos, circunstancias y motivos en que los derechos fundamentales pueden ser limitados con el fin de prevenir o perseguir el delito, la defensa nacional o la consecución de un orden social justo.

Así, en una de esas potestades, establece que los derechos como la libertad, la integridad física, la intimidad física y la locomoción, por ejemplo; pueden ser limitados de manera transitoria por las requisas policiales, ya que este es un acto con poca prolongación en el tiempo y que tiene como función preventiva evitar la comisión de un hecho punible.

En los procedimientos policiales de manera generalizada, se limitan frecuentemente los derechos fundamentales a la integridad física, libertad, intimidad y locomoción, reglados por la Constitución política, estas limitaciones o afectaciones a los derechos constitucionales, se debe a que es una facultad que tiene la fuerza pública para prevenir y perseguir el delito. Su justificación, radica en

la preservación y consecución de un orden social más justo, quienes en articulación con las demás instituciones y ramas del Estado trabajan armónicamente con el objetivo de cumplir este deber constitucional. A través de este tipo de procedimiento, el Estado espera garantizar la paz de los ciudadanos siempre y cuando dichas actuaciones de control y prevención no devengan en arbitrariedades y aplicaciones particularizadas y caprichosas por parte de los funcionarios públicos.

Por ello, es importante que la ley delinee los mínimos requisitos que tiene que cumplir una intervención a los derechos fundamentales de los ciudadanos, los tipifique en la ley y los jueces al momento de hacer control judicial anterior y posterior, determine y dichos requisitos se cumplen, siempre en un plano de proporcionalidad, legalidad y razonabilidad, entre la actuación ejecutada y los derechos limitados.

2.1 DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

Entre los derechos conculcados tenemos el derecho a la integridad física y moral, reglado por el artículo 12 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece:

“ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”¹⁹

En este sentido la Corte Constitucional ha expresado en sentencia T-584 de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, ha establecido que:

“El Constituyente de 1991 elevó a la categoría de fundamental con la correspondiente protección constitucional especial, el derecho de todos a la protección de la integridad tanto física como moral de las personas,

¹⁹ Constitución Política de Colombia, Op. Cit., art. 12

a través del mandato conferido en el artículo 12 superior, el cual señala que "nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", y que, según lo ha establecido por esta Corporación, no sólo hace referencia a las agresiones físicas, sino que "también las mentales son contrarias al orden jurídico y vulneran el contenido de este derecho." El alcance del derecho a la integridad personal adquiere una mayor relevancia, cuando se observa, para su ejercicio, la estrecha e inherente relación con otros derechos de rango superior, como ocurre con el derecho a la vida, y el derecho a la salud, en la medida en que pueden verse lesionados una vez ocurrida la amenaza o vulneración del mismo. De manera que, aunque unos y otros representan bienes jurídicos distintos, sus contenidos se relacionan necesariamente durante la existencia del ser humano, haciendo que la efectividad de los mismos asegure un desarrollo vital de las personas bajo condiciones de respeto a la dignidad humana²⁰.

Indica la Corte Constitucional, de manera muy concreta que la afectación a este derecho fundamental no solo va al plano meramente físico, sino que también al plano moral del sujeto; ya que deben ser analizados armónica y sistemáticamente los derechos constitucionales. Entendiendo así, que este derecho tiene esencial conexión con la dignidad humana del ciudadano. De tal fin, su afectación, es de gravedad importante ya que tanto la psiquis como la fisionomía del sujeto pueden ser afectadas cuando el procedimiento se torna arbitrario, violento o caprichoso, acarreando consecuencias nefastas para el sujeto.

Así, en el procedimiento policial denominado, requisas personales; la limitación que se produce al derecho fundamental de la integridad física y moral es palpable, ya que dicha afectación se produce en dos planos. El primero, en el plano psicológico del sujeto antes, durante y después de la requisita y el segundo, en el plano físico del sujeto en el momento en que esta es practicada.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de tutela T – 584 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

El plano psicológico sufre la afectación antes de la requisa, porque el sujeto se siente intimidado cuando al agente de policía procede a realizarle la solicitud a este con el objetivo de practicar el procedimiento. Allí, el sujeto se siente discriminado, siente que es injusto lo que le piden y se siente avergonzado, esta vergüenza se desarrolla durante el procedimiento y se agrava después de la requisa, ya que el sujeto no quiere ver a su alrededor por temor de pensar que los demás lo miren como un culpable o sospechoso de algún delito.

En el plano físico sin embargo, la limitación se produce por la arbitrariedad o excesiva fuerza que desempeñe el agente de policía al momento de efectuar la requisa, ya que si el sujeto se resiste y cree inconveniente la práctica de este procedimiento va a rehusarse a que la diligencia se practique. De tal manera que se puede generar un conflicto físico, una transgresión de parte y parte que puede terminar en agresiones físicas que afecten de manera desmedida y desproporcionada la integridad de este.

Así las cosas, cuando no se tienen los indicios suficientes, el agente de policía no va a querer llevar al ciudadano al comando de policía o estación de policía, pues no tiene los elementos materiales probatorios o actos de investigación que permitan demostrar la necesidad de realizar la requisa. Es por eso, que se presentan continuamente agresiones físicas entre los ciudadanos y los miembros de la fuerza pública, que muchas veces no son denunciadas por falta de credibilidad en las instituciones u organismos de control.

Todo esto, con la consecuente limitación constitucional del derecho a la integridad física y moral. Derecho que por mandato constitucional debe ser respetado y protegido por las instituciones del Estado y sus funcionarios.

2.2 DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD

El derecho a la libertad, esta reglado en el artículo 28 de la constitución política, precepto constitucional que indica:

“ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles²¹.

Es decir, que por regla general la libertad es un derecho inviolable. Sin embargo, la ley y la misma Constitución establecen las excepciones por medio de las cuales la limitación a este derecho se debe originar.

Es de aclarar, que la Constitución resalta que solo se podrá restringir la libertad, por medio de orden escrita expedida por la autoridad competente. Así, una vez este sea detenido, deberá ser llevado ante un juez de control de garantías dentro de un término máximo de treinta y seis (36) horas, con el objetivo de determinar si dicha detención es o no contraria a la Constitución, pues deben ser analizados dos actos. El primero, la expedición de dicha orden, ya que en este acto debe analizarse la proporcionalidad, legalidad, y razonabilidad de la decisión; y en segunda medida, la captura como acto complejo, verificando que se le haya dado

²¹ Constitución Política de Colombia, Op. Cit., art. 21

buen trato al capturado, que sus derechos hayan sido leídos, y que no hubiere existido fuerza desmedida en su captura o en su defecto agresión verbal por parte de los miembros de la fuerza pública.

Sin embargo, hay una excepción descrita en la misma Constitución, reglada en el artículo 32 de esta, y en nuestra ley procesal penal colombiana artículo 301, aspecto que analizaremos en capítulos posteriores. Dicha norma indica que en los casos de flagrancia, también podrá ser detenido el sujeto sin orden judicial emitida por autoridad competente. En este caso, el control será únicamente posterior, y dando espacio a que en la audiencia de legalización de captura la defensa pueda solicitar la ilegalidad de este procedimiento cuando la afectación de los derechos constitucionales del sujeto sea injustificada, desproporcional, irrazonable y arbitraria.

Al respecto la Corte ha señalado en sentencia C-1001 de 2005, del Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, lo siguiente:

“La Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que el artículo 28 de la Carta Política, representa la cláusula general del derecho a la libertad personal. En él se reconoce de manera clara y expresa que “Toda persona es libre”²².

La Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Dicha privación o restricción, empero, no puede ser arbitraria²³. Es por ello que aparte de esta declaración inicial, la norma constitucional alude a una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental.

Así, de acuerdo con el artículo 28 superior, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su

²² Ver entre otras las sentencias C-397/97 M.P. Fabio Morón Díaz, C-774/01 y C- 580/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 1001 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Sentencia C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles²⁴.

Estas reglas, que deben analizarse de manera sistemática, fijan entonces límites precisos tanto sobre los motivos como sobre las condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como, por oposición, las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Ha dicho la Corte:

“(…) El artículo 28 de la C.P., de un modo no taxativo, enumera conductas que atentan contra el núcleo intangible de la libertad personal y que ilustran bien acerca de sus confines constitucionales”²⁵:

En relación con los motivos la norma señala que la privación de la libertad -prisión, arresto, o detención- no podrá darse sino por motivos previamente definidos en la ley. Igualmente precisa que en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto, por deudas.

(…)

Esta manifestación del principio de legalidad en el campo de las limitaciones a la libertad personal debe entenderse necesariamente ligada al concepto de representación democrática. En efecto, por tratarse de un derecho fundamental fundado en el respeto a la dignidad humana, es necesario dotar de plena legitimidad a esas medidas restrictivas que deben consultar el conjunto de valores y principios establecidos en la Constitución y en particular el principio de separación de las ramas del poder público.

Al respecto la Corte ha señalado lo siguiente:

“Analizados estos requisitos, es claro que la privación o restricción de la libertad que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador.

Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el

²⁴ Cabe precisar que mediante Sentencia C-816/04 M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes la Corte declaró inexecutable por vicios de trámite la modificación que se había hecho de dicho artículo con el Acto Legislativo 02 de 2003 citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

²⁵ Sentencia C-301/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

*legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal.*²⁶

El principio de legalidad se convierte así en una garantía insustituible para la libertad individual, pues ésta sólo podrá ser afectada por los motivos previamente definidos en la ley, y conforme a un procedimiento también previamente señalado en ella, tarea ésta del legislador que además se encuentra limitada y puede ser objeto de control por parte del juez constitucional, pues ha de desarrollarse con el respeto de los postulados y preceptos superiores y específicamente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Ha dicho la Corte:

"... Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal...

...Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona "se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable" y que quien sea sindicado tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas"...

*...Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en qué consiste el derecho y los límites del mismo..*²⁷

²⁶ Ver, entre otras, la Sentencia C-626/98 M.P. Fabio Morón Díaz citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

²⁷ Sentencia C-397 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

En cuanto a las condiciones en que puede limitarse el derecho a la libertad personal, el artículo 28 superior señala que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente” y “con las formalidades legales”. La norma precisa además que en ningún caso podrá haber penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Al respecto no sobra repetir que la Constitución de 1991 adoptó un régimen de protección de la libertad mucho más preciso que el de la Constitución anterior que establecía en el artículo 23 lo siguiente:

“Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial.”

Sobre el particular señaló la Corte que:

“La Constitución de 1991, hizo explícito en el artículo 28 que “Toda persona es libre” y, además, precisó que la orden de privación de la libertad debe emitirse no simplemente por autoridad competente, como lo señalaba el artículo 23 de la Constitución anterior, sino por “autoridad judicial competente”, lo cual determina claramente, sin lugar a dudas, a quien se atribuye esa competencia”²⁸.

El fundamento de este cambio adoptado por el Constituyente fue explicado por la Corte, en sentencia T-490 de 1992 en la que se señaló: “...La opción de la libertad que llevó a consagrar el monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza de los jueces, se basa en el principio de la separación de poderes, propio del régimen democrático y republicano. Los jueces son frente a la administración y al propio legislador, los principales defensores de los derechos individuales. Por ello, su protección inmediata ha sido confiada a la rama judicial, como garantía de imparcialidad contra la arbitrariedad, impidiendo así que la autoridad acusadora acabe desempeñando el papel de juez y parte. Si la autoridad administrativa tuviere la potestad de imponer penas de arresto, sin intervención judicial que las autorice (CP art. 28), la protección del derecho a la libertad personal confiada en ésta última se tornaría innecesaria y carecería de efectividad para cumplir su cometido. El reconocimiento de los derechos fundamentales y su limitación y restricción en la práctica, suponen la intervención de una instancia imparcial, que mediante una decisión motivada, proporcional y razonada, concilie los valores e intereses en pugna, permitiendo la judicialización del conflicto social y evitando la exacerbación de la violencia mediante el uso exclusivo de la coacción”²⁹.

²⁸ Sentencia C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

²⁹ Sentencia T-490/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

Ahora bien, cabe precisar que la reserva judicial de la libertad a que se ha hecho referencia encontró particular refuerzo en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002 en la que, como se analizará más adelante, se estableció que en el nuevo sistema penal por él introducido, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada solamente por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente y solo en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación podrá realizar capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1 C.P).

Ahora bien, cabe precisar que la protección de la libertad encomendada a la autoridad judicial no se limita al mandamiento escrito mediante el cual se puede privar a una persona de la libertad. Una lectura sistemática del artículo 28 muestra que la persona que haya sido detenida preventivamente -en virtud del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley-, será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. La protección judicial de la libertad tiene entonces un doble contenido, pues no solamente será necesario mandamiento escrito de autoridad judicial competente para poder detener a una persona, sino que una vez se le haya detenido preventivamente en virtud de dicho mandamiento deberá ser puesta a disposición del juez competente, en el menor tiempo posible y en todo caso máximo dentro de las treinta y seis horas siguientes³⁰.

La única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por el propio Constituyente de 1991 en el artículo 32 superior donde reguló el caso de la flagrancia. En dicho artículo se estableció que “el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona”.

En ese caso, si quien efectuó la aprehensión fue un particular, el aprehendido deberá ser llevado de manera inmediata ante la autoridad. No cabe entenderse en efecto que un particular pueda mantener privada de la libertad a otra persona en ninguna circunstancia. Al respecto no sobra recordar, además, que el artículo 32 solamente autoriza a los agentes de la autoridad a perseguir a quien actúa en flagrancia y a penetrar en su domicilio si éste se refugiare en él, para el acto de la aprehensión³¹.

³⁰ Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibid.*

³¹ ARTICULO 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio

Ahora bien, cabe destacar que aún en estado de excepción el mandato judicial escrito será necesario. Así lo precisó la Ley estatutaria de estados de excepción cuando fijó las condiciones en que puede restringirse el derecho a la libertad en estado de conmoción interior (numeral f del artículo 38 de la Ley 137 de 1998)³².

En esa precisa circunstancia señalada en la Ley Estatutaria de estados de excepción solamente, cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, la autorización judicial previamente escrita podrá ser comunicada verbalmente. Y solamente cuando en estas circunstancias excepcionálísimas sea imposible requerir la autorización judicial, podrá actuarse sin orden del funcionario judicial debiéndose poner a la persona a disposición del funcionario judicial tan pronto como sea posible y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes y deberá informarse a la Procuraduría del hecho y de las razones que motivaron dicha actuación, para lo de su competencia.

Así las cosas, en tiempos de normalidad institucional, salvo la excepción a que alude expresamente el artículo 32 superior para el caso de la flagrancia, nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, ni detenido sino por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En estado de conmoción interior igualmente se requerirá mandamiento escrito salvo en flagrancia o en las circunstancias excepcionálísimas a que se ha hecho referencia.

Al respecto la Corte sintetizó recientemente en la sentencia C-237 de 2005 los anteriores presupuestos cuando señaló que “la cláusula general de la libertad personal así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6, 17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente

ajeno, deberá preceder requerimiento al morador. Citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

³² En el numeral f) del artículo 38 de la Ley 137 de 1998 Estatutaria de los estados de excepción - Declarado exequible por la Sentencia C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz -se señala en efecto lo siguiente: “Artículo 38. FACULTADES. Durante el Estado de Conmoción Interior el Gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas: (...). f) Disponer con orden de autoridad judicial competente, la aprehensión preventiva de personas de quienes se tenga indicio sobre su participación o sobre sus planes de participar en la comisión de delitos, relacionados con las causas de la perturbación del orden público. Cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, la autorización judicial previamente escrita podrá ser comunicada verbalmente. Cuando las circunstancias señaladas en el inciso anterior se presenten y sea imposible requerir la autorización judicial, podrá actuarse sin orden del funcionario judicial. El aprehendido preventivamente deberá ser puesto a disposición de un fiscal tan pronto como sea posible y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término de treinta y seis horas. En este caso deberá informarse a la Procuraduría del hecho y de las razones que motivaron dicha actuación, para lo de su competencia. En el decreto respectivo se establecerá un sistema que permita identificar el lugar, la fecha y la hora en que se encuentra aprehendida una persona y las razones de la aprehensión. La respectiva autoridad judicial deberá registrar en un libro especial, que para estos efectos deberá llevar la pertinente orden escrita, indicando la hora, el lugar y el motivo, los nombres de las personas afectadas con dicha orden y la autoridad que lo solicita;” citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

de toda persona (cláusula general), su privación a través de autoridad judicial competente (límite); además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia (excepción)³³.

³³ En dicha sentencia expresó la Corte lo siguiente: *"1. La Libertad Personal en el Estado Social de Derecho y el Principio de Reserva Judicial. La libertad personal comprende "la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente". Pues bien, un logro fundamental del Estado de Derecho fue obtener el respeto de la libertad personal. Característica que se ha trasladado al Estado Social de Derecho. Dicho derecho fundamental ha vivido un proceso de constitucionalización que también ha tocado los convenios y tratados internacionales. En efecto, en vigencia del " Antiguo Régimen " existía una confusión de poderes al interior del Estado, lo que permitía que quien detentaba el poder dispusiera a su antojo de los derechos fundamentales de las personas , en especial de la libertad personal. No obstante, fruto de las revoluciones liberales, en especial de la Revolución francesa, dicho poder absoluto fue dividido y se establecieron controles con el propósito de evitar nuevos abusos. Así las cosas, en relación con la libertad personal, se excluyó la posibilidad de que el gobernante decidiera acerca de la libertad personal y dicha facultad, de hacer relativo el derecho fundamental, se trasladó a la rama del poder que administraba justicia. Pues bien, la cláusula general de la libertad personal así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6, 17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona (cláusula general), su privación a través de autoridad judicial competente (límite); además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia (excepción). El respeto por los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución, por los parámetros señalados en los principios del Estado Colombiano y por los fines del mismo, conllevan a que en determinados eventos se limite el derecho fundamental a la libertad personal y en consecuencia se prive o restrinja de éste a un ser humano. En consecuencia, en aras del respeto indicado, la propia Constitución determinó los requisitos indispensables para poder privar o restringir la libertad personal; estos consisten en: i. Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii. Ajustado a las formalidades legales y iii. Por motivos previamente determinados por la ley. En este orden de ideas, se estructura el límite a la libertad personal basado en mandamiento escrito proveniente de autoridad judicial competente, con el lleno de las formalidades legales y por motivos previamente establecidos en la ley. En efecto, los motivos no pueden ser otros que los autorizados por la ley, y la autoridad no puede ser distinta de aquella que tenga competencia para ordenarla. De lo expuesto, es claro que la Constitución establece una reserva judicial que beneficia al derecho fundamental a la libertad personal, debido a la exigencia de los requisitos ya señalados. Así las cosas, sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente. Por ende, dicha reserva judicial , no es sino el resultado de la tridivisión del poder al interior de un Estado Democrático , en el cual se excluye la posibilidad que una autoridad administrativa limite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado Colombiano. En resumen se puede afirmar, que la privación de la libertad, a través de la captura, entendida como el acto material de aprehensión que puede realizarse durante o después de un proceso, encuentra fundamento constitucional en el artículo 28 de la Carta Política que, a su vez, determina las garantías que deben rodearla. Es decir, la detención de una persona sólo procede (1) por motivos previamente definidos en la ley, (2) con acatamiento de las formalidades legales y (3) por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Con ello puede concluirse que la Carta establece una estricta reserva judicial en materia de libertad personal. No obstante, existiendo la reserva judicial*

Ha de concluirse sobre este punto que la intervención judicial se convierte entonces en importante garantía de la libertad, pues en último análisis será el juez el llamado a velar por el cumplimiento y efectividad de los mandatos constitucionales y legales en cada caso en particular. La libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones precisamente porque es al juez a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene³⁴

Reconoce entonces la Corte Constitucional, que en un Estado Social y Democrático de Derecho; la libertad es un derecho fundamental que debe ser garantizado y protegido por todas las Instituciones del Estado. Sin embargo, también aclara que en pro de la función de prevención y sanción del delito, y con el objetivo de mantener un orden social pacífico y justo; los derechos fundamentales de los ciudadanos, como el de la libertad personal, deben ser restringidos para garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales de los demás ciudadanos.

Aunque la Corte Constitucional hace esta afirmación, claramente indica que la limitación al derecho fundamental de la libertad personal, esto es, la detención del sujeto; no puede ser absoluta, no puede ser arbitraria, caprichosa ni subjetiva, ya que debe estar basada en orden escrita que contenga los motivos fundados por medio de los cuales el sujeto es capturado o retenido. Estos motivos fundados, deben basarse en los principios de razonabilidad, legalidad, proporcionalidad y necesidad, ya que la ausencia de uno o de todos origina la arbitrariedad, y con ello el menoscabo injustificado al derecho, pues el sujeto es obligado a soportar cargas que no debe, ni puede soportar.

mencionada como principio, se presenta la excepción a la exigencia del “mandamiento escrito de autoridad judicial competente”: consistente en la captura en flagrancia regulada por el artículo 32 Constitucional.” Sentencia C-237/05 M.P. Jaime Araujo Rentería, citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 1001 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

La única forma excepcional reconocida por la Corte y plasmada en la misma Constitución política de Colombia, para que el derecho fundamental a la libertad personal pueda ser limitado sin orden escrita emitida por autoridad competente se encuentre en la flagrancia como ya lo hemos dicho anteriormente. En este caso, la flagrancia se puede dar cuando al momento en que el sujeto sea requisado producto de la puesta en marcha de un procedimiento policial, puedan ser hallados en su poder elementos materiales probatorios o evidencia física que lo puedan vincular con la comisión o posible comisión de un delito; de tal manera que se haga necesario la restricción de su libertad para ponerlo a disposición de la policía judicial y esta ante el fiscal, con el objetivo de que una vez celebradas las actuaciones procesales posteriores de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, se determine en etapas subsiguientes la responsabilidad de este con el hecho acusado y se legitime el proceder de la institución. Todo esto, originado por la intención del agente de policía de requisar al sujeto.

Sin embargo, las requisas, no son procedimientos que puedan ser ejecutados caprichosamente por los agentes de policía, ya que su práctica debe responder a la necesidad, proporcionalidad, legalidad y razonabilidad, pues si al juez se le exige que la orden de captura debe estar basada en estos principios y en motivos fundados, no se le puede exigir menos a un agente de policía que instantáneamente limite los derechos de un ciudadano, pues su comportamiento compromete a la institucionalidad del Estado y por ello se le debe exigir a este, un grado de responsabilidad por las actuaciones que realiza.

Este es un debate de nunca acabar, las reglas claras no las ofrece ni el mismo legislador, y ha sido a través de vía jurisprudencial que se han intentado determinar unas bases que sirvan como guía al momento en que estos procedimientos se practiquen, en especial las requisas policiales. Sin embargo, como posteriormente vamos a ver, al Estado colombiano, y al legislador le falta

mucho para llenar los vacíos jurídicos en que se sumerge la práctica de las requisas.

2.3 DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad, se encuentra plasmado en la Constitución Nacional, ya que su exigibilidad enmarca varios planos, entre ellos el plano periodístico, laboral, personal, familiar y en este caso, el plano judicial. Describió el constituyente el artículo 15 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

Al igual que en el derecho a la libertad, se considera que es un derecho de especial protección por el legislador, ya que tiene que ver con el pudor y honra de los ciudadanos. Sin embargo, por política criminal, y con el fin de prevenir y

sancionar el delito, puede ser limitado por orden escrita, en los casos que previamente están definidos en la ley.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-640 de 2010, Magistrado ponente Dr. Mauricio González Cuervo, haciendo un análisis jurisprudencial histórico de las providencias expedidas por esa corporación, ha señalado que:

“Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...).” 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.” En 1995, se reiteró esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que “...este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...). Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal”. Así entendido, como derecho casi absoluto, la jurisprudencia constitucional parece haber adoptado, en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y de su artículo 15 en particular –“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar...y el Estado debe respetarlos y hacerlos

respetar”-, una visión del derecho a la intimidad cercana a la célebre formulación del Magistrado norteamericano Louis Brandeis, de finales del S. XIX: “The right to be let alone”, es decir, el derecho a la intimidad como el derecho a estar solo, el derecho a la soledad. Sin embargo, esta visión ha sido objeto de críticas, en varios sentidos: puede verse como un derecho arcaico y obsoleto, incompatible con la vida en sociedades urbanas, industrializadas, tecnificadas y proclives a los fenómenos de masas. Se ha dicho también que es un derecho de elite, creado para proteger los privilegios de las clases aristocráticas y privilegiadas, y muy asociado con la propiedad privada. En esta perspectiva, el derecho a la intimidad sería simplemente otro mecanismo jurídico para proteger la propiedad privada. Casi por definición, los desposeídos de bienes materiales no tendrían derecho a la intimidad, pues de ellos no se predica la existencia de una esfera de protección infranqueable, al carecer de bienes y recintos que garanticen físicamente ese derecho. Finalmente, se ha criticado también que esta aproximación absoluta hacia la intimidad, que protege el derecho al aislamiento o al ensimismamiento, es imposible de hacer valer jurídicamente, porque no se proyecta al exterior, y no plantea cuestiones en relación con los otros. El derecho, por definición, no podría entrometerse, ni siquiera para protegerla, en la esfera inmune a la vida social de que trata el derecho a la intimidad, pues el derecho regula la vida en sociedad. El derecho a la intimidad sería justamente lo opuesto. Desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, estas críticas, interesantes desde el punto de vista teórico y analítico, carecen de validez o pertinencia. El derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático. La individualidad del individuo, su posibilidad no siempre fácil de separarse del influjo de los otros o de la masa, de realizar las actividades que les son afines y no las que le sean impuestas, de reflexionar solitariamente, de optar por sus propias preferencias, y de llegar a sus propias conclusiones frente a los dilemas de la cotidianidad y de la política, en fin, la posibilidad de aislarse con frecuencia u ocasionalmente del mundo, es de lo que depende el que pueda convertirse en un sujeto de derechos y obligaciones, el que pueda ejercer las responsabilidades democráticas y participar en los procesos que forjan un estado social de derecho como lo es el colombiano. Sólo reconociendo la autonomía e individualidad de las personas, puede hablarse del “respeto a la dignidad humana” que sirve de fundamento al estado colombiano, según el artículo 1º de la Constitución. La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares-, como prerequisite para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo, tiene que ser jurídicamente relevante, y lo es, a través de los mecanismos constitucionales de protección al derecho a la intimidad, los cuales no circunscriben su alcance a cierta clase social económica o

*ilustrada, sino que se extienden, como no podía ser de otra forma, a todas las personas amparadas por la Constitución*³⁵.

Su legitimación como bien lo ha indicado la Corte, radica en la libertad personal que tiene el sujeto para regir su vida conforme a su decisión personal, sin que por supuesto, dichos comportamientos afecten los derechos de los demás ciudadanos.

Se desprende del Estado liberal, de donde cada quien es responsable de cómo administra su vida, en que la invierte, que decisiones toma, y como maneja en lo que a su forma de vida concierne. Aunque algunos como bien lo indica la Corte, han indicado que más que ser un derecho social, es un derecho clasista, que protege las élites y de rango aristocrático. A pesar de esto, los actos que desarrolla el sujeto pueden repercutir en forma negativa hacia la sociedad. En este tipo de circunstancias, se hace perentoria la intervención del Estado; con el objetivo de escudriñar e investigar en la vida del sujeto, si ciertos comportamientos que realiza o ha venido realizando tienen incidencia directa sobre la comisión o posible comisión de un delito, de tal manera que se pueda evitar un perjuicio irremediable en contra de la sociedad.

Por eso, es que la protección a este derecho fundamental, al igual que la libertad no puede ser absoluta, pues la prevención y persecución del delito se vería menguada al no poder el Estado lograr interceptar las investigaciones de sus gobernados con el fin de identificar la comisión de los hechos punibles.

Una de las formas más “comunes”, en que el derecho a la intimidad es afectado se produce a través de las requisas y las interceptaciones de llamadas. Al respecto es muy conocido el proceso de las “chuzadas del DAS”, anterior Departamento Administrativo de Seguridad, que está en proceso de supresión ya que muchas de

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 640 de 2010. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

estas interceptaciones fueron realizadas de manera injustificada afectando gravemente la intimidad, honra y dignidad de quienes fueron víctimas de estas interceptaciones.

El problema principal, como mas adelante de manera somera será explicado, radica en que la normativa procesal penal, indica que las interceptaciones para que sean practicadas sólo exige la orden escrita del fiscal ante la autoridad encargada para efectuar este procedimiento, de tal manera que su control posterior solo se llevará a cabo en el caso en que el fiscal necesite ampliar el tiempo de vigencia de seis (6) meses que tiene dicho documento.

Respecto a las requisas, la afectación se produce, cuando este procedimiento se ejecuta, ya que, no solo se requisas de manera superficial al sujeto, sino que se requisan y casi que se “escudriñan” las pertenencias como bolso, morral, maletín, bolsa, o similares que lleve el sujeto, o incluso el automóvil; con el objetivo de encontrar elementos materiales probatorios cuando se percibe – argumento usual en los agentes de policía – una actitud sospechosa por parte del sujeto que es sometido al procedimiento.

Esta limitación casi que excesiva, sin orden judicial previa, al igual que en las interceptaciones de llamadas; corresponde a un Estado altamente policivo que ve la necesidad de investigar, espiar y requisar constantemente a sus gobernados con el objetivo de “controlar y neutralizar” a la población para que los índices de criminalidad descienda lo que evidentemente no es una solución pues la raíz de este tipo de problemas es de naturaleza social, siendo el estado quien debe intervenir otorgando los medios que permitan al ciudadano tener una vida digna reflejada en las garantías sociales para su desarrollo.

2.4 DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE LOCOMOCIÓN

Se encuentra reglado en el artículo 24 de la Constitución política de Colombia y es ya que su garantía y protección es de vital importancia para los ciudadanos, pues su afectación es constante, ya que de manera frecuente los miembros de la fuerza pública a través de los procedimientos policiales, entre ellos la requisita y la consulta de antecedentes e identificación de ciudadanos. El artículo indica:

“ARTICULO 24. Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”³⁶.

Es claro, que la norma antes de entrar a definir el alcance del derecho, indica que la ley establecerá las limitaciones que a este se le deben aplicar.

La razón que consideramos, es que dicha redacción corresponde más a dejar claro que las limitaciones de este tipo de derecho pueden ser constantes teniendo como fundamento la política criminal del Estado, ya que los distintos procedimientos que realizan los miembros de la fuerza pública tienen a limitar este derecho con gran frecuencia.

Al respecto reconoce la Corte Constitucional, en sentencia C – 879 de 2011, Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, al indicar las características esenciales del derecho fundamental a la libre locomoción. Al respecto destacamos:

“Los rasgos principales de la libertad de locomoción pueden ser resumidos en los siguientes términos: (i) se trata de un derecho fundamental que en ciertos casos es una condición para el goce efectivo de otros derechos fundamentales; (ii) resulta afectada no sólo cuando

³⁶ Constitución Política de Colombia, Op. cit., art. 24

irrazonablemente por acciones positivas directamente se obstruye la circulación de los ciudadanos, sino también cuando se genera ese efecto indirectamente o por omisión en la remoción de barreras o en la creación de una infraestructura adecuada para la circulación; (iii) se trata por lo tanto de un derecho que tiene una dimensión negativa y una dimensión positiva o prestacional³⁷.

Al respecto, indica la Corte Constitucional, que es un derecho con dimensión positiva y negativa, ya que puede sufrir limitaciones por hechos positivos de la administración, y es indispensable o necesario para el disfrute de otros derechos fundamentales. En este punto, destacamos que la afectación al derecho fundamental a la locomoción, no es solamente la retención momentánea y arbitraria que se presenta cuando el agente solicita la práctica de la requisita; sino que a su vez esta retención pone en juego el disfrute de derechos accesorios que están interconectados con la locomoción del sujeto; de tal manera que en él se desprende un miedo o zozobra a ser retenido, desaparecido o torturado por los agentes policiales.

Estas sospechas no se generan porque el sujeto tenga un aspecto o visión altamente negativa de la institución; sino que hechos noticiosos como los falsos positivos, los desaparecidos de Soacha, el holocausto al palacio de justicia, redundan en la mente de los colombianos, en donde los culpables no sólo son los grupos ilegales, las bandas criminales; sino también los encargados de la paz, la seguridad y la protección de los ciudadanos y de la institucionalidad colombiana.

Así pues, los derechos fundamentales que se ven afectados y limitados, al momento en que los miembros de la fuerza pública ejecutan sus procedimientos policiales, entre ellos las requisas, pone de manifiesto que dichas limitaciones que por regla general deberían ser por orden escrita, y que en estos casos no se exige, ponen en riesgo la seguridad de los ciudadanos, desprotegiéndolos y

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 879 de 2011. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

poniéndolos a merced de la práctica arbitraria, subjetiva y desproporcionada del agente de policía, pues a este no se le exigen motivos fundados mas allá de la sospecha para efectuarlos.

3. LA POLICÍA NACIONAL

La policía nacional hace parte de las instituciones del estado facultada para que por su intermedio, se efectúen las acciones tendientes a la consecución de los postulados dentro del estado social de derecho, por ende esta institución es de trascendental importancia para la nación. Permite que el gobierno nacional pueda ejercer soberanía sobre sus destinatarios, así mismo, la policía nacional es el órgano encargado de la custodia y salvaguarda de orden civil de los habitantes del territorio nacional.

La constitución política de Colombia en su artículo 218 la define de la siguiente manera:

“La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”³⁸.

De ahí que, no habría controversia sobre el objetivo principal de dicha institución pues es la constitución quien le atribuye su función primordial. Así mismo la corte constitucional se refirió a dicha noción de este modo:

“El concepto de Policía es multívoco por cuanto tiene al menos cuatro significaciones diversas en el régimen constitucional colombiano. De un lado, se refiere a unas formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la policía administrativa. De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de policía. En tercer término, la Policía es también un cuerpo civil de funcionarios armados: la Policía Nacional. Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar

³⁸ Constitución Política de Colombia, Op. Cit., art. 218

ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la policía judicial.

Estos fenómenos están a veces ligados entre sí: así la Policía Nacional ejerce funciones de policía judicial, bajo dirección judicial, y ejecuta materialmente actividades de policía administrativa por orden de las autoridades administrativas de policía. Pero es necesario diferenciar esos conceptos para evitar confusiones³⁹.

En efecto, en el presente proyecto investigativo es importante hacer referencia a las diversas manifestaciones que tiene dicha institución, así encontramos que:

“La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas más no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial. Este cuerpo policial tiene que actuar dentro del respeto de los derechos humanos y tiene como finalidad esencial mantener las condiciones necesarias para el goce de los derechos y libertades de los ciudadanos y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Es pues un mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos.

De otro lado, encontramos lo que la doctrina ha conocido como la policía administrativa. En términos generales puede ser definida como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por la administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública y lograr de esa manera la preservación del orden público.

Se comprende entonces la distinción entre estas dos acepciones de la policía. Mientras que la policía administrativa, en sentido técnico, implica un poder jurídico de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares, las fuerzas de policía tienen una misión de ejecución material, siendo sus funcionarios agentes de ejecución, que no realizan actos jurídicos, sino operaciones materiales. Además, no siempre hay coincidencia entre los fines perseguidos por la policía administrativa y por las fuerzas de policía. La fuerza policial busca lograr coactivamente el respeto al ordenamiento jurídico. Para eso debe asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la policía administrativa, principalmente el aseguramiento del orden público (policía de seguridad), pero también las fuerzas policiales persiguen finalidades ajenas a la estricta policía administrativa: investigar la comisión de delitos públicos deteniendo a sus autores (policía judicial), pero bajo estricto control judicial.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 024 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Encontramos así la noción de Policía Judicial como el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. No se trata de dos especies de un género común, sino que la Policía Judicial es una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la República). Por eso, la concepción moderna de la Policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces”⁴⁰.

Para ilustrar lo referido, mencionaremos un aparte del texto de la doctora Luz Mery Montealegre Rubiano, en su tesis de maestría en derecho penal titulado, *Los registros personales e inspecciones corporales realizados por los funcionarios de policía judicial frente al derecho a la intimidad y a la exclusión de la evidencia en el proceso penal:*

“Aquellas atribuidas a la Policía Nacional, en los lugares del territorio colombiano donde no hubiere servidores de Policía Judicial de la Policía Nacional, de allí que cuando en los Manuales de Policía Judicial y Cadena de Custodia, se hace referencia “Al servidor de Policía Judicial o quien por vía de excepción haga sus veces se entiende que se trata de la Policía Nacional”⁴¹”.

De lo anteriormente expuesto, podríamos decir que la policía nacional de Colombia es un único órgano institucional, lo que no obsta que funcionalmente este organizada por dependencias encargadas de un labor en específico, cabe aclarar que los servidores y dependencias pueden realizar trámites ajenos a su esfera de acción en subsidio de su ejercicio principal, solo que para el ejercicio de

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*,

⁴¹ MONTEALEGRE RUBIANO, Luz Mery. *Los registros personales e inspecciones corporales realizados por los funciones de policía judicial frente al derecho a la intimidad y a la exclusión de la evidencia en el proceso penal*. Bogotá, 2011. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Penal). Universidad Libre de Colombia. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea de la Biblioteca de la Universidad Libre de Colombia: <<http://repository.unilibre.edu.co>>

dicha función debe estar expresamente regulado por el legislador o reglamentado en su manual interno.

En suma, el artículo 8 de la ley 62 de 1993 nos indica que: *“El personal uniformado de la Policía Nacional, cualquiera que sea su especialidad o circunstancia en que se halle, tiene la obligación de intervenir frente a los casos de Policía, de acuerdo con la Constitución Política, el presente Estatuto [ley 62 de 1993] y demás disposiciones legales⁴²”*.

En ese sentido, podríamos decir que si bien hay diferencias en el campo de acción de las diferentes dependencias de la policía nacional toda están reguladas bajo los mismos principios y valores que fundamentan la constitución dentro del marco de un Estado social de derecho por lo cual independientemente de su la labor desempeñada la policía nacional objetivamente de cumplir con los fines constitucionales para la cual está prevista.

3.1 FUNCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL

La policía nacional, tiene por objeto, respetar los límites que la constitución consagra, garantizar el goce pleno de los derechos fundamentales de los ciudadanos con el fin de preservar una convivencia pacífica que redunde en el bienestar general de la comunidad. Por eso, sus miembros deben estar acorde a los lineamientos constitucionales, legales e internacionales de los Derechos Humanos, con el objetivo de evitar que sus procedimientos degeneren en arbitrariedades; y su actuar sea caprichoso, selectivo y subjetivo.

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 62 de 1993. (12, agosto, 1993). Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. No. 40987.

La Corte Constitucional, en sentencia C – 1214 de 2001, cuya Magistrada ponente fue la Dr. Clara Inés Vargas Hernández, ha dicho:

“La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público.

Conforme a lo anterior, en un Estado social de derecho, el uso del poder de policía -tanto administrativa como judicial-, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía y que la Corte Constitucional entra a precisar:

1- Siendo autoridad administrativa (policía administrativa) o que actúa bajo la dirección funcional de las autoridades judiciales (policía judicial), la Policía está sometida al principio de legalidad puesto que afecta libertades y derechos.

2. Toda medida de policía debe tender a asegurar el orden público; por tanto, encuentra su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas. De aquí que la policía tampoco pueda actuar a requerimiento de un particular para proteger sus intereses meramente privados; para esto está la Justicia ordinaria.

3. La policía sólo debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para la conservación y restablecimiento del orden público. La adopción del remedio más enérgico -de entre los varios posibles-, ha de ser siempre la ultima ratio de la policía, lo cual muestra que la actividad policial en general está regida por el principio de necesidad, expresamente consagrado en el artículo 3º del "Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 169/34 del 17 de diciembre de 1979, que establece que las autoridades sólo utilizarán la fuerza en los casos estrictamente necesarios.

4- Igualmente, las medidas de policía deben ser proporcionales y razonables en atención a las circunstancias y al fin perseguido: debe

entonces evitarse todo exceso innecesario. Así pues, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen todas las actuaciones de la administración pública adquieren particular trascendencia en materia de policía.

5- Directamente ligado a lo anterior, la extensión del poder de policía está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas. Eso explica que en ciertas materias -como la regulación de los sitios públicos- el poder policial sea mucho más importante que en otros ámbitos de la vida social, como el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

6- El poder de la policía se ejerce para preservar el orden público pero en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos. No puede entonces traducirse en una supresión absoluta de las libertades.

7. Así mismo debe recordarse especialmente en esta materia la regla, por otra parte general a toda actividad administrativa, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El ejercicio del poder de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población, puesto que todas las personas "recibirán la misma protección y trato de las autoridades". (CP 13)

8. Igualmente opera la máxima de que la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos^{43,44}.

Es claro para la Corte Constitucional, análisis que no resiste lugar a dudas, que la función de la policía está enmarcada en un ámbito de respeto por las garantías, derechos y libertades que la Constitución política ofrece a los ciudadanos. De tal manera que, i) sus decisiones deben estar sustentadas en el principio de legalidad, pues no pueden ser decisiones tomadas por el medio capricho y liberalidad de sus miembros; ii) son las encargadas de preservar el orden público, sin hacer distinción de ningún tipo, ni beneficiando a ningún ciudadano en particular, iii) sus acciones y sobre esto son de ultima ratio, es decir que los procedimientos a aplicar deben ser siempre los menos lesivos en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos, iv) los principios de razonabilidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad deben regir todas y cada una de las

⁴³ Sentencia C-024 de 1994 .M.P. Alejandro Martínez Caballero citado por CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 1214 de 2001. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 1214 de 2001. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

actuaciones que ejecutan absolutamente todo los miembros de la policía nacional, con el objetivo que no se pongan en riesgos de manera injustificada los derechos de los ciudadanos, y por último v), los derechos fundamentales son los límites que ha establecido el Constituyente para que las actuaciones de cualquier funcionario público incluidos los miembros de la fuerza pública respeten estas barreras infranqueables por regla a menos que se cumplan las excepciones que plantea la misma constitución y la ley.

En vista de lo anterior, la policía nacional tiene el deber legal de asegurar la sana convivencia y el orden nacional sin que ello afecte los derechos que la constitución ha otorgado a los nacionales. En consecuencia, las funciones de esta institución y la forma en que ejecuten sus procedimientos, deben ser bastante claras y jurídicamente fundamentadas para que sus funcionarios respeten los límites plasmados en la constitución, pues son ellos quienes finalmente ejecutan los procedimientos, entre ellos las requisas; naturalmente porque son quienes se relacionan directamente con la población.

Al respecto la Corte Constitucional advierte, en sentencia C – 492 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, que las limitaciones impuestas:

“(...) a la función de policía, que provienen de la ley y también de la Constitución, excluyen per se la existencia de actos puramente discrecionales por parte de la administración en el ejercicio de la función de policía, lo que no excluye una cierta capacidad creadora, del funcionario competente para decidir. Esto implica que la vieja distinción entre el acto puro reglado y el acto puro discrecional, debe abandonarse a favor de una que prevea que en ningún caso el funcionario puede apartarse de la legalidad, sin que esa circunstancia haga de él un autómeta. Es que en la administración se cumple a cabalidad la observación Kelseniana, a propósito del ordenamiento jurídico, de que los actos intermedios que lo integran son, ineludiblemente, de creación y aplicación al tiempo.

La diferencia entre los actos reglados y los discrecionales se reduce, entonces, a una mera diferencia de grado: en los primeros prima la aplicación de normas de jerarquía superior al caso concreto, en los segundos prevalece la creación de soluciones para problemas concretos

*a la luz de esas mismas normas. Dicho en otros términos, el acto es reglado cuando la ley ha señalado a la administración en forma expresa la forma en que debe actuar, de manera que producido un hecho, el supuesto o antecedente previsto en la norma, la decisión de la administración no puede ser sino una. El poder discrecional, por el contrario, permite escoger la solución del asunto dentro de distintas opciones, pero ello no quiere decir que la administración pueda actuar al margen de la ley, pues la selección de esas alternativas posibles las consagra el mismo ordenamiento*⁴⁵.

Así el funcionario de la policía debe actuar bajo los parámetros fijados en la ley y dado el caso en que estos no estén expresamente señalados debe actuar en concordancia con los principios y derechos constitucionales, ya que como anteriormente comentamos estas instituciones son la representación directa del Estado para con el ciudadano por lo que sus actuaciones debe estar en consonancia con las exigencias de la Carta Magna.

Sin embargo, la policía a través de la funciones de prevención, y persecución del delito ejecutan procedimientos que no están suficientemente reglados, sino que se hacen alusiones normativas o invocaciones textuales, sin que el legislador entre a regir los parámetros básicos que debe por lo menos el funcionario tener en cuenta al ejecutar este tipo de procedimientos.

Coincidimos claramente con la Corte Constitucional, al resaltar que no se trata de crear funcionarios autómatas, que cumplan de manera estricta las disposiciones normativas, quitándoles campo de maniobra y de acción para perseguir al delincuente. Sin embargo, creemos, tal y como posteriormente lo expondremos en los capítulos siguientes, que la libertad de acción no puede ser el justificante para que el policía actúe en un espacio de arbitrariedad e irregularidad, y el funcionario jurisdiccional, no se preocupe más que por decretar las medidas, legalizar la captura y dictar sentencia con base exclusivamente en los elementos materiales probatorios, y no en cómo estos se obtuvieron.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Op. Cit., C – 492 de 2002.

Así, si en un requisas, que es practicada de manera arbitraria en muchas ocasiones, pues los funcionarios con el argumento de la sospecha, siente la libertad para practicar estos procedimientos en diferentes lugares, momentos y seleccionando de manera discriminada a quien requisar y a quien no, se obtiene elementos materiales probatorios; el juez no interrogará sobre los móviles, pues estará intrigado en conocer cuál era el uso de los elementos incautados y qué relación tienen estos con el delito imputado, o acusado.

Así el funcionario judicial, se vuelve un autómatas del proceso penal, y el policía a pesar de su campo de acción hará lo mismo, prejuzgando y presionando los sectores, y a los ciudadanos que selectivamente considere criminales.

Por consiguiente, la función de prevención del delito, se convierte en el “pretexto” para la práctica continuada de las requisas policiales, y a falta de regulación expresa sobre este tipo de procedimiento, se crea un vacío legal que solo puede ser solucionado de momento vía jurisprudencial como se ha hecho en Argentina y como se demostrará a lo largo de este documento, en donde los jueces son los que han venido decretando la ilegalidad de las capturas y de todo el proceso legal cuando las pruebas recaudadas son el fundamento para la sentencia y determinación de responsabilidad del procesado, si el procedimiento de requisas, como medio para prevenir el delito, es practicado de manera selectiva, subjetiva y arbitrariamente y cuando no hay motivos fundados de carácter razonable que les hubiera permitido inferir a los agentes de policía que el sujeto tenía elementos materiales que lo vinculaban a la comisión de un delito, pues la sospecha no es motivo ni razón suficiente para limitar los derechos constitucionales de los ciudadanos de esta manera; todo esto sin importar el resultado que arrojen las requisas, ya que aplican la cláusula de exclusión o la teoría del fruto del árbol envenenado.

3.2 FUNCIONES PREVENTIVAS

Como anteriormente veíamos el fin principal de la policía nacional en su conjunto es la preservación de un orden público con la garantía de que este se diera bajo el respeto de las libertades individuales y el goce de los derechos, es por eso que la función preventiva adquiere demasiada importancia dentro de la policía nacional, pues si se neutraliza a la sociedad, la comisión de hechos delictivos disminuye.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado en sentencia anteriormente citada C – 1214 de 2001:

“Ahora bien, es sabido que toda sociedad civilizada requiere contar con un cuerpo de policía como una institución necesaria para la vigencia y efectividad del orden justo del que habla el Preámbulo de la Carta Política. De ahí que todos los esfuerzos que se hagan y todas las medidas que se tomen encaminadas a vigorizar esta institución son decisivas en tanto y en cuanto se encuentran encaminadas a la realización de los fines de un Estado de Derecho moderno y democrático.

En el caso colombiano tales fines están señalados en el artículo 2º de la Carta Política. Entre éstos se destacan los de "servir a la comunidad", "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", y "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo", los cuales tocan directamente con la función que le corresponde cumplir a la Policía Nacional. Así mismo, el precepto constitucional antes citado señala que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Este deber de protección recae, en primer lugar, en las autoridades de policía que son las encargadas de garantizar el derecho constitucional fundamental de la protección a todas las personas dentro del territorio de la República”⁴⁶

Entonces, podríamos decir podemos decir que la función de la policía nacional es de carácter preventivo y excepcionalmente en circunstancias facticas se haga necesario la aplicación de medidas correctivas, la norma no es la persecución del

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Op. Cit., C – 1214 de 2001.

delito, pues del mismo artículo 2° de la Constitución se desprende que es una función preventiva, sin embargo el grado de criminalidad, hace ver que la principal función es la persecución, cuando en realidad es la prevención.

Así, procedimientos de policía como las requisas periódicas, en los operativos policiales, la identificación de los ciudadanos para la consulta vía mensaje de texto o radio deléfono de antecedentes, cada vez se vuelven más frecuentes, pues es la manera como se puede “controlar” al ciudadano, o en palabras de Zaffaroni, se ejercer la criminalización secundaria, concepto que más adelante explicaremos.

Por consiguiente, existen herramientas jurídicas y administrativas otorgadas por el órgano legislativo y ejecutivo a la policía nacional, con el objetivo de prevenir el mayor número de conductas penales, y por ello es la facilidad que brinda el legislador para actuar en algunos casos, sin siquiera orden judicial emitida por juez o autoridad jurisdiccional.

Para la realización de las funciones de prevención ha indicado la Corte Constitucional, en sentencia C – 789 de 2006, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla que:

“Entre las medidas que pueden ser aplicadas en desarrollo de la actividad de policía está el registro de personas y de vehículos. Se trata de procedimientos de rutina autorizados por la ley y los reglamentos, que son ejecutados por la Policía Nacional con el fin de preservar el orden público, como quiera que en ellos estén comprometidas la tranquilidad y la seguridad ciudadanas.

*La jurisprudencia constitucional se ha referido en particular al **registro de personas** realizado por la fuerza pública, expresando que tales medidas preventivas no forman parte de los procedimientos penales, en cuanto están orientadas a la prevención de hechos punibles y a la seguridad de lugares y de personas, lo cual no obsta para que los elementos probatorios hallados en desarrollo de estas actuaciones, que eventualmente den lugar a la iniciación o evidencia de una investigación*

*penal, sean puestos de inmediato a órdenes de la autoridad competente*⁴⁷. (Negrillas propias del texto)

Así las cosas, la requisa hace parte de las herramientas de prevención del delito con que cuenta la policía nacional, siendo este uno de los mecanismos más efectivos de control de la criminalidad, por cuanto cualquiera puede ser sujeto de la práctica de este procedimiento, pudiéndose encontrar en su poder elementos materiales probatorios y evidencia física que permite su vinculación a un hecho delictivo y posterior declaración de culpabilidad dentro de un proceso penal, lo que no obsta que estas prácticas sin la adecuada ejecución puedan convertirse en arbitrarias e ilegales.

Así mismo, están establecidos programas de carácter social, dirigidos a concientizar a la comunidad, con el objetivo de prevenir el delito cuya población mayoritaria son personas en estado de riesgo, o de vulnerabilidad. Para ello la policía nacional cuenta con el área de prevención y educación ciudadana, siendo esta la:

“Dependencia encargada de direccionar, coordinar, proyectar y asesorar, la integralidad del servicio de policía, a través de los procesos de prevención de delitos y contravenciones y educación ciudadana en convivencia y seguridad, que permitan fortalecer los vínculos de corresponsabilidad entre la Comunidad, las Autoridades y la Policía, cuya funciones está:

- *Liderar la implementación, fortalecimiento y mantenimiento de los procesos de prevención de delitos y contravenciones y educación ciudadana en convivencia y seguridad, asegurando su medición, análisis y mejora, de acuerdo con los lineamientos de la Dirección de Seguridad Ciudadana*
- *Educar a la ciudadanía en convivencia y seguridad para mejorar el comportamiento frente a la ocurrencia de delitos y contravenciones.*
- *Orientar la prevención de delitos y contravenciones al logro de objetivos estratégicos y la efectividad del servicio de policía frente a la disminución de estos fenómenos y a la intervención de causas y factores generadores de inseguridad.*

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucional C – 789 de 2006. Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

- *Orientar y asistir al Director de Seguridad Ciudadana en las coordinaciones con la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada o la dependencia que haga sus veces, para su vinculación a los programas y planes de seguridad ciudadana.*
- *Supervisar el desarrollo metodológico de la Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes en Colombia, para garantizar el cumplimiento de la doctrina, principios filosóficos y características del servicio en todo el territorio nacional.*
- *Orientar a las Direcciones Operativas de la Policía Nacional, Comandos de Región, Policías Metropolitanas, Departamentos de Policía y Comandos Operativos Especiales de Seguridad Ciudadana, sobre la formulación de políticas, planes, programas y proyectos que permitan satisfacer las necesidades de prevención de delitos y contravenciones y educación ciudadana⁴⁸.*

Dicha dependencia, tiene una función de prevención del delito de carácter fundamental porque demuestra que la policía entiende que la prevención del delito no solo se realiza a través de procedimientos policiales, sino que también ha entendido que la educación, acercamiento a instituciones educativas y en general todo tipo de campañas educativas y sociales que tengan como objetivo concientizar a la ciudadanía de las consecuencias del delito, sirven para evitar la comisión de posibles hechos punibles.

No solo es la coerción, ya que como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y así lo hemos resaltado; los procedimientos policivos que sean ejecutados deben ser de ultima ratio, en donde la fuerza sea el recurso extremo a que los agentes de policía deben llegar, pues en primera medida, debe estar la campaña social, y el acercamiento ciudadano para con la comunidad, situación que lastimosamente no se produce, y es la última en producirse pues antes se han ejecutado procedimientos en donde el exceso de fuerza por parte de los agentes, y la arbitrariedad terminan convirtiéndose en la descripción adecuada de este tipo de situaciones.

⁴⁸ POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. ÁREA DE PREVENCIÓN Y EDUCACIÓN CIUDADANA. [En línea]. http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/UNIDADES_POLICIALES/Direcciones_tipo_Operativas/Direccion_Seguridad_Ciudadana/areas_que_la_conforman [citado 5 de noviembre de 2013]

4. LAS INTERVENCIONES CORPORALES

Las intervenciones corporales, se han desarrollado en el plano jurídico policial, como limitaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos; con el objetivo primordial de garantizar un orden social justo que redunde en la paz y en el bienestar social. Por ello, este tipo de procedimientos policiales, se configuran como necesarios a medida que la criminalidad se hace cada vez más difícil de parar, o cuando determinados sectores de la sociedad son “abatidos” constantemente en su tranquilidad por la delincuencia, el crimen organizado, el micro tráfico, los hurtos y en fin; la delincuencia común.

La policía, con el objetivo de utilizar herramientas que le permitan el control de las zonas “abatidas” por la delincuencia; legitiman el uso de las intervenciones corporales como un medida de prevención y control, es por eso que la Corte Constitucional colombiana en sentencia C – 822 de 2005, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa ha determinado las consecuencias respecto a la afectación que sufren los derechos humanos al realizarse este tipo de procedimientos:

“(…) las intervenciones corporales, así como la intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se ha rodeado de estas medidas de exigencias formales y materiales orientadas a impedir una incidencia excesiva, de los derechos fundamentales en juego. Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respecto del principio de proporcionalidad –esto es, que no se tengan una incidencia desproporcionada en los derechos-, así como del principio de legalidad, apreciados en el contexto de una sociedad democrática.

(…)

Estas diligencias probatorias inciden en un amplio espectro de derechos fundamentales. En primer lugar, dado que suponen la exposición del cuerpo del individuo a procedimientos en los que se utiliza el cuerpo mismo de la persona, la práctica de estas diligencias incide en la dignidad humana. En segundo lugar, las intervenciones corporales

afectan el derecho a la intimidad porque – aún en el caso del registro personal que es un procedimiento menos invasivo que la inspección corporal en la que se realiza la exploración de orificios corporales - implican en todo caso exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas. En tercer lugar, también pueden afectar el derecho a la integridad física en el evento que la extracción de muestras implique el uso de agujas o punciones de algún tipo, o que su práctica conlleve la exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o instrumentos manejados por personal médico o científico, o inclusive una intervención quirúrgico. En cuarto lugar, dado que se trata de medidas cuya práctica puede ser impuesta al individuo, tal característica supone una limitación de la autonomía personal. En quinto lugar, también se ha afirmado que las intervenciones corporales inciden en el derecho a no autoincriminarse, en la medida en que a través de ellas se pueden obtener medios probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad del individuo. En sexto lugar, se afirma también inciden en la libertad de movimiento del individuo afectado, pues para su práctica se hace necesario limitar temporalmente la posibilidad de circular libremente, o trasladarlo al sitio donde se encuentra el personal médico o científico. Y, finalmente, dependiendo de los hechos, puede ser pertinente analizar la prohibición de la tortura, así como la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inadmisibles⁴⁹.

Entonces, la Corte Constitucional ha determinado que para la práctica de las intervenciones corporales estas no deben estar en contravía con los tratados internacionales, ni con los derechos humanos; y para ello deben estar acordes a el principio de proporcionalidad, legalidad, y proporcionalidad propios de un Estado democrático. Sin embargo, advierte el Tribunal Constitucional, que a pesar de la realización de este tipo de procedimientos, se afectan los derechos constitucionales a la intimidad, integridad física, autonomía personal, no auto incriminarse, libertad de movimiento, prohibición de tortura, prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por eso, el problema radica en determinar si es viable que tantos derechos fundamentales sean afectados en los ciudadanos con el objetivo de prevenir y sancionar el delito.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 822 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

4.1 TIPOS DE INTERVENCIONES CORPORALES

Las inspecciones corporales son procedimientos policiales que se practican bien sea en labores investigativas para evitar el delito, o en labores investigativas después del delito. Su objetivo primordial es recabar en el cuerpo humano con el objeto de encontrar elementos materiales probatorios que sirvan de sustento al ente fiscal para la formulación de la imputación, posterior acusación y obtener sentencia condenatoria. Sin embargo, estos procedimientos limitan una serie de derechos fundamentales, cuya línea de afectación entre la arbitrariedad y la proporcionalidad es bastante delgada.

Las intervenciones corporales, están regidas por tres principios fundamentales, la proporcionalidad, la razonabilidad y la legalidad; elementos indispensables que deben coexistir en todas las actuaciones de investigación, ya que su falta puede generar en una arbitrariedad y la posible exclusión probatoria de los elementos incautados por ser desproporcionado el procedimiento practicado.

Como lo afirma el Dr. Oscar Augusto Toro Lucena, en Colombia, *“la ley 906 de 2004 en sus artículos 247, 248 y 249, se ocupa de tres tipos de intervenciones corporales aplicables en nuestro sistema penal: inspección corporal, registro personal y toma de muestras (...)”*⁵⁰.

A continuación explicaremos cada uno de estos procedimientos con la finalidad de centrar al lector en nuestro tema objeto de estudio.

⁵⁰ TORO LUCENA, Óscar Augusto. Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites. En: Criterio Jurídico Garantista [en línea]. Año 2, No. 3 (julio-diciembre, 2010). Disponible en: <http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista3/12oscartoro.pdf> [citado 5 de noviembre de 2013]

4.2 INSPECCIÓN CORPORAL

En nuestro derecho procesal penal, las intervenciones corporales se clasifican en inspección corporal definida en el artículo 247 de nuestra normativa procesal penal colombiana el cual establece:

“ARTÍCULO 247. INSPECCIÓN CORPORAL. Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana”⁵¹

La inspección corporal es una intromisión grave en el cuerpo del ser humano, debemos destacar que por falta claridad del artículo anteriormente citado, al lector desprevenido le supondría pensar someramente que consiste en un examen visual al cuerpo del imputado. Sin embargo, al dictar la norma: *“para creer que, **EN EL CUERPO DEL IMPUTADO EXISTEN ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA NECESARIOS PARA LA INVESTIGACIÓN, PODRÁ ORDENAR LA INSPECCIÓN CORPORAL DE DICHA PERSONA**”*(subrayas, mayúsculas y negrillas propias), lo que realmente está requiriendo es la realización de un examen corporal en donde los orificios naturales del ser humano, objeto de la investigación; van a ser examinados con el objetivo que el artículo expresa, esto es, la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación.

⁵¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. No. 45658.

En concordancia, la Corte Constitucional ha expresado al respecto en la sentencia anteriormente citada, C – 822 de 2005, que:

“En cuanto al grado de incidencia de la medida, la inspección corporal implica una afectación media o alta del disfrute de los derechos del imputado, dependiendo, por ejemplo, del grado de intrusión que conlleve la exploración de los orificios corporales y de la profundidad misma de esa exploración. El grado de afectación variará, atendiendo a los fines de la investigación en cada caso, entre otras cosas, según el tipo de orificio explorado, la profundidad del examen, la necesidad de emplear instrumental médico, etc. Así, en principio es muy invasiva la inspección de los orificios anales, vaginales, o cualquier exploración relativa a los órganos sexuales. Es menos invasiva la exploración de las cavidades bucales, nasales o auriculares, salvo que conlleve el empleo de aparatos que deban introducirse profundamente, como ocurre con una endoscopia. También es altamente invasiva, la exploración bajo la superficie de la piel que deba hacerse mediante un procedimiento quirúrgico⁵².

La Corte Constitucional entonces, reconoce que el grado de afectación a los derechos fundamentales, en el momento en que se realizan este tipo de procedimientos radica, en el tipo de orificio natural explorado, los elementos utilizados al momento de la exploración, y el grado de profundidad que debe ser empleado por el personal calificado para encontrar los elementos materiales probatorios o la evidencia física necesaria para la investigación.

Este tipo de procedimientos, son de carácter post-delictual y se encuentran inmersos en la esfera del procedimiento penal, ya que para su realización como bien lo exhibe la norma, el sujeto debe estar “*IMPUTADO*”, ya que el Fiscal General o su delegado debe tener motivos suficientes que legitimen la práctica de este procedimiento invasivo en el cuerpo del sujeto.

El procedimiento debe iniciarse una vez el sujeto es capturado, y después de la legalización de su captura, imputación y aplicación de la medida de seguridad por parte del juez de control de garantías, el fiscal basándose en motivos fundados,

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Op. Cit., C – 822 de 2005.

debe solicitar audiencia ante un juez de control de garantías, para que basándose este en los motivos realmente fundados invocados por aquel, autorice la práctica de la inspección corporal en el sujeto. Sin embargo, indica la norma, que para llevarse a cabo este tipo de procedimiento; es necesaria la presencia del defensor del imputado el cual actuará como tercero garante y protector de los derechos fundamentales de su prohijado, y también con el objetivo de que sean tenidas en cuenta todas las consideraciones del caso referente a la dignidad humana.

Cabe recalcar, que este procedimiento debe ser ejecutado con extrema urgencia, ya que una posible delación puede acarrear el desvanecimiento o destrucción de los elementos materiales probatorios dentro del cuerpo del sujeto afectando no solo la teoría del caso de la fiscalía; sino también poniendo en peligro la vida del imputado.

Así las cosas, el Dr. Augusto toro Lucena recalca que: *“se ha considerado la importancia de precisar que dicha connotación (de la persona vinculada al proceso penal) – esto quiere decir que debe tener la calidad de imputado –, conlleva a agotar – como anteriormente hemos expuesto -, los trámites consagrados en los artículos 286 y siguientes del CPP, dejando en consideración la posibilidad de practicar la inspección cuando no se han agotado dichos trámites y apenas se tenga la calidad de capturado. Será, entonces, indispensable que la diligencia de intervención sea practicada con suma urgencia, para efecto de agotar el procedimiento establecido por las normas que regule la captura en flagrancia (arts. 301 y ss. CPP)⁵³.*

Así, será indispensable que basándose en los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, la solicitud elevada por el fiscal debe contener:

⁵³ TORO LUCENA, Óscar Augusto, Op. cit., p. 194

- a) Determinar cuáles son los hechos que dan origen a la presente investigación
- b) Determinar la calidad del sujeto al momento de la solicitud, en este caso indicar la calidad de imputado del sujeto, tal como lo exige el artículo 247.
- c) Identificar el tipo de evidencia que va a ser hallada en el cuerpo del sujeto
- d) Explicar la importancia que tiene la evidencia contenida en el cuerpo del sujeto para la investigación en curso, y como esta puede tener el fundamento necesario para determinar la realidad de los hechos, la investigación, o la responsabilidad del imputado.
- e) Explicar, y en esto debería estar acompañado de un perito en el tema, de la importancia de practicar el procedimiento de inspección corporal, y de cómo este procedimiento y no otro, de menor afectación o menos invasivo es necesario para la obtención de los elementos materiales probatorios o evidencia física; con el objetivo de evitar a toda costa la menor afectación posible a los derechos fundamentales del imputado.
- f) De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional anteriormente expuesto, argumentar **LA PROPORCIONALIDAD** entre los derechos fundamentales que le van a ser limitados al imputado con la realización de este procedimiento y los intereses, fines y derechos constitucionales que se pretenden proteger a favor de la sociedad con la realización de la intervención corporal (seguridad, orden público, bienestar general, paz), teniendo en cuenta la gravedad del delito y el bien jurídico tutelado que ha sido afectado.

Recalca la Corte Constitucional por último, y es importante su introducción en la presente tesis, que la presencia del defensor es imprescindible al momento de la realización de este procedimiento, de tal suerte que sin su presencia dicho trámite no pudiera llevarse a cabo, a menos que por urgencia en su práctica ya sea porque se destruya o deshaga la prueba dentro del cuerpo del sujeto, o porque se afecte la vida del imputado o porque es una práctica dilatoria de la defensa; sea necesario la presencia de la defensoría del pueblo, pues como lo indica el

precepto normativo “se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana”. Así la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente:

“En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige la presencia del defensor del imputado, la cual debe garantizarse tanto para la solicitud de la inspección, como durante su práctica. Es por ello que la norma establece que en la práctica de la medida deberán observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. En este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de la inspección corporal; (ii) que cuando se trate de inspecciones que involucren las cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado, ésta diligencia sea adelantada por personal médico; (iii) que la inspección corporal no implique el empleo de procedimientos que causen dolores innecesarios, o que puedan poner en riesgo la salud del imputado; (iv) que durante la práctica de la misma se observe el mayor decoro y respeto por la persona del imputado; y (v) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado”⁵⁴.

La Corte Constitucional entonces, plantea una serie de reglas a ser tenidas en cuenta al momento de la práctica de este procedimiento con el objetivo de menguar la afectación a los derechos constitucionales que pueda sufrir el sujeto. Para ello, hace una serie de lineamientos como mandatos imperativos que de no cumplirse puede generar que la medida sea desproporcionada, y con ello se afecten de manera grave los derechos constitucionales tutelados, originando así la ilegalidad del procedimiento y su consecuente exclusión probatoria lo cual puede tener serios efectos negativos en la teoría del caso del fiscal, y en la determinación de la responsabilidad del imputado.

4.3 TOMA DE MUESTRAS

La toma de muestras, está regulada por los artículos 249 y 250 de la ley 906 de 2004, los cuales expresan:

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Op. Cit., C – 822 de 2005.

“ARTÍCULO 249. OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:

a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

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

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

PARÁGRAFO. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

ARTÍCULO 250. PROCEDIMIENTO EN CASO DE LESIONADOS O DE VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

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

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud⁵⁵.

La toma de muestras está regulado de manera general en el artículo 249, sin embargo cuando se trate de delitos en donde existan lesionados o víctimas de agresiones sexuales se debe proceder en primer lugar acatando el consentimiento expreso de la víctima o de su defensor explicándoles que su negativa puede tener graves consecuencias para la identificación del sujeto responsable o para determinar la responsabilidad del capturado o de los sospechosos.

⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., art. 249 - 250

En el procedimiento de toma de muestras, a diferencia de la inspección corporal, es la naturaleza del elemento material probatorio lo que las diferencia. En la inspección corporal, lo que se pretende es extraer del cuerpo elementos ajenos a este, como armas o drogas para que una vez sean extraídos proceda la policía judicial embalarlos, rotularlos y manejarlos como elementos materiales probatorios o evidencia física, respetando su cadena de custodia y así poder determinar la responsabilidad del imputado. En contraposición, en la toma de muestra, se pretende hallar el origen de la prueba precisamente en un elemento natural del cuerpo, como la sangre, el cabello, las uñas, el semen que permitan demostrar la culpabilidad del sujeto.

Este procedimiento, es de carácter pos-delictual, es decir, una vez que el sujeto comete el delito, en su cuerpo existen los elementos materiales probatorios de convicción que pueden demostrar su culpabilidad. Por eso, para la práctica de este procedimiento, se necesita solicitud elevada por parte del fiscal ante el juez de control de garantías siempre y cuando el sujeto no de su consentimiento. El fiscal deberá fundamentar su solicitud en base a los mismos requisitos mínimos que hemos establecido para la inspección corporal, todo esto inmerso en un marco de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, la práctica de este procedimiento podrá realizarse no solo al imputado para la obtención de elementos materiales probatorios que pueden demostrar su culpabilidad, sino que a diferencia de la inspección corporal, debe ser realizado a la víctimas siempre y cuando sean menores o incapaces, con el objetivo de afianzar el dicho de la fiscalía, identificar a los sospechosos o determinar el grado de responsabilidad penal del imputado. Así se destaca del artículo 250 de la normativa procesal penal colombiana al dictar *“de perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección”*.

Respecto a la toma de muestras, la Corte Constitucional ha determinado:

“La norma señala expresamente que la obtención de muestras la hará “la policía judicial” por orden del fiscal. No obstante, dado que para la obtención de algunas de las muestras corporales, es necesario algún tipo de exploración de los orificios corporales –entre los que se encuentran el ano, la vagina, la boca, la uretra, los oídos, las fosas nasales -, así como el interior del cuerpo a través de la introducción de instrumental médico, sondas, por lo cual, tales medidas tienen una incidencia media o alta en los derechos del imputado, su práctica debe siempre ser previamente autorizada por el juez de control de garantías, y, por lo general, debe ser realizada por personal con entrenamiento médico o especializado en ciencias de la salud.

En cuanto al grado de afectación de los derechos, la toma de muestras que involucren al imputado puede implicar una limitación media o alta del disfrute de sus derechos, dependiendo del grado de invasión que conlleve la obtención de las mismas, como por ejemplo cuando se trata de fluidos tales como el semen, o de otros fluidos que se encuentran en los orificios corporales. El mayor o menor grado de incidencia dependerá, atendiendo a los fines de la investigación en cada caso, entre otras cosas, del tipo de muestra, del lugar del cuerpo que deba ser explorado para obtener la muestra, de la necesidad de emplear instrumental médico, de la técnica empleada para su obtención, y del procedimiento que deba realizarse para acceder al lugar del cuerpo donde se encuentra la muestra. Así, en principio es muy invasiva la obtención de muestras de fluidos que se encuentre en los orificios anales, vaginales, o que impliquen la manipulación de los órganos sexuales. Es menos invasiva la obtención de saliva, pelos, impresiones dentales, y de la voz.

No desconoce la Corte que los avances tecnológicos para la identificación del ADN y la obtención de este tipo de muestras pueden hacer cada vez menos invasiva su realización. Es por ello que, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales este tipo de medida de intervención corporal debe hacerse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, resulta compatible con estas obligaciones que en la práctica de esta medida se incorporen los avances científicos que mejor garanticen el goce y ejercicio de los derechos fundamentales⁵⁶.

Se destaca, que la Corte Constitucional, en primer lugar indica que el personal para la práctica del procedimiento penal de toma de muestras a diferencia de lo que indica la norma, deberá ser el personal médico calificado; con el objetivo que

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Op. Cit., C – 822 de 2005.

se cumplan las condiciones de seguridad que exige el procedimiento; estas son: higiene, confiabilidad, y humanidad del imputado. En Colombia, este tipo de procedimientos es llevado a cabo bien sea por el Instituto de Medicina Legal Colombiana, o en casos especiales por el médico de la clínica o el hospital, casi siempre y de manera general en el caso de las víctimas por lesiones o por violaciones sexuales.

En segunda medida, vuelve a hacer una distinción en el grado de afectación de la medida, al indicar que esta medida puede ser de carácter grave o medio según el tipo de procedimiento llevado a cabo y en eso si estamos de acuerdo. Por ejemplo, un grado de afectación medio se puede encontrar al momento de la realización de una prueba grafotécnica para determinar si el imputado fue quien escribió los documentos recolectados por la fiscalía, y en grado alto se produciría la afectación cuando se necesitan las pruebas de fluidos del cuerpo del sujeto para determinar su comparación con las obtenidas de la víctima y determinar su grado de responsabilidad en la presente investigación.

Sin embargo, la Corte Constitucional reconoce que las formas en que estos procedimientos se hacen, se deben ir actualizando conforme la ciencia médica desarrolla y adopta nuevos procedimientos menos invasivos, y los tratados internacionales así los reconocen, con el objetivo de que cada vez dichos procedimientos sean más acordes a las condiciones máximas de higiene, identidad de la prueba y seguridad del imputado.

4.4 REGISTRO PERSONAL

Nuestro tema de investigación, denominado las requisas, está contenido en el registro personal.

El registro personal se encuentra reglado por la misma normatividad jurídico penal anteriormente mencionada pero esta vez, en su artículo 248 el cual determina:

“ARTÍCULO 248. REGISTRO PERSONAL. Salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor”.

Este tipo de procedimiento bien puede desarrollarse en el transcurso de una investigación penal, en el momento en que el aprehendido es capturado por la comisión de un delito, o como manera preventiva.

Así, precisamente lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia C – 789 de 2006, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla; al determinar:

“El artículo 248 menciona tres figuras distintas (i) el registro realizado como parte procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional; (ii) el registro incidental a la captura y (iii), el registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de investigación penal. Las dos primeras figuras, según lo que prevé el artículo 248 bajo estudio, no requieren autorización judicial previa. La tercera figura, que es la regulada expresamente en el artículo 248, y que comprende el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales y senos del imputado o

*imputada, o de un tercero relacionado con la investigación*⁵⁷. (Negrillas propias)

Es decir, que al análisis de la Corte Constitucional, no le resiste duda en aclarar que un mismo precepto normativo el legislador se encargó de reglar tres procedimientos enmarcados en cabeza de la policía judicial y la fuerza pública, totalmente distintos, y consideramos nosotros que por falta de codificación legal pueden desarrollarse arbitrariedades.

Nuestro objeto de estudio se centra en la primera figura denominada, *el registro personal realizado como parte de procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública e cumplimiento de su deber constitucional*.

A este tipo de procedimiento se le conoce como registro personal, o en el derecho comparado como cacheos o requisas policiales.

Este tipo de procedimientos son de carácter meramente superficial, conocido *“dentro del contexto policivo, como un acto de palpación externa en el individuo, buscando evidencias delictivas”*⁵⁸.

Según la Corte Constitucional, *“el término “registrar”, se emplea generalmente como sinónimo de “tantear”, “cachear”, “auscultar”, “palpar” lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel*⁵⁹. Es decir, se basa en un palpamiento externo del cuerpo, por encima de la ropa, en donde ni los orificios naturales del cuerpo, ni los órganos genitales del sujeto pueden ser auscultados, tocados o requisados con el objetivo de encontrar elementos

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 789 de 2006. Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁸ TORO LUCENA, Óscar Augusto, Op. cit., p. 196.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Op. Cit., C – 822 de 2005.

materiales probatorios o evidencia física que infiera que el sujeto cometió, comete, o va a cometer un delito.

Para Salarza Murillo, citado por Luis Azaola Calderón en su texto, *“Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España”*, las requisas policiales, o cacheos como son denominadas en España, México, Argentina, Costa Rica entre otros, consisten en *“la palpación externa, superficial, con las manos, del perfil corporal, a fin de tratar de localizar alguna prueba u objeto del delito, o bien, por razones de seguridad...”*⁶⁰

Su legitimación, está basada en la política criminal del Estado, con el objetivo de prevenir la comisión de delitos, ya que faculta a la policía o como la norma lo indica a la fuerza pública, para que a manera de sospecha pueda detenerle el paso a un ciudadano y requisarlo con el fin de encontrar elementos materiales probatorios o evidencia física relacionados a la comisión de un delito.

Para el Dr. Díez Cabiale, citado por el Dr. Vicente Magro Server, en su artículo *“La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal”*, la requisita policial es definida como *“una actuación externa sobre el cuerpo humano, de tal manera que cualquier inspección de éste vaya más allá de lo indicado, como exámenes radiológicos, inspecciones vaginales, etc., se excluye de la actuación del cacheo”*⁶¹

⁶⁰ SALAZAR MURILLO, R. Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales. Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 107, citado por AZAOLA CALDERÓN, Luis. Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España. En: Derecho en Libertad [en línea]. No. 5 (julio-diciembre, 2010). Disponible en: <http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no5/las_intervenciones_corporales_un_analisis_comparativo.pdf> [citado 5 de noviembre de 2013]

⁶¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio, Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.), medidas restrictivas de derechos fundamentales. En: Cuadernos de derecho judicial, 1996, XII, citado por: MAGRO SERVER, Vicente. La actuación Policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal. [en línea]. <http://www.patrulleros.com/index.php/articulos/61/507-la-actuacion-policial-en-los-cacheos-y-registros-como-modalidad-de-las-intervenciones-corporales.html> [citado 5 de noviembre de 2013]

Para Climent Durán, los cacheos o requisas, “*son registros de carácter superficial, ejecutados con el objetivo de averiguar si el sujeto posee o tiene en su haber algún elemento relacionado con un delito investigado o prevenido*”⁶².

Augusto Toro Lucena, rescata que “*para el Tribunal Constitucional Español, la diligencia de cacheo se define como “el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito”*. Sobre este aspecto - destaca el profesor – *la doctrina afirma que el derecho a la libertad y a no ser privado de ella puede verse restringido en los casos y en la forma establecida por la ley española, así como el derecho que tienen los españoles de caminar libremente por el territorio nacional, que no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación, “pues aunque estas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización al ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado, un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía*”⁶³

Es claro, que para el Tribunal Constitucional Español, la afectación que sufren los ciudadanos al momento de la práctica de la requisa a cargo de la fuerza pública, no es suficiente para que su práctica sea excluida dentro de las labores de la policía, pues la considera como una función de prevención del delito. Sin embargo, el mismo Tribunal, no se pronuncia en los elementos de juicio en que deben basarse los agentes de policía al momento de practicar este tipo de procedimiento, en donde el simple capricho de estos, puede desbordar en un procedimiento altamente limitante de los derechos fundamentales de los ciudadanos en un

⁶² CLIMENT DURAN, C. La prueba penal: doctrina y jurisprudencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999; citada por Bedoya, Op. cit., pág. 220; citado a su vez por; TORO LUCENA, Óscar Augusto. Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites. En: Criterio Jurídico Garantista [en línea]. Año 2, No. 3 (julio-diciembre, 2010). Disponible en: <http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista3/12oscartoro.pdf> [citado 5 de noviembre de 2013]

⁶³ *Ibíd.* Pág., 197

determinado sector, hasta el punto de “prohibir” psicológicamente al sujeto y lograr que este no pase por determinados lugares.

Generalmente, este tipo de procedimientos se conocen como rutinarios, y son generalmente aceptados cuando se practican en ciertos sectores de la sociedad. Normalmente, cuando hay ciertos espacios en donde la delincuencia, o el consumo de sustancias alucinógenas es muy frecuente, la misma sociedad solicita el acompañamiento de la policía para que a través de los denominados operativos policiales, se requiera y se pidan antecedentes a través del número de cédula de los transeúntes, esto con el fin de limitar la presencia de drogadictos, delincuentes, prostitutas, y buscar antecedentes en las bases de datos y dar con posibles delincuentes prófugos de la justicia.

La Corte Constitucional en sentencia C – 789 de 2006 anteriormente citada, al pronunciarse sobre el registro personal realizado por la fuerza pública como labor preventiva del delito ha:

“... aclarado que el registro personal que se efectúa en desarrollo de la actividad preventiva de policía consiste simplemente en una exploración superficial de la persona, que como tal no compromete constataciones íntimas, y lo que lleve sobre sí, en su indumentaria o en otros aditamentos, con el fin, entre otros objetivos lícitos, de prevenir (no de investigar) la comisión de comportamientos que puedan llegar a generar alteraciones contra la seguridad de la comunidad. De tal manera, no conlleva este registro personal una afectación o restricción de derechos fundamentales que amerite la intervención judicial, a fin de determinar su racionalidad y proporción. Solamente habrá lugar a dicha intervención judicial cuando el registro trascienda del examen exterior de la persona y llegare a abarcar su reconocimiento físico interno, es decir, cuando acarree inspección corporal”⁶⁴

Es decir, que la potestad preventiva del delito que se encabeza en la fuerza pública, en este caso Policía Nacional debe estar determinada a través de procedimientos racionales y proporcionales que al momento de su ejecución sean

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Óp. Cit., C – 789 de 2006.

congruentes con el respeto a las limitaciones que la Constitución de 1991 exige al momento en que los derechos constitucionales de los ciudadanos sean afectados.

En este punto, vale recalcar la conclusión que en su artículo anteriormente citado, llega el profesor Oscar Augusto Toro Lucena al afirmar que:

“Ciertamente, los registros personales practicados por la policía, se tornarán más o menos violatorios en la medida en que los funcionarios mantengan el respeto y la cordialidad ante el ciudadano. En este sentido, la doctrina colombiana afirma que estas diligencias policivas “son más tolerables en cuanto sean más generales y se tornan más violatorios cuando son selectivos. Así, el ciudadano suele someterse tranquilamente a ellos al ingreso de espectáculos públicos, en los aeropuertos y terminales de transportes, y pueden sentirse agraviados cuando el procedimiento recae exclusivamente sobre una persona determinada o un grupo en particular”⁶⁵. Es el caso de la requisita por sospecha –término estrictamente policivo- consistente en la inspección que se le hace a una persona, cuyo comportamiento y apariencia lleva a pensar que puede portar algún tipo de elemento ilegal. Es en este punto, donde nace la urgencia de regular los límites originados por los derechos fundamentales en la práctica de las intervenciones corporales, en este caso del registro de personas, porque muchas veces la policía no presta atención a los requerimientos legales para poder acceder a la práctica de la diligencia, tendiendo siempre, de algún modo, a vulnerar los derechos de las personas, por su postura arbitraria y su abuso de autoridad, que es un problema que atañe no solo a nuestro país sino a la mayoría de los países del mundo. Para citar un ejemplo, en un espectáculo público, en que como se ha señalado las personas se someten al registro por necesidad, el nivel persuasivo de la autoridad se incrementa dependiendo del tipo de evento y de la calidad de las personas que asistan. Así, en un concierto de rock, en la requisita normalmente se somete a la

⁶⁵ BEDOYA SIERRA, L. La limitación de los derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2008 citado por TORO LUCENA, Augusto. Óp. Cit., pág. 198

persona a malos tratos, a que sea excedida la práctica del registro en cuanto a palpación del cuerpo, y a que todos los asistentes sean sospechosos por su simple apariencia. Este tipo de situaciones en lugar de buscar la tranquilidad, seguridad y convivencia pacífica incita un poco más a incurrir en actitudes violentas por parte de la ciudadanía y a que la policía viole los procedimientos y menoscabe los derechos fundamentales, lo que en resumen se denominaría como conflicto de intereses.

No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado que estos procedimientos son indispensables en la medida en que se actúe de forma correcta, pues cuando las autoridades hallen sospecha fundada de que ésta o la sociedad se encuentran en peligro, deberán proceder a practicar el registro en ejercicio de la labor preventiva. De cualquier modo, permanecen incursos de la obligación de preservar los derechos fundamentales, en la medida de lo posible, hasta el punto que cualquier extralimitación podrá tornar ilegítima la medida y cualquier elemento o evidencia que se haya adquirido de esa práctica podrá ser motivo de aplicación de la cláusula de exclusión⁶⁶.

Es decir, que los hechos, son los que determinan en qué momento, el procedimiento policial de requisas puede ser contrario a los límites que establece la Constitución esto es, la violación o limitación excesiva de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, la Corte Constitucional, permite que el procedimiento de las requisas se siga practicando dentro del territorio nacional por razón a la necesidad de que sea llevado a cabo, pues es un medio preventivo eficaz para el control del delito, y la conservación de la paz de los ciudadanos.

⁶⁶ TORO LUCENA, Óscar Augusto, Op. cit., p. 198 – 199

Aparte, las requisas son un elemento de control en los escenarios públicos, o en los eventos del mismo tipo, ya que permite limitar el absceso de elementos cortopunzantes o contundentes que puedan infringir heridas de gravedad al momento en que en dichos escenarios o en dichos eventos, se puede generar desmanes, poniendo así en mayor riesgo o peligro la vida de los ciudadanos.

El problema, como bien lo ha planteado el profesor Augusto Toro Lucena, no radica en el procedimiento en sí, pues como ya hemos analizado anteriormente la Corte Constitucional ha determinado que de las intervenciones corporales, es la menos invasiva y es la que menos limita los derechos de los ciudadanos, ya que la mayor restricción radica en el derecho a la locomoción y a la libertad, los cuales obviamente se ven afectados durante el tiempo en que dure la requisa policial. El problema realmente radica en los móviles que dan origen al procedimiento; es decir, a los fundamentos objetivos que debe tener el policía para justificar tanto ante la autoridad pública como ante el ciudadano del porque de la realización del procedimiento, ya que en Colombia ni la Corte Constitucional, ni la ley fijaron las bases necesarios para su regulación. Es por eso que el profesor Toro Lucena indica que su falta de regulación genera arbitrariedad, y esta arbitrariedad se mueve en el plano subjetivo y cognoscitivo de la accionar de la fuerza pública, ya que ciertos estereotipos de ciudadanos, ciertos eventos, o ciertos sectores de la sociedad se verán más afectados que otros por la práctica continua o la fuerza excesiva que se aplique al momento de realizar las requisas, tornándose en un acto eminentemente discrecional del servidor.

5. EL DELITO DE ASPECTO Y LAS REQUISAS PERSONALES

En un Estado social y democrático de derecho, las razones deben estar fundamentadas en aspectos totalmente objetivos, en donde los motivos razonables o suficientes que dan origen a los procedimientos de los servidores públicos deben estar enmarcados en una base de legalidad, proporcionalidad y respeto por los derechos humanos, por eso la sospecha, los indicios, señales o “corazonadas” que tienen los servidores de la fuerza pública al momento de poner en marcha los procedimientos policiales, entre ellos la identificación de los sujetos, la inspección en las bases de datos a través del número de cédula para buscar antecedentes, y las requisas o cacheos, deben estar fundados en razones de peso que le permitan inferir de manera acertada o más si quiera fundada al policía que la limitación temporal del sujeto es válida por cuanto de los indicios se desprende la comisión de un delito, o la posible comisión de este.

Así, la sospecha no puede ser un argumento que entregue legitimidad a la actuación policial, sino más bien un argumento que permita desechar y tachar dicho procedimiento como altamente arbitrario e ilegal, sin importar el resultado, pues no puede ser válido que de un acto irregular sus resultado o frutos sean regulares.

Por consiguiente, los elementos materiales probatorios obtenidos a través de sospechas infundadas, que más bien deviene de prácticas selectivas y arbitrarias deben ser tenidos en cuenta como el “fruto” de un “*árbol envenenado o venenoso*” que deviene de un mal procedimiento.

A esto se le llama la “*doctrina del fruto del árbol envenenado*”, la cual tuvo su origen en el caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States* - 251 U.S. 385 (1920)⁶⁷, se basa en que si la fuente (árbol) se corrompe, cualquier elemento de prueba que dé el devenga (fruto) es ilegal. Es decir, que si la requisita es ilegal, los elementos materiales probatorios que de dicho procedimiento se obtengan deberán ser excluidos del proceso⁶⁸.

En este sentido, Natalia Ivarrola en su artículo “*La injerencia estatal en el ámbito de la intimidad personal, a propósito de las requisas policiales*”, afirma que:

“(…) en un Estado de Derecho, que la sospecha, los indicios, señales o datos, provenientes de una actividad prevencional ilícita se encuentran bien fundados y, como consecuencia de ello, dar por configurado el supuesto de flagrancia por el posterior coercionamiento, a través de la requisita personal, del objeto del delito, no resulta bajo ningún punto de vista un criterio atendible. Menos aún admitir que todo aquello evidencia que las conjeturas originadas en el ánimo de los preventores quedaron corroboradas de modo indiscutible.⁶⁹ La sospecha acerca de la comisión de un delito jamás puede derivarse de la anfibológica aseveración sobre la permanencia en un lugar”⁷⁰.

⁶⁷ U. S. Supreme Court. *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). No. 358, Argued December 12, 1919. Decided January 26, 1920 - 251 U.S. 385

⁶⁸ Midón, Marcelo Sebastián; Berizonce, Roberto Omar; Estigarribia de Midón, Gladis. *Derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Cuyo. pp. 366. ISBN 9875271365, 9789875271364

⁶⁹ D’ Alhora, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Bueno Aires, Abeledo-Perrot, 2005, t. I, p. 501 citado por IVARROLA, Natalia. *La injerencia estatal en el ámbito de la intimidad personal: A propósito de las requisas policiales*. En: *Revista Proceso Penal* [en línea]. No. Desconocido (desconocido). Disponible en:

<<http://www.revistaprocesopenal.com.ar/La%20injerencia%20estatal%20en%20el%20ambito%20de%20la%20intimidad%20personal.pdf>> [citado 5 de noviembre de 2013]

⁷⁰ IVARROLA, Natalia. *La injerencia estatal en el ámbito de la intimidad personal: A propósito de las requisas policiales*. En: *Revista Proceso Penal* [en línea]. No. Desconocido (desconocido). Disponible en:

<<http://www.revistaprocesopenal.com.ar/La%20injerencia%20estatal%20en%20el%20ambito%20de%20la%20intimidad%20personal.pdf>> [citado 5 de noviembre de 2013]

Así, la autora deslegitima el accionar policial cuando su justificación posterior al hecho es la sospecha, indicios, señales o datos que nacen de manera particular en el agente, fruto de su percepción subjetiva de la realidad. Por consiguiente, se produce una desarticulación entre el comportamiento y los lineamientos normativos y constitucionales, que acarrearán la posibilidad del uso arbitrario de la fuerza en cabeza de los agentes de policía para que al existir mayor coerción, se pueda encontrar mayor “colaboración” de la ciudadanía.

Lo anterior, da inicio a “*el delito de aspecto*”, dando así origen a concurrentes requisas, y detenciones arbitrarias en contra de los ciudadanos, con fundamentos totalmente inválidos desde el punto de vista procesal, penal, legal y objetivo. Según Herrendorf, citado por Natalia Ivarrola, el delito de aspecto se convierte en una consideración subjetiva de quien ostenta el poder, así acota Herrendorf lo siguiente: “*yo voy a decir qué cosa es una señal (indicio, sospecha): tal vez estar mal vestido a causa de la desocupación, andar vagando por falta de vivienda, mendigar por falta de recursos mínimos, holgazanear en una plaza o en un baldío porque la pobreza no le permite diversiones más sofisticadas. Estas son señales, y lo que compruebe cualquiera mirando el aspecto de las personas a las cuales los agentes de seguridad solicitando documentos en la vía pública. Esto sería equivalente a instaurar un delito de aspecto, delito jurisprudencialmente en potencia. Un dato, una señal*”⁷¹.

Así las cosas, se abre una nueva vía para los agentes de policía. Su sospecha, da fruto a un derecho penal de aspecto y su justificación fueron las señales que el sujeto desplegó en su comportamiento que hicieron pensar a la fuerza pública que muy posiblemente contiene elementos materiales probatorios o evidencia física que lo identifique con un delito cometido, o con la futura comisión de un delito. Esto conlleva a una disminución por la preferencia de las órdenes escritas, en donde los actos de urgencia se sigan convirtiendo en la regla y no en la excepción.

⁷¹ IVARROLA, Natalia, Óp. cit., pág. 3

Uno de los responsables de este comportamiento, es el juez de control de garantías; pues en él está encabezada la potestad de no legalizar la captura cuando no existan motivos fundados que le permitan inferir que el agente debió practicar una intervención corporal, como lo es la requisita. La gravedad, radica en que la requisita no solo lleva como lo acotamos anteriormente en una palpación externa con el objetivo de buscar elementos materiales probatorios o evidencia física que permite relacionar al ciudadano con un delito haciéndose efectiva la función de prevención del delito, y la consecución del bienestar general; sino que también conlleva a la consecuente requisita del maletín que porta el sujeto, el bolso, los elementos que el traiga, el automóvil o medio motorizado en que este se desplace. Lo anterior, sin una orden judicial que sopesa la gravedad de los derechos conculcados a el ciudadano, y sin el objetivo análisis de pertinencia, necesidad y conducencia de los elementos materiales probatorios, del comportamiento del agente de la policía frente a los derechos limitados hacia el ciudadanos y los fundamentos jurídicos, y objetivos que este tuvo en cuenta al momento de ejecutar el procedimiento.

Por eso, “en este contexto, resulta indudable que poco importa, a los efectos de llevar a cabo un procedimiento de este tipo, el lugar en el que se encuentren los individuos; por el contrario, serán indicativos suficientes la sospecha, el aspecto o el estado nervioso que el propio criterio prevencional entienda peligroso. Como contrapartida de esta situación tan desoladora, la Sala III de la CNCP, en una reciente resolución, echó por tierra la valoración de los funcionarios policiales, al encontrar nula la diligencia practicada.⁷² Un móvil policial en horas de la tarde, fue desplazado por vía radial a un sitio donde presuntamente se encontraban personas consumiendo sustancias prohibidas. Al llegar al lugar – se trataba de una plaza pública –, vieron un grupo de individuos conversando y sin prestar demasiada atención se dirigieron a un joven que se encontraba sentado bajo la

⁷² CNCP, Sala II, causa N° 9.246, “Ibarra, Carlos Francisco s/recurso de casación”, reg. 970/08, rta. 24/07/08. Citado por IVARROLA, Natalia. *Ibíd.*, pág. 3

copa de un árbol, al cual procedieron a demorarlo, identificarlo, requisarlo “superficialmente” y trasladarlo a la dependencia, luego de hallar en el bolsillo de su pantalón un envoltorio que contenía una sustancia blanquecina, que “podría tratarse de material estupefaciente. El motivo de sospecha inicial aún es un misterio, aunque basaron el procedimiento en la aparente falta de justificación del encartado sobre su estadía en el lugar”⁷³

El solo hecho de estar, en una horario determinado a solas en una plaza cívica y vestido de una determinada forma contraria a la que visten los agentes de policía, son motivos suficientes para que estos desplieguen todo un procedimiento *prevencional* como lo es la requisa, con el objetivo de encontrar en el evidencia física que lo vincule a la comisión de un hecho ilícito, el justificante está claro, es la sospecha, la razón legal es aún más clara la prevención del delito, pero el móvil es aún más atroz, “el aspecto del sujeto”, acertadamente el tribunal argentino anteriormente citado declaró la nulidad de los procedimientos allí ejecutados, pues considera que el comportamiento de los miembros de la fuerza pública no puede ser discrecional y subjetivo, abriendo paso a la arbitrariedad, ya que como todo funcionario que hace parte de una institución gubernamental, debe motivar su comportamiento en base a hechos jurídicos relevantes, apegándose a la ley, respetando la constitución y enmarcando sus actuaciones en un campo de proporcionalidad y legalidad; donde no quepa duda que dicha actuación se vio por la necesidad de ser ejecutada para evitar un perjuicio y no que se vio ejecutada para generar un perjuicio.

No puede ser válido, que en un Estado social y democrático de derechos, las actuaciones discrecionales justificadas por el resultado positivo que en ellas se obtiene, sean permitidas por el simple hecho de mostrar resultados positivos a la opinión nacional y a la comunidad internacional. Es cierto, que la delincuencia tiene innumerables formas para cometer el crimen y a veces se torna necesario un

⁷³ IVARROLA, Natalia. *Ibíd.*

constante monitoreo para prevenir la comisión de conductas punibles, pero esto no puede ser el fundamento principal para restringir a tal punto los derechos constitucionales de los ciudadanos, burlando los límites que la constitución y los tratados internacionales nos imponen respetar. Esto, como si constantemente viviéramos en un Estado de guerra y necesidad, tratando como enemigos a los ciudadanos que en él habitan por el solo hecho de realizar o posiblemente realizar una conducta tipificada como delito penal.

Así, el estado de sospecha se enmarca en el plano de la “*subjetividad policial*”, en donde cualquier situación por más tenue que parezca puede dar origen a la requisita, captura e incautación de elementos al sujeto. En igual sentido del caso anterior, el mismo tribunal en Sala IV, determinó declarar la nulidad de todo lo actuado, pues:

“Conforme surge del acta labrada, como consecuencia del procedimiento instado, con fecha de 28 de julio de 2006, en horas de la tarde, los agentes de policía Adrián Rodríguez y Maximiliano Ramos, vistiendo ropa de civil, observaron a una persona sentada en la puerta de entrada de un domicilio, quien se encontraba con ropa de trabajo, bebiendo una gaseosa. Frente a esta situación y a fin de prevenir cualquier instancia delictiva – tal como lo refleja el acta –, decidieron acercarse e identificarse como personal policial. Tal como era de esperarse, el encartado manifestó un cierto grado de nerviosismo, razón por la cual, luego de encontrar testigos predispuestos para la ocasión, lo requisaron, secuestrándole un envoltorio que contenía material estupefaciente. Ahora bien, con un sentido cuasi lógico podemos inferir que, conforme los hechos narrados, no se evidencian signos manifiestos de la posible comisión de un delito, a lo sumo, podemos decir que las circunstancias denotan que un hombre, luego de culminada su jornada laboral, se hallaba descansando en la vereda de un domicilio. En la apreciación de estos motivos, no podemos entender sino que el proceder policial estuvo justificado en el aparente estado nervioso del encausado, actitud, que de modo alguno resulta suficientes para sospechar la posible comisión de un ilícito, antes bien, es propia de un estado de confusión generado frente al acometimiento de dos personas vestidas de civil, que se presentan como agentes de policía. En resumidas cuentas, la requisita llevada a cabo en la forma descrita, vulnera su ámbito de autodeterminación, siempre que el imputado fue

*revisado sin mediar orden judicial y fuera de los supuestos de excepción*⁷⁴.

Fíjese como, en las dos sentencias anteriormente citadas emitidas por el Tribunal argentino, aunque de las requisas se desprenden elementos materiales probatorios y evidencia física que refuerza el dicho de los miembros de la fuerza pública, el alto tribunal de manera unánime ha decidido que el procedimiento vulneraba las garantías constitucionales de los ciudadanos, por cuanto la falta de motivación, los motivos objetivos, fundantes de carácter legal y proporcional, no existieron violando así las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Estas decisiones, son muy importantes porque ponen de manifiesto dos cosas, el primero es el excesivo poder arbitrario que de los agentes del orden se despliega, y el segundo es el estado de zozobra que se cristaliza en los ciudadanos, ya que con la sola mirada de un agente de policía o con el acercamiento de estos, como lo vimos en el caso anterior el sujeto entra en un “*estado nervioso*”, que es lo que permite “*identificar*”, en la fuerza pública la comisión de un delito.

Es decir, la comisión de un delito ya no se determina en la información obtenida de testigos, en las laboras investigativas de campo y de vecindario, en los medios filmográficos entre otros; sino en el grado de “*nerviosismo*” que se desprenda del sujeto, o el grado de sospecha que este pueda producirle a la policía.

Es por ello, que de las ponderaciones que se sigan realizando y que deben realizarse en Colombia, se concluirá innegablemente desde el punto de vista legal y objetivo, que la puesta en marcha de estos procedimientos sin orden escrita, ejecutados de manera caprichosa y arbitraria; sin los fundamentos objetivos necesarios para inferir como válido la limitación de los derechos de los ciudadanos, traerá como consecuencias fallos judiciales a favor de los límites

⁷⁴ IVARROLA, Natalia. *Ibíd.*, pág. 4

constitucionales; es decir de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos.

Es por eso que, con acierto el Dr. Eugenio Zaffaroni, llama a los comportamientos irreflexivos, e injustificados de los miembros de la fuerza pública, como *“criminalización secundaria”*, pues como nos lo indica el Dr. Eugenio Zaffaroni, *“Las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y su crecimiento sin control desemboca en una utopía negativa. Por ende, se considera natural que el sistema penal lleve a cabo la selección criminalizante secundaria, sólo como realización de una parte ínfima del programa primario”*⁷⁵.

Así, *“la utopía negativa”*, se produce toda vez que los agentes de policía hacen mal uso de las herramientas legales para la persecución y prevención del delito, generando su comportamiento en abiertas arbitrariedades, en donde la sospecha, el delito de aspecto y un sinnúmero de indicios, señales actitudes y comportamientos, todos ellos vistos desde el plano subjetivo de los miembros de la fuerza pública, genera la puesta en marcha de los procedimientos policiales como la requisita, o identificación y búsqueda de antecedentes del sujeto en la base de datos; limitando los derechos de los ciudadanos e irrespetando abiertamente los límites constitucionales.

5.1 LA SOSPECHA

Los procedimientos policiales, se basan en sospechas; estas sospechas son las que permiten que “el olfato del policía” se active con el objetivo de comenzar a investigar un determinado sector, un determinado sujeto, o se interesa por un determinado comportamiento pues al parecerle este “sospechoso” y no ajustado al común denominador de las cosas, puede ser que en este sitio, sujeto, o

⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl /Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Segunda Edición, Buenos Aires, 2002, pp. 7 y 8.

comportamiento se esté llevando a cabo, se halla llevado o se lleve a cabo la posible comisión de un delito.

En base a esas labores investigativas, que muchas veces son de carácter individual y parten de las vivencias personales del agente de policía, de sus forma de pensar, y de su entrenamiento en la institución, se forman hechos, y se articula todo un proceso de investigación que puede terminar bien con la obtención de elementos materiales probatorios, información legalmente obtenida y evidencia física, que permita la captura del sujeto, posterior legalización de la misma, imputación, aplicación de medida de seguridad, acusación ante un juez de conocimiento y todas las demás etapas subsiguientes del proceso penal hasta llegar a demostrar la culpabilidad del sujeto.

O bien puede suceder, que en vez de encontrar al responsable de un delito, se encuentre a un ciudadano, que al ser investigado, interceptado telefónicamente, seguido y señalado se termine con una sentencia absolutoria bien sea por duda razonable, por falta de elementos materiales probatorios, por un error judicial o porque efectivamente el sujeto no cometió ningún hecho ilícito.

En Colombia, no es difícil encontrar casos de persecución judicial, y policial en donde las instituciones jurídico criminales son utilizadas con fines políticos con el objetivo de desacreditar, cuestionar, castigar y deslegitimar a los actores políticos y civiles que hacen parte de un determinado movimiento político y social, un ejemplo muy cercano son las famosas “chuzadas del DAS”⁷⁶, proceso que hasta el sol de hoy no ha culminado con la verdad para el país, y todavía se siguen conociendo insólitas actuaciones policiales en contra de diferentes actores políticos, periodistas y sindicalistas.

⁷⁶ ELPAÍS.COM. “Chuzadas” una historia con final incierto [en línea]. <<http://historico.elpais.com.co/paisonline/notas/Marzo012009/nal4.html>> [citado 5 de noviembre de 2013].

Lo anterior, es importante sacarlo al plano en el presente trabajo para aclarar, que si bien la sospecha puede ser un elemento a favor que permite esclarecer los hechos de un delito acaecido o permite evitar la consumación de otros, en muchos casos termina con una limitación excesiva de los derechos de los ciudadanos de manera injustificada, y en millones de ocasiones nunca llegan a saberse; es decir, el ciudadano no se enteró que fue objeto de una investigación y que su intimidad, y su órbita privada fueron totalmente conculcadas.

Así mismo suceden con las requisas policiales, pues las interceptaciones de llamadas o “interceptaciones de comunicaciones telefónicas y similares”, solo necesitan de orden escrita emitida ante la autoridad encargada para que estas sean ejecutadas y solo habrá intermediación por parte del juez de control de garantías cuando estas deseen ser prorrogadas. Con las requisas, estas son ejecutadas por la fuerza pública, en el caso Colombiano por la Policía Nacional, en donde el control de dicho procedimiento se hará de manera posterior, ante Juez de Control de Garantías en la etapa procesal denominada “legalización de captura”, es decir que la intervención de un Juez Constitucional que vele por evitar una excesiva limitación de los derechos fundamentales del ciudadano es de manera posterior.

Así, los abusos policiales que sufra el ciudadano, muchas veces quedan en el silencio pues se siente desprotegido para denunciar este tipo de atropellos ante la autoridad competente.

Como no hay control anterior al procedimiento, las bases fundamentales por medio de las cuales actúan los agentes de policía es “La sospecha”.

La Antropóloga Lucía Eilbaum destaca:

“Las leyes – siguiendo la pirámide jurídica, desde los pactos internacionales de derechos humanos y la constitución nacional, hasta la leyes penales – consagran un conjunto de garantías a todo ciudadano

frente al poder del estado, tanto si es juzgado por el poder judicial, como si es detenido por la policía. En ellas, se expresan los principios de igualdad, inocencia, de legalidad, de intimidad, de libertad ambulatoria, entre otros. **Esta pirámide normativa de reglas universales y democráticas en la cima, sin embargo, se apoya sobre normas de menor jerarquía que regulan muchos de los procedimientos policiales: normas en general secretas y discrecionales, de aplicación cotidiana y particularizada**⁷⁷. (Subrayas y Negrillas propias)

Es de gran importancia el análisis del párrafo anteriormente citado, pues nos dice algo supremamente alarmante, que en palabras más, palabras menos sería, que a pesar de haber un bloque de constitucionalidad, de existir esfuerzos de parte de la comunidad internacional por la protección y salvaguarda de los derechos constitucionales, su adopción y respeto solo se quede en las leyes y códigos, en este caso el Código Penal y el Código de Procedimiento penal; pues aunque estos los reconocen, la forma en que estos códigos o estas normas se ponen en movimiento son a través de las actuaciones de los policías, es decir las capturas, requisas, investigaciones y puesta en conocimiento de las autoridades judiciales competentes.

Entonces, la forma como las capturas, investigaciones y requisas se desarrollan son en muchos casos contrarias a los tratados Internacionales, pues la regulación de estos procedimientos dentro de las instituciones policiales son en su gran inmensidad, como lo acota la autora normas de carácter secreto, y discrecionales, de aplicación cotidiana como las requisas y particularizada es decir subjetivas.

La requisita, es un procedimiento consuetudinario, es decir un procedimiento repetitivo que por costumbre se ejecuta en ciertas situaciones, ante cierto de tipo de personas, en ciertos eventos y en ciertos lugares; se base en la rutina policial y

⁷⁷ EILBAUM, Lucía. La sospecha como fundamento de los procedimientos policiales. En: Cuadernos de Antropología Social [en línea]. No. 20 (2004). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180913912006>> [citado en 5 de noviembre de 2013]

tiene el objetivo primordial de prevenir el delito y preservar el orden social, así la requisita es un procedimiento fraguado es decir, un procedimiento que:

“(...) se montan sobre una serie de rutinas policiales, de larga tradición institucional, vinculadas a una estructura autoritaria y extendida de convivir el poder de policía y el ejercicio de la violencia”⁷⁸

La rutina y la larga tradición son elementos indispensables que permiten que dichos procedimientos policiales se legitimen en el tiempo, y se dé por sentado que su necesidad es indispensable para la sociedad. Así, los cuestionamientos que se hagan sobre este tipo de procedimientos resultan ilógicos, o son rechazados con fuerte vehemencia por parte de la sociedad en general, por considerar que los interrogantes que salen a la luz, son preguntas que entorpecen el actuar policial, atan de manos a la policía y generarían el aumento del crimen y la delincuencia común.

Así, al estar legitimados no necesitan de regulación fuerte como se ve en nuestro país, una escasa regulación casi como un simple nombramiento legislativo se hace en el artículo 248 de nuestra normativa procesal penal, pues es suficiente su impresión en tinta para que su aplicación se siga realizando. Por eso, los fundamentos objetivos por medio de los cuales se desarrollan las requisitas, quedan en un segundo plano, ya que lo realmente importante es el resultado que de estas se desprendan.

Por consiguiente, la sospecha pasa a ser una *“categoría fundante con las que opera esta forma de ejercicio del poder de policía.*

⁷⁸ TISCORNIA, Sofía. La ciudad de la furia. Seguridad ciudadana y derechos humanos. En: Revista Encrucijada, UBA, N° 5, 1997, Buenos Aires. Citado por EILBAUM, Lucía. *Ibíd.*

(...)

Es a través de ese proceso que resulta la conformación de una versión policial / oficial de los hechos, que se cristaliza en una verdad jurídica”⁷⁹

Es decir, que la sospecha es el catalizador del proceso policial, que genera la requisita, la cual si es positiva pone a disposición del agente unos elementos materiales, y una evidencia física que genera un positivo policial, con la seguridad que a la puesta en disposición tanto del sujeto, como de los objetos, o porque no decir la puesta a disposición de los objetos incluyendo en esta categoría al ciudadano, ante la autoridad competente y su consecuente informe policial; dará como resultado una sentencia condenatoria, o la determinación de responsabilidad del ciudadano.

Es por eso, que la contradicción entre el dicho del sujeto y el dicho del agente es insuficiente, ahondándose mas así el campo de la arbitrariedad, ya que no solo la sospecha por sí sola genera arbitrariedad al no existir un motivo fundado, al no existir el juez natural en la acción y al no darse la proporcionalidad entre el procedimiento y los derechos conculcados, sino que a su vez, el resultado que de dicho proceso se obtenga, genera un informe; un documento público que con su sola promulgación goza de legalidad, reforzando el dicho del policía y “hundiendo” mas el ciudadano, que ya no es considerado como tal, sino como un objeto es decir un porcentaje más en el índice de efectividad policial, y un estadística favorable para el Fiscal de turno, ya que:

“En el caso de los procedimiento fraguados aparecen de forma clara y contrastante dos puntos de vista sobre los hechos: la versión de los funcionarios policiales y la versión del imputado / víctima, a las que se incorporarán los relatos de los testigos. Según la versión que se enfoque, los hechos abonan – arman – una hipótesis opuesta a la dirección de culpabilidad – o no – del imputado.

⁷⁹ EILBAUM, Lucía. *Ibíd.*, pág. 84.

Desde el punto de vista del relato policial, la secuencia de hechos parte del cumplimiento de una rutina policial que es interrumpida por algún signo de sospecha (no necesariamente un hecho). En general, son policías que, cumpliendo funciones de prevención y vigilancia en el radio de su jurisdicción, observan una persona “sospechosa” o cuya conducta les resulta “extraña”. En función de ello, se acercan a la persona sospechada, proceden a identificarla, inspeccionan sus pertenencias o el automóvil en el que se encuentra. El procedimiento resulta en el hallazgo de droga, armas, elementos que forman parte de un plan delictivo (medias de mujer, planos de un banco, patentes con pedido de captura). Son las pruebas para dar inicio al proceso: se esposan a la persona, se llama a testigos que declaran sobre el procedimiento, se toman sus datos y se leen sus derechos. Luego, se da intervención al juzgado de turno (juzgado criminal, correccional o federal, según el delito imputado) y la persona queda detenida a disposición de ese juzgado.

Es recién en el momento de tomar la declaración indagatoria del imputado en el juzgado que sale a la luz la otra versión de los hechos. Esta comienza con el contacto del futuro implicado por una “carnada” que le ofrece un trabajo o algún tipo de beneficio, para lo cual lo lleva en un auto a un bar u otro lugar donde se concretará la oferta. A pocos minutos, a través de alguna excusa – por ejemplo, hacer una llamada telefónica –, deja a la persona al cuidado de un bolso o dentro del auto. La excusa sirve para dar aviso telefónico a la policía y, luego, alejarse del lugar; de ahí que en los expedientes judiciales y en las notas periodísticas aparezcan como “prófugos”. Una vez montada la escena, es el momento del operativo.

Ahí la historia vuelve a entroncarse con el relato policial de los hechos. Los funcionarios policiales llegan al lugar donde está la persona, la revisan y encuentran las pruebas incriminatorias. El objetivo está predeterminado, la víctima ya fue elegida y el delito tipificado; el hecho, por su parte, nunca existió”⁸⁰

Cabe destacar antes de analizar el texto, la franqueza y naturalidad como se relatan los hechos, y la palpable realidad que en ellos se encuentran. Así, efectivamente el sujeto y la policía se enfrentan en dos dichos, la diferencia está en la fuerza en que ambos tienen para demostrar su “realidad”. Evidentemente, pensamos que la absoluta realidad no existe, y para ellos recordamos una famosa frase del Dr. Ramiro Pinzón Asela en clase de Criminología, en donde nos indicaba que: “en la vida del abogado penalista solo hay dos realidades, una es la

⁸⁰ EILBAUM, Lucía. *Ibíd.*

realidad procesal, y otra es la realidad de los hechos, por eso una se contradice de la otra, y la labor del jurista es armonizarlas”

Así, la versión de los hechos contrastará siempre con la versión procesal. La versión de los hechos queda a cargo del procesado, futuro imputado que no podrá sino hasta el juicio oral intentar dilucidar su versión de los hechos, ya que *“todo lo que diga en el momento de su captura podrá ser usado en su contra”*, sin embargo se podrán hacer manifestaciones por parte de su apoderado al momento en que su captura sea legalizada por autoridad competente; siempre y cuando pueda *“demostrar”* que el procedimiento fue abiertamente arbitrario, algo supremamente complicado, pues sobre el capturado pesa una nube de culpabilidad debido a la versión procesal.

En la versión procesal, están en la balanza de la justicia, los elementos que hayan sido incautados, su respectiva cadena de custodia, la firma por parte del capturado o de un miembro de la policía y un testigo cuando el indiciado se niegue firmar el acta de lectura de sus derechos y el acta de buen trato, los informes de policía en donde relata cómo sucedieron los hechos, los “móviles” que dieron origen a la requisita, pero sobre todo los resultados que de esta se desprendieron, así como la solicitud de la fiscalía de legalizar la captura, en base a los artículos del Código Penal, y del Código de Procedimiento Penal, los testigos que pueda haber recopilado la Policía, TODO ELLO, versus la versión del ciudadano.

¿Cómo se recopilan sus testigos?, esa es la pregunta más difícil que el ciudadano puede hacerse, para demostrar que su captura fue altamente arbitraria, o que la requisita no se ajustó a los límites que indica la Constitución Política de Colombia, esto es el respeto a los derechos fundamentales, es por este motivo que el dicho de la parte que acusa en este caso la fiscalía toma una validez tal que el capturado solo puede limitarse a manifestar su inconformidad, pero muy difícil a demostrar una posible arbitrariedad.

La sospecha, entonces se erige como un fundamento válido, objetivo y justificable, de común aceptación por parte de la sociedad y del ciudadano, es como si en el famoso contrato social de Rousseau, o el pacto social de Hobbes, se incluyera una cláusula u otro sí, en donde se permitiera, aceptara y se legitimara el uso de procedimientos particularizados y selectivos como las requisas. De esta manera, el seguimiento por parte de los procedimientos de policía a

“(...) los patrones legales y las rutinas típicas de intervención policial. Gestos nerviosos, miradas esquivas, presencias fuera de lugar, actitudes sospechosas, autos que circulan con las luces apagadas, estacionados en lugares incorrectos, personas que no se comportan o visten según el patrón esperado para determinados lugares: he aquí los indicios que constituyen el fundamento de la intervención policial, el primer paso que desencadena el andamio de un proceso penal.

En muchos casos, en una etapa posterior, esta forma de operar y de construir la prueba es legitimada por un saber judicial que, sea por inercia burocrática, por pertenecer a la misma malla de relaciones que los funcionarios policiales, o porque – una vez encaminado – el “proceso” debe llegar a su fin, no cuestiona los fundamentos de ese tipo de intervención.

Ello aparece claramente en las audiencias de juicios orales cuando los policías son interrogados por el tribunal. Aún cuando la sentencia finalmente absuelva al imputado y reconozca la falsedad del procedimiento, los jueces no cuestionan el origen de la intervención policial, esto es, no se requiere explicitación y explicación de los motivos por los cuales se interrogó al imputado, se revisaron sus pertenencias, se produjo un enfrentamiento y se le detuvo. En este sentido, avalando la intervención por sospecha se constituye a ese saber práctico policial como una autoridad legítima para establecer las reglas en el espacio público⁸¹

Así las cosas, se está ante una falta de interés y cuestionamiento por las mismas autoridades judiciales sobre los fundamentos objetivos que tuvieron los agentes al momento de actuar; es decir, que la inferencia *razonable de autoría, los indicios suficientes, las circunstancias relevantes que permiten demostrar la culpabilidad del imputado*, terminan convirtiéndose en exigencias únicamente para la fiscalía, ya que la policía basándose en la sospecha, pareciera tener vía libre para esculcar, investigar, extralimitarse y limitar los derechos de los ciudadanos, pues

⁸¹ EILBAUM, Lucía. *Ibíd.*, págs. 86 - 87

ya no importan los medios sino lo que importa son los resultados, esto crea una sociedad en donde los delitos son de peligro, un Estado peligrosista que avala dichos comportamientos, y una sociedad adormecida que no exige el respeto por a los límites que la misma Constitución dicta.

Así, “la sospecha policial, o la categoría de “olfato policial”, han sido históricamente cuestionadas desde posiciones garantistas por fundar un derecho penal de autor – y no de acto –, avalar la vigencia de un estado de peligrosidad sin que exista delito, estar contra los principios fundamentales de un estado de derecho y habilitar numerosos casos de violencia policial.

Sin embargo, (...), muchas normas vigentes contemplan tipos legales que habilitan una intervención policial originada a partir de indicios: presumir razonablemente, indicios vehementes, circunstancias relevantes. En la rutina policial esos indicios se expresan bajo la retórica de la sospecha, que se construye sobre actitudes corporales, formas de vestir, miradas, aspecto personal.

Así las cosas, es claro que la categoría sospecha usada para justificar la intervención judicial no es exclusiva de los procedimientos fraguados. Antes bien, es común a toda actuación policial que no requiera de una orden judicial que la autorice. Ello resulta claro en el caso de las detenciones por averiguación de identidad. En estos procedimientos la policía utiliza una serie de fórmulas retóricas para avalar la detención, que a su vez son habilitadas por el tipo legal –“si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo” – y sistemáticamente admitidas por los juzgados en la rutina burocrática de recibir el parte policial, exigido por la ley, para dar “noticia al juez con competencia en lo correccional en turno”⁸².

⁸² EILBAUM, Lucía. *Ibíd.*, pág. 87

De lo anterior, resulta acertado concluir, que *“la sospecha”* actúa no como la justificación necesaria en el agente para la práctica de la requisa, sino más bien como una justificación de manera posterior que va a ser plasmada en el informe y dicha ante el juez de conocimiento o de garantías para ahí si justificar el porqué de la limitación de los derechos del ciudadano sin existir causa aparente.

Esto, es lo que permite que el juez no investigue sobre el origen de la intervención pues la respuesta la encuentra en la *“sospecha”*, y acto seguido se permite la legitimización del procedimiento judicial, sin mayor cuestionamiento por parte del juez, facilitando así la labor acusatoria del fiscal, y la facilidad para determinar el grado de responsabilidad del sujeto dentro del proceso penal.

6. MOTIVOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LA REALIZACIÓN DE LAS REQUISAS POLICIALES SIN ORDEN ESCRITA

Es lógico suponer, que si no existen ordenes escritas al momento de la práctica de la requisita personal, es necesario que existan razones o motivos fundados que permitan explicarle al juez la necesidad que llevó al agente de policía a la práctica del procedimiento de requisita.

En diversas situaciones, es necesario de motivos fundados, inferencia razonable de autoría, o convencimiento de causa, para que los funcionarios judiciales puedan realizar actuaciones judiciales, o procesales que afecten los derechos de los ciudadanos.

Así, anteriormente se explicó que en la inspección corporal, el fiscal deberá explicar fundadamente la necesidad, pertinencia, y conducencia de la práctica de dicha diligencia teniendo en cuenta los derechos constitucionales limitados y los elementos materiales probatorios que se desean recuperar del cuerpo del imputado con el objetivo de determinar la responsabilidad de los sujetos dentro del proceso penal.

Por eso, como lo indica la ley 906 de 2004, la cual tipifica la normativa procesal penal colombiana; en ella el legislador se ha preocupado por exigirle a los funcionarios, que al momento de limitar los derechos fundamentales de los sujetos procesales, víctimas o ciudadanos, sus intervenciones sean basadas en motivos fundados que sean compatibles con la dignidad, la legalidad, el respeto por los límites constitucionales, esto es las garantías y respetos por los derechos fundamentales de los ciudadanos y un análisis de proporcionalidad entre la acción ejecutada y los derechos fundamentales conculcados.

Por ejemplo, en la formulación de imputación, descrita en el artículo 287 de la ley anteriormente mencionada, indica que *el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, **se pueda inferir razonablemente** que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.* (Subrayas y negrillas propias). En la captura descrita en el artículo 297 de la misma normativa procesal penal, establece que *“para la captura se requerirá de orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y **por motivos razonablemente fundados**”.* (Subrayas y negrillas propias). En la presentación de la acusación regulada en el artículo 336, que *“el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, **se pueda afirmar, con probabilidad de verdad,** que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.* (Subrayas y negrillas propias), y en el registro y allanamiento reglado por el artículo 220, de forma clara indica la norma *“**Sólo** podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como*

En consonancia, en el derecho procesal penal argentino, *“el legislador nacional se ha preocupado por fijar criterios o standards que el magistrado debe observar, previo a autorizar una medida de este tipo. Así, en materia de detenciones, se requiere que existan motivos para recibirle al imputado declaración indagatoria, en conexión con un delito que tenga amenazada pena de prisión y sin que parezca en principio posible una condena de ejecución condicional (conforme artículos 282 y 283). Para allanamientos y registros, a su vez, el magistrado se encuentra constreñido a que “hubiere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o (...) puede efectuarse la detención del imputado” (artículo 224). Para requisas personales, por último, se exige del Juez*

decreto fundado en que “haya motivos suficientes para presumir que (una persona) oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito” (artículo 230)”⁸³.

Es decir, que siempre que se van a afectar derechos constitucionales, o se aplican *medidas coercitivas* se exige como elemento válido para su ejecución o autorización por las autoridades judiciales y policiales, la existencia de motivos previos, elementos materiales probatorios, o motivos necesarios que permitan sopesar la necesidad de su ejecución a favor de los ciudadanos.

Así recalca Natalia Ivarrola, que *“es indispensable corroborar la presencia de elementos objetivos que justifiquen su realización. Como corolario de ello, el personal policial interviniente debe explicar con claridad y suficiencia cuales fueron los elementos fácticos de la realidad que hicieron presumir fundadamente que la persona requisada llevaba consigo objetos relacionados con un delito o que puedan servir para su comisión”⁸⁴.*

No cabe duda entonces, que la necesidad de exponer motivos fundados y suficientes que permiten darle claridad y transparencia a los procedimientos policiales tiene una triple función. La primera es evitar los excesos que al momento de ejecutar dicho procedimiento puedan presentarse en contra de los ciudadanos al ser ejecutado de manera subjetiva y caprichosa por parte del agente de policía que se basa en las sospechas, indicios u *“olfato policial”*; la segunda con el objetivo de evitar que la captura y su posterior legalización, sean rechazadas por el juez constitucional, pues como ya se ha reseñado anteriormente en Argentina han sido declarado nulos este tipo de procedimientos cuando no existen razones fundadas; y la tercera función, evitarle una imagen negativa a la institución, que

⁸³ CARRIÓ, Alejandro. Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light. En: Revista Jurídica [en línea]. Año 5, No. 1 (2005). Disponible en: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica02.pdf> [citado en 5 de noviembre de 2013]

⁸⁴ IVARROLA, Natalia. Óp. Cit., pág. 5.

deslegitime su accionar dentro de la población y disminuya la cooperación policial, acrecentado la venganza privada.

La preferencia por exigir motivos fundantes, que legitimen la ejecución de las requisas por parte de los miembros de la fuerza pública, no es una cuestión baladí. La exigencia se hace notoria, porque el legislador, ni siquiera a los jueces de la república, ni a los funcionarios administrativos que poseen un avanzado conocimiento sobre los derechos y garantías constitucionales se les permite la limitación de los derechos de los ciudadanos, a no ser que los motivos fundantes como ya se dijo anteriormente, involucren la ponderación, legalidad, y proporcionalidad dentro de un análisis riguroso que permita reforzar la solicitud junto con los elementos materiales probatorios. Así, ¿cómo permitirle a un agente de policía la limitación a veces excesiva y arbitraria de los derechos fundamentales de los ciudadanos?

Esta exigencia, entonces es necesaria pues la limitación de los derechos constitucionales no es una cuestión tenue que debe ser mirada desde una perspectiva frágil o superficial; por el contrario debe ser analizada a profundidad pues se le da una imagen supremamente negativa y represiva a la sociedad en donde los ciudadanos que se ven afectados por este tipo de procedimientos sienten que en vez de recibir protección del Estado, son tratados como un enemigo de este, por parte de los miembros de la fuerza pública.

Entonces, se hace altamente necesario que la fuerza pública se le exija por lo menos unos estándares mínimos de necesidad, razonabilidad y ponderación al momento de justificar los procedimientos que ejecuta, con el objetivo de limitar al máximo las arbitrariedades que pueda cometer contra los ciudadanos. La afectación constitucional a los derechos de los ciudadanos, son aspectos serios que deben ser analizados con responsabilidad y profundidad por parte de los miembros de la fuerza pública, con el objetivo de garantizar una convivencia y una

paz pacífica, pues no solo el criminal afectan el orden y la paz, también las arbitrariedades son mensajes altamente nocivos de parte de las instituciones contra la sociedad.

Anota Natalia Ivarrola en su texto anteriormente citado, que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en el caso “Fernández Prieto”, *“el tribunal norteamericano estableció la legitimidad de arrestos y requisas sin orden judicial, que no tuvieran por base la existencia de causa probable, sino de sospecha razonable. En función de los cual, manifestó que la definición de sospecha razonable debe ser flexible y puede surgir de información menos confiable en su calidad.”*⁸⁵ En sintonía con la Constitución, el distingo ya había sido anticipado por Carrió al señalar claramente que para proceder a la detención de una persona se requiere lo que tradicionalmente se conoce como causa probable de que ésta ha cometido un delito, mientras que para realizar una requisita basta, en casos excepcionales y con la debida aplicación de parámetros más estrictos que los señalados por la mayoría de la Corte, que el funcionario policial tenga sospecha razonable de la existencia, en poder de un individuo, de elementos vinculados a un hecho ilícito.⁸⁶ Es indudable, entonces, dada la extensa casuística, que resulta imposible establecer un parámetro inflexible para determinar cuándo hay motivo suficiente y cuando no, empero, es claro que no bastan para configurarlo meras referencias al aspecto personal del requisado⁸⁷ o su presencia en un determinado lugar,⁸⁸ pues ellas no constituyen pautas objetivas que razonablemente permitan hacer excepción a derechos consagrados constitucionalmente⁸⁹.

⁸⁵ CSJN-Fallos, 321:2947, 12/11/1998 Citado por Ivarrola, Natalia. *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

Es decir, es difícil y lo reconocemos al igual que la anterior autora, plantear unas reglas de juego claras para determinar cuándo y cómo se deben ejecutar las requisas, pero tampoco dar “*norma blanca*” como se ha hecho en el artículo 248 de nuestra norma procesal penal, para no regular con intensidad la forma y manera como se ejecutan estos procedimientos, ya que lo que está en juego como se ha dicho a lo largo del presente documento, son los Derechos Constitucionales de los ciudadanos.

Sin embargo y aunque reconocemos que la limitación a las requisas a través de orden judicial puede acortar el brazo de protección de la fuerza pública consideramos que su ejecución de esta manera sería la más correcta.

6.1 LAS ÓRDENES JUDICIALES ESCRITAS, COMO NORMA GENERAL AL MOMENTO DE PRACTICAR LAS REQUISAS

El esquema ideal cuando se afectan los derechos constitucionales de los ciudadanos son las órdenes escritas, pues son ellas las que emitidas después de un proceso de ponderación, legalidad, objetividad, análisis probatorio y motivación; las que legitiman el actuar de los agentes de policía y los funcionarios judiciales.

Ya que, “a partir de las cláusulas constitucionales más relevante, (...) es posible pensar que tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces^{90:91}”.

Si el constituyente previó este tipo de regulaciones para evitar vulneraciones, afectaciones arbitrarias y limitaciones excesivas de los derechos constitucionales, es para garantizar un orden social justo para la sociedad. Así por ejemplo, el

⁹⁰ CARRIÓ, Alejandro. Óp. cit., pág. 16

⁹¹ CARRIÓ, Alejandro. Ibíd.

artículo 15 de la constitución consagra el derecho a la intimidad determinando en el último párrafo de la norma *“la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. **Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”***. (Subrayas y negrillas propias), en el artículo 24 la carta magna establece *“**todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley**, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”*. (Subrayas y negrillas propias), respecto al derecho fundamental a la libertad, en el artículo 28 reza la norma *“**toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”***. (Subrayas y negrillas propias), y el artículo 29 el cual regula el debido proceso, establece *“**es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”***. (Subrayas y negrillas propias)

Así, el constituyente establece que siempre que haya limitación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, esta emane de orden escrita preferentemente y con motivos fundados que establece la ley. Si miramos, este comportamiento no solo deviene de la potestad de configuración del constituyente y por consiguiente no deviene de un comportamiento caprichoso y arbitrario, deviene mas bien, de un análisis riguroso y respetuoso de los derechos fundamentales, los cuales no pueden ser vulnerados so pena de los resultados que a favor encuentren los agentes de policía, ya que la misma norma esclarece que las pruebas obtenidas por violación del debido proceso de los ciudadanos; serán nulas de pleno derecho.

Por ejemplo, en el derecho penal y constitucional argentino, operan reglas similares; así lo destaca Alejandro Carrió al resaltar:

“En lo que hace a normas constitucionales, debe concederse que nuestros constituyentes fueron bastante parcios. El artículo 18 de la Carta Magna se limita a señalar, por un lado, que “nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”, existiendo cierto acuerdo doctrinario en que esa autoridad competente es en verdad la judicial⁹². Otras cláusulas razonablemente aplicables son las que consagran que es “inviolable de la defensa en juicio de la persona y los derechos”, y que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley...” (mismo artículo 18 C.N.).

En materia de allanamientos y registros de domicilios, papeles privados y correspondencia, a su vez, se sabe que la Constitución se limitó en el artículo 18 a consagrar su inviolabilidad, señalando que sería “una ley” la que determinaría en qué casos y con qué justificativos puede procederse a este tipo de medidas⁹³.

Si analizamos bien, el proceso de exigir ordenes escritas no es propio de nuestros legisladores y constituyentes, es más bien propio de la comunidad internacional que ha sido escuchada a su vez por los legisladores nacionales y en su necesidad de crear Estados Constitucionales y Democráticos de Derechos, exigen las mayores cargas argumentativas, probatorias y procesales a los funcionarios judiciales y de policía al momento de realizar procedimientos que limiten los derechos constitucionales y las garantías que la constitución brinda a los ciudadanos. De tal manera que, el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sea el eje central de las actuaciones de los funcionarios, sin importar como ya se ha reseñado anteriormente el resultado que se pueda obtener de la práctica de estos procedimientos, ya que se aplicaría la teoría anteriormente

⁹² Ibíd.

⁹³ Ibíd.

expuesta de árbol envenenado, lo cual lleva en palabras del Dr. Vicente Magro Server a *“circular con cautela y dentro del respeto de los derechos constitucionales en la obtención de pruebas, a fin de evitar que una ardua y trabajada investigación criminal policial pueda concluir en la absolución del acusado por la vulneración de determinadas reglas de actuación”*⁹⁴.

Por consiguiente, la importancia de la expedición de una orden judicial previa, radica en la seguridad que de ella se desprende no solo por la forma en que es expedida, sino también porque con ella se pueden limitar en mayor grado las arbitrariedades que puedan ser ejecutadas por los miembros de la fuerza pública.

Así lo destaca Alejandro Carrió al señalar, que es *“justamente a través de la orden judicial de detención, allanamiento, registro, etc., que se le ponen límites a nuestras fuerzas del orden, de manera que no transformen su actividad en más allá de lo estrictamente necesario para obtener el fin deseado por el procedimiento coercitivo en cuestión. Así, será en la orden judicial de que se trate que se le indicará al Policía actuante qué es aquello en concreto que está autorizado a registrar, qué lugar en particular puede invadir y qué persona determinada está facultada a detener”*⁹⁵.

De esta manera, se puede eliminar las exigencias de motivos suficientes que deben esgrimir los miembros de la fuerza pública al momento de ejecutar los procedimientos, ya que la orden en el momento de expedición será la que deberá contemplarlos.

Sin embargo, este es el deber ser, el problema es que la criminalidad aumenta, y las formas para eludir al poder coercitivo del Estado se actualizan con el tiempo; así mientras la expedición de la orden se produce, los elementos materiales

⁹⁴ MAGRO SERVER, Vicente. Óp. cit., pág. 5

⁹⁵ CARRIÓ, Alejandro. Óp. cit., pág. 19

probatorios, y la evidencia física desaparezcan, teniendo como consecuencia que una vez sea expedida la orden, esta sea innecesaria ya que las pruebas que iba a recaudar no existen, y es mas el policía al desconocer que estos elementos materiales probatorios no existen puede practicar la requisita, y al no encontrar nada, los ciudadanos inspeccionados, puede alegar la persecución indebida del Estado, haciéndose ver como víctimas.

Frente a casos como estos, es necesaria la urgencia, ya que no se puede permitir que la criminalidad se aproveche en algunas ocasiones del formalismo legal, y los trámites judiciales; allí debe ser el agente de policía quien tome la iniciativa, basándose en razones fundadas, y que a dicho procedimiento se le realice un control posterior.

6.2 LA REQUISITA COMO UN ACTO DE URGENCIA PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO

Toda norma general, tiene su excepción y así se ha visto a lo largo del proceso de codificación del derecho. No se pueden regular las relaciones de los ciudadanos de manera general pues habrán circunstancias que limiten la aplicación de la ley y se creen lagunas jurídicas que deban ser regladas por las leyes.

Así, aunque es aconsejable por regla general que los procesos de limitación de derechos constitucionales, partan de una orden escrita, sin importar si la limitación es permanente o transitoria, también es igual de lógico que la dinámica de la delincuencia avance, aprovechando los medios tecnológicos, para evitar la sanción del Estado.

Por consiguiente, en los casos de urgencia, donde sea palpable la posible comisión o al inmediato acaecimiento de un delito, es necesario que sin mediar orden judicial escrita, los agentes de la fuerza pública intervengan para que a

través de la puesta en práctica de la requisita, se pueda evitar o se capture a quien posee elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que lo vincule a un hecho ilícito.

Para ello, el agente de policía debe justificar su comportamiento en motivos fundados que le hayan permitido inferir que el sujeto es el posible autor o participe de una conducta punible, ya que aunque la requisita limita los derechos constitucionales de manera transitoria, en ella se pueden generar situaciones de arbitrariedad que afectan de manera grave los límites fijados por la constitución.

Por consiguiente, la limitación de la libertad deberá ser la excepción pues la libertad del ciudadano, es la regla general, así lo ha reconocido la Corte Constitucional, sin deslegitimar que la detención es legítima siempre y cuando se busque prevenir y sancionar la comisión de hechos ilícitos. Al respecto se ha pronunciado la Corte:

“La Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que el artículo 28 de la Carta Política, representa la cláusula general del derecho a la libertad personal. En él se reconoce de manera clara y expresa que “Toda persona es libre”.

La Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción, empero, no puede ser arbitraria. Es por ello que aparte de esta declaración inicial, la norma constitucional alude a una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental.

Así, de acuerdo con el artículo 28 superior, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) la persona detenida previamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondientes en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Estas reglas, que deben analizarse de manera sistemática, fijan entonces límites precisos tanto sobre los motivos como sobre las condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como, por oposición, las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Ha dicho la Corte:

“(…) El artículo 28 de la C.P., de un modo no taxativo, enumera conductas que atentan contra el núcleo intangible de la libertad personal y que ilustran bien acerca de sus confines constitucionales”:

En relación con los motivos la norma señala que la privación de la libertad – prisión, arresto, o detención – no podrá darse sino por motivos previamente definidos en la ley. Establece la Constitución entonces una estricta reserva legal en este campo, al tiempo que señala expresamente una prohibición para el Legislador en relación con la posibilidad de privar a una persona de la libertad por deudas.

Esta manifestación del principio de legalidad en el campo de las limitaciones a la libertad personal debe entenderse ha explicado la Corte, necesariamente ligada al concepto de representación democrática. En efecto, por tratarse de un derecho

fundamental que se basa en el respeto a la dignidad humana, es necesario dotar de plena legitimidad a esas medidas restrictivas que deben consultar el conjunto de valores y principios establecidos en la Constitución y en particular el principio de separación de las ramas del poder público.

Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal.”

El principio de legalidad se convierte así en una garantía insustituible para la libertad individual, pues ésta sólo podrá ser afectada por los motivos previamente definidos en la ley, y conforme a un procedimiento también previamente señalado en ella, tarea ésta del legislador que además se encuentra limitada y puede ser objeto de control por parte del juez constitucional, pues ha de desarrollarse con el respeto de los postulados y preceptos superiores y específicamente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, cabe precisar que la reserva judicial de la libertad a que se ha hecho referencia encontró particular refuerzo en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002 en la que se estableció que en el nuevo sistema penal por él introducido, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada solamente por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente

y solo en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación podrá realizar capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1 C.P.)⁹⁶.

En Colombia, la ley procesal penal establece en el artículo 221 de la ley 906 de 2004, los motivos fundados en que se deben basar las ordenes escritas, pero a falta de regulación de las requisas policiales que ejecutan los miembros de la fuerza pública, consideramos que este artículo les es aplicable, ya que en la misma constitución el artículo 28 anteriormente descrito indica, que toda persona es libre y que no podrá ser detenida, es decir su derecho no podrá ser afectado ni transitorio como tampoco permanentemente **“sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”**, por consiguiente los motivos fundados deben ser esgrimidos por los policías al momento que ejecuten dicho procedimiento, y deberán manifestar si el sujeto encuadra en alguno de estos presupuestos normativos, para poder ser legalizada la requisita ante el juez.

De esta manera, el artículo 221 de la ley 906 de 2004, establece:

“Artículo 221. RESPALDO PROBATORIO PARA LOS MOTIVOS FUNDADOS. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 479 de 2007. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

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

Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de corrección, embalaje y conservación de dichos elementos”.

Aunque el artículo anteriormente descrito, enumera una serie de procedimientos que pueda entorpecer la ejecución urgente de un requisita, deben ser entendidos en el contexto policial, pues la denuncia telefónica de un ciudadano testigo de un hecho, la vigilancia vía cámara que ejecutan los agente de policía en el centro o comando de operaciones, las frecuentes rondas de vigilancia que los mismos miembros de la fuerza pública ejecutan son elementos objetivos que estos tiene a su disposición para que ante una anomalía objetiva se produzca la puesta en marcha de la requisita, la solicitud de antecedentes y si son encontrados elementos materiales probatorios, la puesta en manos del correspondiente fiscal de turno para ser legalizada la captura, formar la imputación al ciudadano y la aplicación de la medida de aseguramiento, todo esto por parte de un juez de control de garantías.

Ya, la actitud sospechosa, la timidez del sujeto, el nerviosismo del mismo, su aspecto físico, sus vestimentos o su conducta no van a ser los fundamentos subjetivos que van a poner en marcha los procedimientos, sino será la denuncia

del ciudadano, el record del video captado por el centro o comando de policía, los elementos que pueden permitir la práctica de dicho procedimiento arrojando resultados más positivos y limitando los derechos de los ciudadanos de acuerdo con los lineamientos y cánones internacionales y constitucionales.

6.3 LA CAPTURA COMO UN ACTO COMPLEJO

La captura, es la excepción a la regla de la libertad del ciudadano. Este derecho fundamental como anteriormente se citó, esta reglado por el artículo 28 de la constitución política, e indica la norma que solo puede ser limitado en virtud de orden escrita, con base en los fundamentos que indica la ley.

Sin embargo, la ley se encargó de definir qué; la excepción de la libertad no solo se originaba por orden escrita; sino también cuando conforme al parágrafo del artículo 297 del Código de Procedimiento Penal colombiano, la captura se presentará en *“flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”*.

Ya lo ha reconocido de esta manera la Corte Constitucional en sentencia anteriormente citada C - 479 de 2007 Magistrado ponente Manuel Jose Cepeda Espinosa, al realizar la siguiente advertencia:

“Cabe advertir igualmente que la protección de la libertad encomendada a la autoridad judicial no se limita al mandamiento escrito mediante el cual se puede privar a una persona de la libertad. Una lectura sistemática del artículo 28 muestra que la persona que haya sido detenida previamente –en virtud del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley-, será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

La protección judicial de la libertad tiene entonces un doble contenido, pues no solamente será necesario mandamiento escrito de autoridad judicial competente para poder detener a una persona, sino que una vez sea le haya detenido previamente en virtud de dicho mandamiento deberá ser puesta a disposición del juez competente, en el menor tiempo posible y en todo caso máximo dentro de las treinta y seis horas siguientes.

La única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por el propio Constituyente de 1991 en el artículo 32 superior donde reguló el caso de la flagrancia. En dicho artículo se estableció que el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona". (Destaca la Corte)

Así las cosas, en tiempo de normalidad institucional, salvo la excepción a que alude expresamente el artículo 32 superior para el caso de la flagrancia, nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, ni detenido sino por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En estado de conmoción interior igualmente se requerirá de mandamiento escrito salvo en flagrancia o en las circunstancias excepcionalísimas a que se ha referido la jurisprudencia.

Ha de concluirse sobre este punto que la intervención judicial se convierte entonces en importante garantía de la libertad, pues en último análisis será el juez el llamado a velar por el cumplimiento y efectividad de los mandatos constitucionales y legales en cada caso en particular. La libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones precisamente porque es al juez a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene⁹⁷.

Así pues, la requisita, siempre y cuando arroje resultados positivos, y sea basada en motivos o razones fundantes o suficientes; es entendida como una captura en flagrancia, ya que como lo indica el artículo 301 que de la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento penal Colombiano, precepto legal que regula la flagrancia:

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Ibíd.*

“ARTÍCULO 301. FLAGRANCIA. Se entiende que hay flagrancia cuando:

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.*
- 2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.*
- 3. **La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.***
- 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.
La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.*
- 5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.” (Subrayas y negrillas propias).*

En el numeral tres, para que el sujeto sea sorprendido, es necesaria la realización de un requisito, pues las reglas de la experiencia, nos enseñan que quien ha cometido un hurto o hecho ilícito, tiende a ocultar los elementos que los puedan incriminar y no los anda exhibiendo para demostrar su culpabilidad.

Así las cosas, una vez realizada la requisa, y encontrado los elementos materiales probatorios, se realizará la captura, lectura de derechos al ciudadano y puesta a disposición en manos de la autoridad competente.

La captura es un acto complejo, porque en el concurren las voluntades de varios funcionarios, y porque está conformada por actos previos y posteriores. En ella, concurren las voluntades de los miembros de la fuerza pública al momento de la requisa, de la policía judicial al momento en que el capturado es puesto a disposición de la SJIN, y del fiscal una vez le sean leídos sus derechos y este conozca los elementos materiales probatorios con los cuales va a construir la teoría del caso para solicitar su legalización, formular la respectiva imputación y pedir la imposición de la pertinente medida de aseguramiento.

A su vez, está formado por unos actos previos y otros posteriores, los cuales deben estar inmersos todos en un plano, de legalidad y proporcionalidad a fin de que los elementos materiales probatorios allí recaudados no sean excluidos del proceso penal, afectando el trabajo de los agentes de policía e interfiriendo en la determinación de responsabilidad que pueda tener al dictar sentencia el juez de conocimiento.

La captura, está regulada en nuestra normatividad procesal penal en el artículo 297, y establece que solo procede por orden escrita emitida por autoridad judicial competente, en este caso juez de control de garantías y por los motivos fundados del artículo 221 de la misma ley anteriormente expuestos, sin embargo como se acaba de explicar de manera excepcional, y sin orden escrita so pena de control posterior por juez de control de garantías, procederá en caso de flagrancia, incluido el procedimiento de requisa establecido en el artículo 301 numeral 3 de la normatividad penal, y en el caso de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación.

En los actos previos de la captura, concurre todo lo anteriormente explicado, pues bien puede ser por orden escrita o bien por flagrancia entre ellas el procedimiento de requisa, una vez es capturado el artículo 297 de nuestra normativa procesal penal, indica que *“la persona será puesta a disposición de un juez de control de*

garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) para que efectúa la audiencia de control de legalidad, ordenes la cancelación de la orden de captura, y disponga lo pertinente en relación al aprehendido.

Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”.

Sin embargo, cuando se produce una captura por requisa, que es considerada como flagrancia según el numeral 3 del artículo 301 de la normativa procesal penal colombiana, el artículo 302 del mismo estatuto prevé su procedimiento el cual indica *“Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.*

“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.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público”

Cabe resaltar, que una vez los motivos fundados que tiene el policía para realizar la requisa, dan sus frutos y se obtiene los elementos materiales probatorios, el sujeto junto con estos elementos, que van a ser embalados respetándosele la cadena de custodia, serán puestos a disposición de la Fiscalía, donde junto con la acta de derechos del captura y de buen trato firmada por este, o por un testigo cuando este se niegue a hacer alegando que no fueron leídos sus derechos o que fue maltratado por los miembros de policía, esto con el objeto que el fiscal sustente en base a los elementos recibidos, las subsiguientes solicitudes que deberá presentar ante el juez de control de garantías; es decir después de la requisa y captura del sujeto vendrá un acto posterior de control judicial.

La norma frente a este acto, resalta que si es ilegal la captura, el juez dejará en libertad al aprehendido (en el caso de flagrancia, debido a la requisa o cualquier otra causal del artículo 301), tal cual se desprende del tenor literal del artículo anteriormente citado.

Este control posterior a la requisa y subsiguiente captura lo hemos denominado como el acto posterior a la captura haciéndose una convergencia de voluntades, entre el fiscal, los funcionarios de policía judicial y el juez de control de garantías, en donde el primero solicita la legalidad de la actuación desplegada por los segundos ante un tercero neutral que es el juez de control de garantías, quien sopesando los elementos materiales probatorios entregados por la fiscalía, la

evidencia física, y los informes de policía sopesará si el argumento de los intervinientes entre ellos la defensa y las manifestaciones que a este hace el procesado, es procedente la aplicación o no de esta medida.

Así, la legalidad posterior se erige como una forma de controlar las limitaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, no siempre se ejecuta este procedimiento pues cuando el requisado no tiene elementos materiales probatorios y no es capturado no le puede exigir a este juez (control de garantías), que pondere si del comportamiento de los agentes se desprendió una arbitrariedad.

Lo procedente es iniciar el proceso penal respectivo, y la investigación disciplinaria al interior de la policía o solicitar poder preferente investigativo ante la procuraduría, si se dan las causales que para el exige el Código único Disciplinario.

6.4 CONTROL JUDICIAL POSTERIOR O LEGALIZACIÓN DE CAPTURA

La legalización de captura, en el caso de la requisita policial permite que todos los actos de limitación de derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo menos sean analizados y convalidados por un juez constitucional. Así, la necesidad de que un juez de manera posterior verifique que los derechos constitucionales de los ciudadanos fueron limitados de manera arbitraria o proporcional; no es una cuestión baladí que debe ser examinada de manera superficial.

Este procedimiento se ejecuta cuando de los actos de urgencia, los miembros de la fuerza pública consideran necesario, basándose en motivos fundados, limitar el movimiento y la libertad de locomoción de un ciudadano de manera transitoria, con el objetivo de encontrar en el sujeto o como también se dejó claro en los accesorios que el lleve; elementos materiales probatorios, evidencia física e

información legalmente obtenida con el fin de determinar si ha cometido, comete o puede cometer una conducta punible tipificada en las leyes preexistentes.

Cuando la persona entonces ha sido aprehendida, su aprehensión se tipifica en flagrancia como ya se ha dicho en la causal 3 del artículo 301 de nuestra normativa procesal penal; así las cosas, es necesario que un juez constitucional sopesa el comportamiento de los agentes de policía, junto con los derechos limitados, sin tener en cuenta el resultado; sino los fundamentos que dieron origen a la ejecución del procedimiento de requisa; todo con el objetivo de identificar si existen razones suficientes o motivos fundados que permitan inferir en el juez constitucional que la actuación de los miembros de la fuerza pública no deviene de un acto arbitrario o caprichoso.

La especialista Dr. Natalia Ivarrola en su artículo anteriormente mencionado, nos indica que:

“Como en todos los actos de prevención en los que inevitablemente se hallan en juego de garantías constitucionales, resulta indispensable llevar a cabo un estricto control de legalidad en salvaguarda de su debido respeto. De esta manera, corresponde al juez analizar si en el momento previo de la requisa se encontraban presentes las dos exigencias mencionadas –motivos suficientes y urgencia- y, además, evaluar el modo en que aquélla se llevó a cabo. Es decir, que debe efectuar un control jurisdiccional (ex ante) de la actividad desplegada por los agentes del orden a efectos de determinar su legalidad y legitimidad. Así lo ha señalado la CNCP, - CÁMARA NACIONAL (FEDERAL) DE CASACIÓN PENAL – Sala II: “la presunción debe existir en el momento mismo en que se lo intercepta en la vía pública pues es allí cuando la policía debe tener ya razones suficientes para suponer que una persona está en posesión de elementos que demuestran la comisión de un delito”. Sin embargo, la CNCP, Sala I, destacó que “el resultado de la requisa no puede dejar de evaluarse como dato coadyuvante ex post, a favor de la verosimilitud o suficiencia de motivos”. Es indispensable preservar el derecho constitucional a la intimidad; por eso, el resultado positivo de la requisa ilegítimamente practicada no siempre convalida la decisión de los preventores; resulta ritualista la nulidad, por no existir acción externa que constituya motivo

*de sospecha, si el imputado, al ser aprehendido por personal policial se desplaza rápidamente a pie, esquivando las miradas*⁹⁸.

Es claro, que el control posterior surge también como una función legitimadora del accionar de la fuerza pública, de la política criminal y de la prevención del delito, pero a su vez, surge como la tutela obligatoria a favor de los ciudadanos. No hace parte esta tutela de un derecho penal de enemigo, pues si el procedimiento es ilegal debe ser declarado nulo. Es entonces, un función neutral en donde se beneficia tanto al Estado, a la sociedad y al ciudadano, mostrando que la persecución del delito no es un mero capricho del Estado, no es una mera arbitrariedad; sino que por el contrario es un deber constitucional que debe desempeñar el Estado, y que los miembros de la fuerza pública deben estar acordes a ello.

Por eso, si no existen lineamientos legales que permitan regular los procedimientos de requisas policiales, seguirán presentándose arbitrariedades, ya que no hay un sustento legal para el juez de control de garantías que le permita decretar la ilegalidad del procedimiento a menos que este sea totalmente arbitrario.

La Corte Constitucional, en sentencia C - 425 del 2008, Magistrado ponente el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; ha determinado que la legalización de captura:

“Tiene como único objetivo ejercer el control de legalidad y constitucionalidad de la privación de la libertad que: i) ha sido ordenada previamente por un juez –cuando la autoridad competente ejecuta una orden de captura- (artículo 28 de la Carta) o, ii) fue excepcionalísimamente efectuada por un fiscal (artículo 250 de la Constitución) o, iii) obedeció a la situación de flagrancia en la que se encontró al capturado (artículo 32 superior). En las tres situaciones, entonces, se busca formalizar la restricción válida de este derecho fundamental. Sin embargo, eso no significa que la autoridad responsable de legalizar la captura pueda tomarse todo el

⁹⁸ IVARROLA, Natalia. Óp. Cit., pág. 10

tiempo que considere pertinente para el efecto, pues el artículo 28 de la Constitución, es claro en señalar que “la persona retenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”, en tanto que al juez, principalmente, corresponde la salvaguarda de los derechos del detenido, con mayor razón si se trata de la restricción de la libertad que es uno de los bienes más preciados del ser humano. Nótese que la formalización de la captura debe adelantarse en un término perentorio porque de esa manera se logra armonizar, de un lado, el derecho de la sociedad a investigar un hecho delictivo y asegurar que el presunto autor o copartícipe no interfiera en la investigación y cumpla con la pena y, de otro, el derecho del capturado al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y, en especial, del derecho a la libertad.

Sobre el carácter perentorio y máximo del término señalado en la Constitución para legalizar la captura, esto es, para poner a disposición del juez de control de garantías al capturado, en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha dicho que es una regla de control al abuso de poder que legitima el monopolio de la fuerza y se impone al Estado en el bloque de constitucionalidad, en tanto que “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, y el Pacto de San José, disponen que es obligación de los Estados llevar sin demora a la persona aprehendida o detenida ante una autoridad judicial. En el Pacto Internacional la norma (art. 9) se refiere a las personas detenidas por infracciones penales, lo cual ha de interpretarse en armonía con el Pacto de San José que claramente se refiere a cualquier forma de detención (art. 7)”

De otra parte se tiene que, por la importancia de esta diligencia para la protección de los derechos del detenido, la jurisprudencia constitucional ha entendido que de la lectura sistemática de las normas que integran el bloque de constitucionalidad se deduce que poner al capturado a disposición del juez implica su presentación o entrega física, puesto que esa diligencia no sólo asegura el ejercicio de funciones judiciales, sino también la eficacia de los derechos del detenido, tanto en el proceso: la plena identificación, a la defensa y a la contradicción, como de su esfera personal, tales como los derechos a la libertad y a la integridad física del detenido. Así, la Corte dijo que “la regulación sobre la captura tiene un propósito más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona... resulta abiertamente contrario a los propósitos del artículo 28 de la Constitución disponer que se entienda que la persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial con la mera comunicación de su captura”

Por estas razones, los artículos 297 a 303 de la Ley 906 de 2004 disponen que, en la audiencia de legalización de la captura, el juez de control de garantías no sólo evaluará la situación en que se produjo la restricción de la libertad –flagrancia u orden judicial-, sino también el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para hacer efectivos los derechos del capturado, pues en esa oportunidad puede ordenarse la cancelación de la orden de captura y lo pertinente para la protección

*de sus derechos. Luego, la presencia física del indiciado en dicha diligencia es fundamental para la eficacia de sus derechos y su limitación sólo puede autorizarse en caso de renuncia del afectado –ni la ausencia ni la contumacia pueden ser aplicables porque estamos en presencia de un capturado-, por cuanto admitir lo contrario implicaría afectar gravemente el núcleo esencial del derecho a la defensa material, a la integridad física y a la libertad del indiciado*⁹⁹.

Es claro entonces, que según palabras de la Corte Constitucional, el acto de legalización de captura es de extrema urgencia e importancia, no se trata de automáticamente convalidar la captura efectuada por los miembros de la fuerza pública, ya que es un acto complejo en donde se determinaran los elementos materiales probatorios incautados, la forma en que dicha captura se presentó, los derechos del capturado, el acta de buena conducta, en fin, una serie de elementos de raciocinio que permitirán fundadamente determinar si la limitación de los derechos del ciudadano, fue o no válida conforme a la ley.

No es fácil el tema, los elementos de cada caso permiten al juez determinar si en uno u otro proceso, el procedimiento de la requisita se ha efectuado conforme al respeto por las garantías límites y derechos del capturado. Cada caso deberá ser estudiado a profundidad, y los intervinientes en el proceso deben ejercer sus roles con total responsabilidad y discreción a fin de evitar que se sienten precedentes que redunden en la limitación excesiva de los derechos de los capturados. El solo resultado como se ha dicho no es suficiente para convalidar la captura en la audiencia de legalización de captura o lo que nosotros hemos llamado control de legalidad posterior, pues como nos lo indica la teoría del árbol envenenado se puede generar una exclusión probatoria que puede terminar en el desecho de los elementos materiales probatorios recogidos, ya que la fuente que es el procedimiento de requisita ha sido envenenada por la mala praxis del mismo y por consecuente todo lo que de él se desprenda debe ser decretado nulo.

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad C – 425 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En este sentido, no cabe duda que la exclusión probatoria, se erige como una de las formas de limitar las excesivas afectaciones y arbitrariedades que contra los derechos y las garantías fundamentales de los ciudadanos, ejercen tanto los miembros de la fuerza pública como los fiscales. Es innegable que estos últimos no hacen un análisis consciente muchas veces del caso que llevan acusando como si de un tren se trata al acusado, llevando el procedimiento a su fin y buscando culpable en donde no los hay. O muchas veces no son capaces de llevar a juicio a quienes son acusados de cometer de manera caprichosa retenciones arbitrarias o procedimientos como las requisas policiales cuando son ejecutadas de manera discrecional y selectiva.

Es labor entonces del legislador, planear unas reglas claras de juego que permitan limitar, la práctica, forma y razones que llevan a los miembros de la fuerza pública a ejecutar los procedimientos de requisa, retención, captura y puesta a disposición de la autoridad competente – fiscal –, para así tener un fundamento legal estricto que enmarque de manera clara los lineamientos por lo menos básicos que no se pueden quebrantar.

7. CONCLUSIONES

Durante los últimos años, con el recrudecimiento del conflicto interno, la creación de las estructuras neoparamilitares y narcotraficantes, protegidas o licenciadas por el Estado, hemos visto una organización jurídico criminal altamente policial; en donde el excesivo uso de la fuerza, su desproporción y libertad de acción; son comportamiento cotidianos de los miembros de la fuerza pública. Los medios utilizados se convirtieron en incuestionables, ya que lo que importan son los resultados.

Este incremento en el accionar de la policía nacional y en general de los miembros de la fuerza pública, se vio claramente durante los dos períodos presidenciales de Álvaro Uribe Vélez, en donde se otorgó un amplio campo de acción a la policía nacional, con su política de “Seguridad Democrática”.

Dicho, comportamiento fue justificado gracias a los resultados obtenidos por los golpes dados a la delincuencia común. En consecuencia, se aumentó el número de sus integrantes, y su gasto se ha hecho totalmente exacerbado, a tal punto que uno de los mayores presupuestos se destina anualmente al sostenimiento de dicha institución.

Sus efectos son palpables, un Estado altamente policivo, militarizado, y represivo en donde los atropellos a la ciudadanía es habitual ,verbigracia, el “escándalo de los falsos positivos” en donde las ejecuciones extrajudiciales a los ciudadanos, fueron realizadas con el objeto que estos después fueran contados como estadísticas de bajas de grupos guerrilleros, de igual forma encontramos el “escándalo de las chuzadas”, en donde la policía judicial, y el antiguo departamento del D.A.S., expiaba de manera regular y arbitraria a todos los

líderes de oposición del país, aparentemente por capricho propio y “sin orden de un superior”.

Así, las requisas se han incrementado como un acto de control social, en donde la función de prevención se transforma por la de reacción, y ante cualquier comportamiento sospechoso, se procede a la práctica de este tipo de procedimientos policivos de manera injustificada, selectiva y arbitraria.

Por lo que, la requisas se presta como justificante para la intimidación, y posterior práctica de demás procedimientos policiales de corte arbitrario e irregular por ejemplo lo sucedido en la sede de la U.P. el lunes 20 de enero de 2014, cuando después de una requisas al celador, este fue detenido de manera arbitraria, desplazada a una estación de policía y golpeado reiterada e injustificadamente por ser comunista, de manera posterior y ante la evidencia de las lesiones tanto el fiscal, como la defensa, solicitaron la no imposición de ninguna medida de aseguramiento¹⁰⁰.

En igual sentido, un invidente en Barrancabermeja fue golpeado, amenazado y tocado en sus partes íntimas, todo porque el momento de la práctica de la requisas, esta fue de manera arbitraria y desproporcionada, originando que el ciudadano al defenderse, fuera injuriado y sufriera improperios en su nombre y su condición física¹⁰¹.

¹⁰⁰ EL ESPECTADOR. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/union-patriotica-denuncia-agresion-policial-su-sede-de-articulo-470135>

¹⁰¹ VANGUARDIA LIBERAL. Disponible en: <http://www.vanguardia.com/santander/barrancabermeja/242377-invidente-denuncio-maltrato-por-agentes-de-la-policia-nacional>

No obstante, e irónicamente de los dos casos anteriores, se debe reconocer que tuvieron muy buena suerte pues en Medellín, después de capturar a un sujeto sin motivo aparente, este fue brutalmente golpeado en una estación de policía hasta ser ocasionada su muerte¹⁰².

Y como no olvidarnos del caso de 2007, cuando un ciudadano fue golpeado por 6 miembros de la policía, y el video transmitido por Noticias Uno, ya que un ciudadano de manera anónima, escondido y arriesgando su vida, decidió filmar estas agresiones¹⁰³. Aunque estos policías fueron suspendidos, ¿qué podemos esperar de aquellos que son golpeados, ultrajados, amenazados y hasta desaparecidos y nadie ha sido testigo de lo sucedido?

No queda pues, sino mostrar como la función de prevención del delito, es más que prevención una reacción, los agentes de policía utilizan los procedimientos policiales en muchos casos, como una forma de ejercer su poder, y controlar de manera arbitraria a la población, perseguir y hostigar al ciudadano. Todo, por el efficientismo, la necesidad de dar resultados mas no de respetar los procedimientos, son cubiertos por un manto de legalidad aparente, y sin pruebas es difícil que el defensor y el mismo capturado invoquen circunstancias adversas a las presentadas por los agentes de policía en el proceso penal.

De ahí que, se presenta la alteración de la escena del delito, tal como sucedió en la muerte del grafitero en Bogotá, en donde de manera abrupta e ilegal la escena del delito fue totalmente modificada, entorpeciendo la labor de investigación para esclarecer los motivos reales del asesinato del joven Diego Becerra, considerado hoy como un falso positivo de la policía nacional¹⁰⁴.

¹⁰² VANGUARDIA LIBERAL. Disponible en: <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/239870-capturan-a-dos-uniformados-por-golpiza-mortal-en-estacion-de-policia-en-m>

¹⁰³ EL TIEMPO. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4200623>

¹⁰⁴ CARACOL. <http://www.caracol.com.co/noticias/bogota/muerte-de-joven-grafitero-falso-positivo/20110825/nota/1537001.aspx>

De ahí que, este tipo de comportamientos apartan al ciudadano común de una real identificación con las autoridades de la república en especial la policía nacional lo que en últimas lleva a la imposibilidad material de la ejecución de los fines del Estado social de derecho.

De lo anterior podemos concluir de manera puntual:

- a) Colombia es un Estado social y democrático de derecho, donde las actuaciones de los miembros de la fuerza pública y los funcionarios, están fundadas en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.
- b) Para las funciones de persecución y prevención del delito, el Estado Colombiano cuenta con la fuerza pública compuesta entre ellos por la policía nacional, entre otros.
- c) La Constitución indica que la limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, principalmente y por regla general se hará por orden escrita basada en los motivos fundados que establezca la ley, sin embargo existen algunas excepciones.
- d) Una forma de limitar los derechos de los ciudadanos, es a través de las intervenciones corporales, entre ellas se encuentra la requisa que es practicada por la fuerza pública y se limita de manera transitoria los derechos a la libertad, libre locomoción, integridad física e intimidad.
- e) Una de las excepciones es la libertad que por regla general no puede ser limitada, sin embargo la misma ley y el mismo constituyente prevén situaciones en las que este derecho debe ser limitado por el bienestar y la paz de la sociedad, con el objetivo de conseguir un orden interno justo para los gobernados.
- f) La requisa, está enmarcada como una función de prevención del delito, que puede ser llevada a cabo por la policía nacional, sin embargo la ley procesal penal no establece los motivos fundados en que dichos procedimientos deben

ejecutarse, como tampoco los lineamientos básicos que debe respetar convirtiéndose, en un acto eminentemente discrecional.

- g) Preferentemente la requisita al ser una limitación de derechos debería ser ejecutada solo por orden escrita, pero en actos de urgencia deberá basarse el funcionario para su práctica en motivos objetivamente fundados y no en aspectos subjetivos como la sospecha, el delito de aspecto, el etiquetamiento de ciertos grupos sociales o lo que comúnmente llaman, el olfato policial, pues pueden generar arbitrariedades, capricho, y subjetividad. Todo esto afectando los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos.
- h) Una forma de limitación se encuentra en la figura de la flagrancia, que puede ser ejecutada como ya se vio a través de la requisita, cuando al encontrarse elementos materiales probatorios o evidencia física que vinculen al ciudadano a la comisión de un delito, este será entregado a orden del fiscal junto con la evidencia, acta de derechos y de buen trato.
- i) Posterior a la requisita se produce un acto complejo de captura, en donde concurren las voluntades de varios sujetos y autoridades entre ellas, la policía nacional, la policía judicial, el fiscal, el defensor, los intervinientes y un tercero neutral, llamado juez de control de garantías
- j) La captura cuando se da por flagrancia la cual deviene de un procedimiento urgente de requisita, debe ser sometida a control legal posterior ante un juez de control de garantías, dicho procedimiento ha sido reglado en nuestro ordenamiento procesal penal colombiano, obteniendo la denominación de legalización de captura.
- k) Si el procedimiento de requisita, es realizado de forma ilegal teniendo en cuenta la doctrina americana de fruto del árbol envenenado, tanto el procedimiento como los elementos que de él se pudieran recolectar deberán ser decretados a la luz de la constitución y de la ley procesal penal nulo de pleno derecho.

8. RECOMENDACIONES

Como recomendación para la mejora en la ejecución de las requisas por parte de los miembros de la fuerza pública indicamos lo siguiente:

La práctica de los procedimientos, limitación de derechos constitucionales, entre ellos nuestro objeto de estudio la requisas, deben ser ejecutados principalmente por ordene escrita; sin embargo las requisas policiales como son entendidas como actos urgentes, para la prevención del delito y la limitación de los derechos constitucionales tiende a ser transitoria, se ha entendido que la expedición de una orden de este tipo no es conveniente así las cosas:

- i) Al momento de ejecutar las requisas estas deben fundarse en la proporcionalidad entre el acto ejecutado, y la forma en que este se materializa.
- ii) La requisas, es un acto de urgencia que se ejecuta, sin orden judicial escrita, pero para su ejecución deben exigirse la existencia de los motivos fundados establecidos en el artículo 221 de nuestra ley procesal penal, con el fin de evitar retención y capturas ilegales.
- iii) La forma en que se realice la requisas debe ser correcta sin humillar al ciudadano, o someterlo a tratos crueles e inhumanos, que afecten su integridad física o psíquica respetando la dignidad humana fundamento del Estado social de Derecho.
- iv) Las razones fundadas deben basarse en actos previos de investigación. videos o denuncias de los ciudadanos, mas no en aspectos subjetivos como el aspecto, comportamiento o ubicación del sujeto en un determinado lugar, ya que esto da origen a la arbitrariedad, subjetividad convirtiendo al procedimiento en capricho de los agentes
- v) Es necesario, que el legislador plantee lineamientos básicos que sean tenidos en cuenta al momento de realizar las requisas, con el objetivo de limitar los

excesos, y evitar que una ardua labor policial termine en un proceso en contra los uniformados ante las autoridades competentes y un desprestigio para la institución

De esta manera se plantean reglas claras que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de reglar este tipo de procedimientos policiales, con el fin de evitar que este sea caprichoso, arbitrario y limite de manera excesiva e injustificada los derechos de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

CARRIÓ, Alejandro. Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light. En: Revista Jurídica [en línea]. Año 5, No. 1 (2005). Disponible en: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica02.pdf> [citado en 5 de noviembre de 2013].

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 62 de 1993. (12, agosto, 1993). Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. No. 40987.

_____. Ley 906 de 2004. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. No. 45658.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. N°. 116. Bogotá, Colombia, 20 de julio de 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucional C – 789 de 2006. Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 024 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 1214 de 2001. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 492 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 822 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 1001 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 479 de 2007. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 425 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 640 de 2010. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 539 de 2011. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia de constitucionalidad C – 879 de 2011. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____. Sentencia de tutela T – 406 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia de tutela T – 584 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

_____. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co. Fecha de consulta: Octubre de 2013

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Disponible en: www.defensoria.org.co. Fecha de consulta: Agosto de 2013

_____. Estado social y democrático de derecho. [En línea]. http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/09/ind_2.pdf [citado 5 de noviembre de 2013].

Disponible en: www.historico.elpais.com.co. Fecha de consulta: Julio de 2013

EILBAUM, Lucía. La sospecha como fundamento de los procedimientos policiales. En: Cuadernos de Antropología Social [en línea]. No. 20 (2004). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180913912006>> [citado en 5 de noviembre de 2013].

ELPAÍS.COM. “Chuzadas” una historia con final incierto. [En línea]. <<http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Marzo012009/na14.html>> [citado 5 de noviembre de 2013].

IVARROLA, Natalia. La injerencia estatal en el ámbito de la intimidad personal: A propósito de las requisas policiales. En: Revista Proceso Penal [en línea]. No. Desconocido (desconocido). Disponible en: <<http://www.revistaprocesopenal.com.ar/La%20injerencia%20estatal%20en%20el%20ambito%20de%20la%20intimidad%20personal.pdf>> [citado 5 de noviembre de 2013].

MAGRO SERVER, Vicente. La actuación Policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal. [en línea]. <http://www.patrulleros.com/index.php/articulos/61/507-la-actuacion-policial-en-los-cacheos-y-registros-como-modalidad-de-las-intervenciones-corporales.html> [citado 5 de noviembre de 2013].

MIDÓN, Marcelo Sebastián; BERIZONCE, Roberto Omar; ESTIGARRIBIA DE MIDÓN, Gladis. Derecho probatorio. Ediciones Jurídicas Cuyo. pp. 366. ISBN 9875271365, 9789875271364.

MONTEALEGRE RUBIANO, Luz Mery. Los registros personales e inspecciones corporales realizados por los funciones de policía judicial frente al derecho a la intimidad y a la exclusión de la evidencia en el proceso penal. Bogotá, 2011. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Penal). Universidad Libre de Colombia. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea de la Biblioteca de la Universidad Libre de Colombia: <<http://repository.unilibre.edu.co>>

PATRULLEROS. Disponible en: www.patrulleros.com. Fecha de consulta: Junio de 2013

POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. Área de prevención y educación ciudadana. [En línea]. http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/UNIDADES_POLICIALES/Direcciones_tipo_Operativas/Direccion_Seguridad_Ciudadana/areas_que_la_conforman [citado 5 de noviembre de 2013].

POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. Disponible en: www.policia.gov.co. www.patrulleros.com. Fecha de consulta: mayo de 2013

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal.
Disponible en: www.redalyc.org. Fecha de consulta: mayo de 2013

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO PROCESAL PENAL. Disponible en:
www.revistaprocesopenal.com.ar. Fecha de consulta: noviembre de 2013

SILVA HENAO, Juan Fernando. Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución política colombiana de 1991 En: Ratio Juris [en línea]. Vol.7, No. 14 (enero-junio, 2012). Disponible en: <http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/EVOLUCI%C3%93N%20Y%20ORIGEN%20DEL%20CONCEPTO%20DE_4.pdf> [citado 5 de noviembre de 2013].

SUPREME COURT. OF THE UNITED STATES. Disponible en:
www.supremecourt.gov. Fecha de consulta: noviembre de 2013

TORO LUCENA, Óscar Augusto. Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites. En: Criterio Jurídico Garantista [en línea]. Año 2, No. 3 (julio-diciembre, 2010). Disponible en: <http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulos/garantista3/12oscartoro.pdf> [citado 5 de noviembre de 2013].

U. S. Supreme Court. Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920). No. 358, Argued December 12, 1919. Decided January 26, 1920 - 251 U.S. 385.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA. Disponible en: www.fuac.edu.co.
Fecha de consulta: Agosto de 2013

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA. Disponible en: www.unaula.edu.co. Fecha de consulta: noviembre de 2013

UNIVERSIDAD DE PALERMO. Disponible en: www.palermo.edu. Fecha de consulta: Julio de 2013

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA. Disponible en: www.unilibre.edu.co.
www.unaula.edu.co. Fecha de consulta: noviembre de 2013

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. Editorial Ediar, Segunda Edición, Buenos Aires, 2002, pp. 7 y 8.