



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Daza González, Alfonso

Actuaciones de la policía judicial que requieren orden del fiscal y control judicial posterior

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 20, julio-diciembre, 2007, pp. 137-148

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL QUE REQUIEREN ORDEN DEL FISCAL Y CONTROL JUDICIAL POSTERIOR*

Alfonso Daza González**
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 30 de agosto de 2007.

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2007.

Resumen

Se analizan en éste artículo las actuaciones que la Policía Judicial desarrolla por orden del Fiscal General o delegado y que se encuentran sometidas a control judicial posterior.

Palabras clave

Ordenes, fiscalía, registro, allanamiento, interceptaciones, comunicaciones, correspondencia, agente encubierto, infiltración, organizaciones criminales, entrega vigilada, comiso, controles posteriores, juez control de garantías.

JUDICIAL POLICE ACTIONS THAT REQUIRE ATTORNEY ORDER AND JUDICIARY POST- CONTROL

Abstract

This article reviews judicial police actions performed by order of the General Attorney or deputy, that are subject to judiciary post-control.

Key words

Order, office, registration, levelling, interceptions, communications, correspondence, concealed agent, infiltration, criminal organizations, he/she surrenders watched over, forfeit, control later, judge control of covenants of title.

* Artículo de reflexión de la investigación que adelanta el autor en la Universidad Militar Nueva Granada denominada: "Las funciones preventiva e investigativa en el nuevo sistema procesal penal colombiano".

** Abogado Magister en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre. Candidato a Doctor en Derecho Universidad Externado de Colombia. Docente investigador Universidad Militar Nueva Granada.

INTRODUCCIÓN

A través de este documento se realiza un estudio de las actuaciones de policía judicial que se encuentran sometidas a control judicial posterior, a partir de un análisis teórico general, teniendo en cuenta aspectos básicos del proceso penal y sus distintos modelos, (acusatorio e inquisitivo), se aborda el estudio del sistema procesal penal acusatorio, introducido por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, con base en un análisis teórico-normativo, con el propósito de hacer una aproximación a la estructura y el esquema del proceso penal colombiano.

Las revoluciones liberales del S. XVIII y la proclamación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, luego de la Segunda Guerra Mundial, se han encargado de sentar las bases normativas para pasar del sistema inquisitivo¹ heredado de España al acusatorio², incorporando sus elementos esenciales: estricta separación entre los órganos que detentan la función acusatoria y la función enjuiciadora, y la adopción de los principios de oralidad³, publi-

¹ JAIME BERNAL CUELLAR Y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Derecho Procesal Penal. 1995, p. 31 "... en materia procesal penal, Colombia adoptó un sistema con tendencia acusatoria en reemplazo del sistema inquisitivo anterior, porque se delimitaron claramente las funciones de acusación y juzgamiento. El monopolio de la primera está asignado a la Fiscalía General de la Nación, y la segunda a los jueces de la República".

² Para MONTERO AROCA, el llamado proceso acusatorio, si que es un verdadero proceso, por cuanto en él existen, realmente, un juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí,... MONTERO AROCA, J. "La garantía procesal penal y el principio acusatorio" En: Revista La ley. México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1994. p 973.

³ "El juicio se desarrolla en una o más audiencias en donde Fiscal y Defensor deben exponer sus argumentos frente al Juez de Garantía o Tribunal de Juicio Oral. También se expresan de esta forma todos los intervinientes en la audiencia, como la víctima, el imputado y los testigos". a.d. *Ministerio de justicia*. http://www.minjusticia.co/reforma/que_es/principios.htm. abril de 2007.

cidad⁴, celeridad⁵, contradicción, inmediación⁶ y defensa, entre otros, que convierten al juicio en el principal escenario del debate probatorio.

La incorporación de estos elementos conlleva necesariamente a un nuevo modelo de investigación, acusación, defensa y juzgamiento, en razón a que las primeras actividades son encomendadas a los Fiscales, quienes deben conducir la labor de la Policía Judicial y ejercer la acción penal pública cuando proceda, todo bajo la supervisión de un tribunal imparcial (Juez de Control o de Garantías) distinto del llamado a resolver la causa, la tercera en cabeza de un defensor-investigador, y el juzgamiento bajo la responsabilidad de un Juez encargado de condenar o absolver con imparcialidad dentro de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, celeridad y contradicción, entre otros.

A partir de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, se reconfigura el Sistema Procesal Penal, en tal sentido las partes e intervinientes asumen nuevos roles, características y funciones, es por ello que la Fiscalía se desprende de la total discrecionalidad para afectar los derechos de las personas de la que gozaba bajo el sistema mixto.

Dentro del nuevo esquema la Fiscalía tiene la posibilidad de emitir órdenes para ejecutar determinadas diligencias, con el deber de some-

terlas a un Control posterior ante el Juez con funciones de Control de Garantías, para que él resuelva sobre su legalidad formal y material, de tal suerte que si el Juez en su análisis determina la existencia de irregularidades en la orden o en su diligenciamiento, sobre los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física recolectados en desarrollo de referidas órdenes recae la denominada Cláusula de Exclusión⁷.

Entre las actuaciones ejecutadas por la Policía Judicial que requieren orden previa del Fiscal y control Posterior del Juez de Garantías, se cuentan el registro y allanamiento, la retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, recuperación de información dejada al navegar por Internet, vigilancia de personas, vigilancia de cosas, infiltración en organizaciones criminales, entrega vigilada, exámenes de ADN que involucren al imputado y la incautación de bienes con fines de comiso, que si bien, en su mayoría, afectan el derecho fundamental a la intimidad, por decisión legislativa no se han dejado como objeto de Control Judicial previo⁸

⁴ “Mas de 99% de las audiencias realizadas ante Jueces de Garantía han sido públicas (partes, público y medios de comunicación). El 100% de las audiencias de Juicio Oral han sido públicas”. *Ibidem*.

⁵ “La investigación rápida es necesaria para la protección de víctimas, derechos del imputados y seguridad de la ciudadanía. Al 31 de diciembre del 2005, el 87, 1 % de las causas ingresadas al sistema se encontraban ya terminadas por alguno de los mecanismos que propio sistema establece”. *Ibidem*.

⁶ “La presencia del Juez es requisito de validez de cualquier actuación. Todas las audiencias se realizan en presencia del Juez sin intermediarios entre él y las partes. Los Jueces de Garantía y de Tribunal de Juicio Oral están apreciando personalmente la prueba en todos los casos. Víctimas, imputados y testigos declaran ante el Juez, y se imponen directamente del fundamento de sus resoluciones”. *Ibidem*.

⁷ “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho pro lo que deberá excluirse de la actuación procesal” Artículo 23 del C. P. P.

“Una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”. CORTE CONSTITUCIONAL, MP. Clara Inés Vargas. Sentencia C- 591 de Junio 2005.

⁸ “La ineludible intervención del juez de garantías en la etapa previa al juicio en la cual la Fiscalía despliega toda su actividad con el fin de conseguir y asegurar elementos materiales probatorios y evidencia física, armoniza con la implantación de un esquema procesal de tendencia acusatoria con el cual se pretende lograr mayor efectividad y eficiencia en el sistema, pero donde igualmente el respeto y la protección de los derechos fundamentales de todos los intervinientes es un aspecto prioritario” PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, Carmenza Isaza Delgado, Magistrada Auxiliar para Asuntos constitucionales. Concepto No. 4233, dentro del expediente D- 6473, de la Corte constitucional.

sino posterior, aduciendo como principal razón la eficiencia en la persecución del delito⁹.

I. ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL QUE REQUIEREN ORDEN DEL FISCAL Y CONTROL JUDICIAL POSTERIOR

A. REGISTROS Y ALLANAMIENTOS

El Fiscal encargado de la dirección de la investigación, con el objetivo de obtener Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física o de realizar la captura del indiciado, imputado o condenado puede ordenar a la Policía Judicial que adelante registros y allanamientos, que pueden recaer sobre Inmuebles, naves o aeronaves (CPP, art. 219).

Esta actuación debe ser sometida a control posterior ante el Juez que ejerce funciones de Control de Garantías, en el término perentorio de treinta y seis (36) horas siguientes al diligenciamiento de la orden¹⁰.

Solo es posible expedir una orden de registro y allanamiento cuando existen motivos razonablemente fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la Ley, que permitan concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare allí o, que

en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito.

Es importante resaltar que los motivos fundados que dieron lugar a la orden de registro y allanamiento deben tener respaldo probatorio, al menos de alguno de los siguientes elementos:

- El informe de Policía Judicial: debe contener la descripción de las labores adelantadas previamente a la diligencia de registro y allanamiento a partir de las cuales se deduzca la necesidad de practicarla.
- Declaración jurada de testigo: El Fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. De todas maneras, los datos del informante se deben mantener en reserva, inclusive para los efectos de la audiencia ante el Juez de Control de Garantías.
- Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física que establezcan con veracidad la vinculación del bien objeto del registro con el delito investigado, en este caso el Fiscal debe verificar la Cadena de Custodia y exigir el diligenciamiento de un oficio pro forma en donde bajo juramento el funcionario de la Policía Judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

1. Orden de registro y allanamiento

En la orden expedida por el Fiscal se deben especificar los lugares a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que se encuentren divididas en varias habitaciones o compartimentos, se debe indicar expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia.

En virtud de lo anterior bajo ninguna circunstancia el Fiscal General de la Nación puede autorizar el diligenciamiento de órdenes indiscriminadas de registro y allanamiento, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.

⁹ "...es deber del ente acusador asegurar los elementos materiales probatorios, pero si para ello debe acudir a medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, le corresponderá obtener la respectiva autorización previa del juez que ejerza las funciones de control de garantías. De esta obligación sólo se excluyen las diligencias de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, medidas que están sometidas a la ulterior revisión formal y sustancial del juez de control de garantías. (sentencia C-1092 de 2003)." *Ibidem*.

¹⁰ El Código de Procedimiento Penal en su artículo 237 dispone que el término para presentar a control el diligenciamiento de las órdenes es de 24 horas, pero el Acto Legislativo dispone un término de 36 horas, por lo que consideramos que es éste último el que se debe observar.

En el evento en que el Fiscal no pueda determinar el lugar a allanar y registrar debe indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, se ejecute el operativo (Ley 1142, art. 14).

En ningún caso la Fiscalía puede emitir órdenes de registro sobre:

- Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.
- Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.
- Los archivos de las personas indicadas que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Esto incluye, también, los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción (CPP, art. 223).

Estas prohibiciones dejan de ser aplicables cuando el privilegio desaparece por renuncia de quien esté legitimado para hacerlo, por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso o si se trata de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia (CPP, art. 223).

La Ley ha previsto casos en los que excepcionalmente se puede omitir el requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento cuando:

- Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento.
- No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden¹¹.

¹¹ Se entiende que no existe una expectativa razonable de intimidad cuando: el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado o cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos.

- Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad (CPP, art. 230)

En principio se tenía como excepción a la regla en virtud de la cual es estrictamente necesaria la orden escrita del Fiscal para efectuar el allanamiento y registro, la eventualidad en la cual éste se llevara a cabo con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado, pero la Corte Constitucional al considerar que la referida disposición “no se refiere a los casos en que se puede practicar un registro domiciliario para aprehender a la persona sorprendida en flagrancia o afectada con una orden de detención, que luego de la persecución se refugia en su domicilio, sino que establece un procedimiento contrario, en el cual la Policía Judicial, sin orden escrita de la Fiscalía, del Juez de Control de Garantías o de otra de las autoridades judiciales habilitadas para ello, quedaría autorizada para llevar a cabo un registro, con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin que para el efecto tenga la respectiva orden escrita. Así, la Constitución, con especial énfasis, por encontrarlo ligado a la libertad personal, protege de manera específica el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de tal manera que el Estado tiene restricciones previstas para que sus autoridades puedan penetrar en él¹²”.

2. Diligenciamiento de la orden

El plazo para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento oscila entre 15 y 30 días según se trate de una u otra etapa del proceso, si se trata de la etapa de indagación el plazo es de 30 días, si es posterior a la formulación de la imputación, 15 días y existe la posibilidad de prorrogar el término por una sola vez, hasta por el mismo tiempo, solo cuando el Fiscal encuentre razones que ameriten su demora (CPP, art. 224).

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 2007, M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.

Durante el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento la Policía Judicial debe observar las siguientes reglas (CPP, art. 225):

- Ejecutar la diligencia entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m. salvo que por circunstancias particulares del caso, sea necesario actuar en la noche con base en la existencia de razones suficientes que hagan suponer que ésta es la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física.
- Efectuar el registro exclusivamente en los lugares autorizados salvo que se encuentren nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, evento en el cual puede extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.
- Garantizar la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, para lo cual deben limitarse a incautar los bienes señalados en la orden, excepto cuando medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física relacionados con otro delito.

a. Acta de la diligencia de registro y allanamiento

En todos los casos se debe levantar un acta que resuma la diligencia, indique expresamente los lugares registrados, relacione expresamente los objetos ocupados o incautados, indique expresamente las personas capturadas y señale si hubo oposición por parte de los afectados, quienes pueden solicitar que se les expida copia del acta de la diligencia. En el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella (CPP, art. 225, num. 4).

El acta debe ser leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicita que firmen si están de acuerdo con su contenido. En caso de existir

discrepancias con lo anotado, se deben dejar todas las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto se negaren a firmar, el funcionario de la Policía Judicial responsable del operativo, bajo juramento, debe dejar expresa constancia de ello.

3. Deberes de la policía judicial posteriores a la diligencia de registro y allanamiento

- Dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes a la diligencia, la Policía Judicial debe informar al Fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo.
- En el caso de haber incautado objetos, en el término de la distancia sin sobrepasar doce (12) horas debe remitir al Fiscal el inventario correspondiente y ejercer la custodia de los bienes incautados u ocupados.
- En los casos en que se hayan realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la Policía Judicial debe poner inmediatamente al capturado a órdenes del Fiscal, junto con el respectivo informe (CPP, art. 228). De no ser posible poner al aprehendido a disposición del Fiscal, la Policía Judicial debe hacer lo propio directamente ante el Juez con funciones de Control de Garantías.

4. Registro y allanamiento en caso de flagrancia

En las situaciones de flagrancia, la Policía Judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave propiedad del indiciado.

Cuando quien es sorprendido en flagrancia se refugia en bien inmueble ajeno no abierto al público, la Policía Judicial debe solicitar el consentimiento del propietario¹³, poseedor o te-

¹³ No se debe considerar como suficiente la simple ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que es un deber acreditar la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

nedor para acceder al inmueble, si no consigue esta autorización se debe tramitar la orden correspondiente ante la Fiscalía General de la Nación.

No es necesario esperar la orden de la Fiscalía General de la Nación para acceder al inmueble ajeno, aún cuando no medie la autorización de propietario, poseedor o tenedor, cuando por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor (CPP, art. 229).

5. Allanamientos especiales

Son los practicados sobre inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores que, conforme con el Derecho Internacional y los tratados internacionales vigentes gozan de inmunidad diplomática o consular.

Para llevar a cabo esta clase de allanamientos y registros el Fiscal solicita autorización al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que requiere su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y se remite por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores (CPP, art. 226).

B. RETENCIÓN DE CORRESPONDENCIA

Consiste en aprehender, interrumpir y/o sacar del trámite normal de circulación los documentos enviados o recibidos por el indiciado o imputado, que pueden ser útiles para la investigación¹⁴.

El Fiscal puede ordenar la retención de correspondencia siempre y cuando tenga motivos razonablemente fundados que se puedan deducir de los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física y que permitan inferir que existe información útil para la investigación (CPP, art. 233).

¹⁴ Consejo Nacional de Policía Judicial. Manual único de Policía Judicial, Bogotá, D.C., s. Edit., 2005, p. 50.

La retención puede recaer sobre correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado.

Contadas treinta y seis (36) horas a partir del diligenciamiento de la orden de interceptación de comunicaciones, el Fiscal debe someter los resultados de la actuación a Control de Garantías ante el Juez que ejerce esta función¹⁵.

1. Medidas adicionales a la retención de correspondencia

En virtud de la retención de correspondencia se pueden aplicar medidas adicionales como solicitar a las oficinas correspondientes copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado o imputado o requerir que las empresas de mensajería especializada suministren la relación de envíos hechos por solicitud del indiciado o imputado o dirigidos a él.

La retención de correspondencia y las medidas a las cuales ésta de lugar no podrán extenderse por un período superior a un (1) año.

2. Examen de la correspondencia

Consiste en la inspección efectuada sobre la correspondencia retenida por parte de la Policía Judicial, con el fin de encontrar Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física útiles para la investigación.

La Policía Judicial debe informar al Fiscal que expidió la orden el hallazgo de Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física, en el examen del material retenido, en un plazo máximo de doce (12) horas.

¹⁵ El Código de Procedimiento Penal en su artículo 237 dispone que el término para presentar a control el diligenciamiento de las órdenes es de 24 horas, pero el Acto Legislativo dispone un término de 36 horas, por lo que consideramos que es éste último el que se debe observar.

En el evento de encontrarse información sobre otro delito que no este siendo investigado en el examen del material retenido, debe iniciarse la indagación correspondiente, pero si ya se está siendo investigada debe enviarla a quien la adelante bajo custodia (CPP, art. 234).

Una vez examinada la correspondencia retenida, la Policía Judicial debe devolver aquella que no resulte de interés para los fines de la investigación. Lo que no es óbice para que la correspondencia examinada cuya apariencia no se haya alterado pueda ser devuelta con anticipación, con el objeto de no suscitar la atención del indiciado o imputado.

C. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Proceso mediante el cual se capta la información que se transmite a través de comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, a través de grabación magnetofónica o similar, con el objeto de obtener Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física de interés para la investigación¹⁶ y buscar y ubicar indiciados o imputados (Ley 1142, art. 15).

La interceptación de comunicaciones debe ser efectuada por las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación inmediatamente después de la notificación de la orden que debe constar por escrito.

Es preciso recordar que las personas que participan en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva y que por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La vigencia máxima de la orden será de tres (3) meses y el Fiscal puede prorrogar este término hasta por otro tanto si a su juicio subsisten los motivos fundados que la originaron.

¹⁶ Consejo Nacional de Policía Judicial. *Manual único de Policía Judicial*, Bogotá D.C., s. Edit., 2005, p. 51.

La orden de interceptación de comunicaciones y sus resultados deben ser sometidos a control posterior ante el Juez de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su diligenciamiento¹⁷.

D. RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN DEJADA AL NAVEGAR POR LA INTERNET U OTROS MEDIOS TECNOLÓGICOS SIMILARES

El Fiscal puede ordenar la recuperación de la información transmitida por el indiciado a través de Internet u otros medios tecnológicos, siempre que tenga motivos razonablemente fundados, basado en los medios cognoscitivos previstos en la Ley, a partir de los cuales se pueda inferir que a través del uso de dichos elementos, el indiciado ha manejado información útil para la investigación que se adelanta.

El Fiscal ordena la aprehensión de los computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.

La aprehensión de los elementos referidos se limita exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en ellos contenida y luego, se deben devolver inmediatamente los equipos incautados.

El Fiscal tiene treinta y seis (36) horas contadas a partir del diligenciamiento de la orden, para someter la misma junto con sus resultados al control por parte del Juez que ejerce funciones de Control de Garantías¹⁸.

¹⁷ El Código de Procedimiento Penal en su artículo 237 dispone que el término para presentar a control el diligenciamiento de las órdenes es de 24 horas, pero el Acto Legislativo dispone un término de 36 horas, por lo que consideramos que es éste último el que se debe observar.

¹⁸ El Código de Procedimiento Penal en su artículo 237 dispone que el término para presentar a control el diligenciamiento de las órdenes es de 24 horas, pero el Acto Legislativo dispone un término de 36 horas, por lo que consideramos que es éste último el que se debe observar.

E. VIGILANCIA Y SEGUIMIENTO DE PERSONAS

Acción de mantener bajo observación al presunto indiciado o imputado de un delito, con el fin de obtener información útil para la investigación y Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física¹⁹.

Cuando de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la Ley, el Fiscal tenga motivos razonablemente fundados que le permitan inferir que el indiciado o el imputado puede conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta puede ordenar esta medida (CPP, art. 239).

Para ordenar la vigilancia y seguimiento de personas el Fiscal necesita previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalía. El seguimiento debe ser por tiempo determinado, si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno se cancela la orden de vigilancia, lo que no es obstáculo para que vuelva a expedirse la orden si surgieren nuevos motivos.

La Policía Judicial puede emplear cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares donde asisten y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

En este punto, el valor del derecho a la intimidad contenido en el artículo 15 de la Constitución Política, cobra una particular relevancia, toda vez que los seguimientos a personas encuentran en éste un límite infranqueable. Así, no resulta ético ni compatible con el respeto a la Dignidad Humana la utilización de medios técnicos para el seguimiento o vigilancia de

personas, que invadan una órbita razonable de intimidad; en otros términos, la vigilancia de personas debe darse en el ámbito de lo público y no de lo estrictamente privado, y por ende no se podrá por ejemplo realizar hacia el interior de su casa de habitación.

La orden de vigilancia y seguimiento de personas es objeto de control por parte del Juez con funciones de Control de Garantías, quien determina su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su expedición por parte de la Fiscalía General.

F. VIGILANCIA DE COSAS

Se refiere al mantenimiento bajo observación pasiva de un bien mueble o inmueble, encaminado a la obtención de información útil para la investigación que se adelanta²⁰.

El Fiscal que dirija la investigación emite la orden para ser cumplida por la Policía Judicial, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la Ley, para inferir que un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar droga que produzca dependencia o elementos que sirvan para su procesamiento; ocultar explosivos, armas o municiones, sustancias para producir explosivos o en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución.

El lapso máximo que se permite para ejecutar actividades de vigilancia de cosas es de un (1) año, si en éste no se obtienen resultados se cancela la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse si surgieren nuevos motivos.

Le está permitido a la Policía Judicial emplear cualquier medio idóneo, siempre y cuando no se afecte la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros.

¹⁹ Consejo Nacional de Policía Judicial. *Manual único de Policía Judicial*, Bogotá D.C., s. Edit., 2005, p. 53.

²⁰ Consejo Nacional de Policía Judicial. *Manual único de Policía Judicial*, Bogotá D.C., s. Edit., 2005, p. 53.

Al igual que para el seguimiento y vigilancia de personas, es importante aquí también recalcar el valor del derecho a la intimidad pues la vigilancia de cosas encuentra allí una limitante. Así, no resulta compatible con el respeto a la Dignidad Humana la utilización de medios técnicos para la vigilancia de cosas que invadan una órbita razonable de intimidad del indiciado, imputado, acusado o de un tercero. En otras palabras, la vigilancia debe darse en el ámbito de lo público y solo en aquellos espacios privados, donde no se haga exigible el respeto a la intimidad personal.

La orden de vigilancia de cosas debe ser sometida a control de legalidad formal y material ante el Juez de Control de Garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su expedición por parte del Fiscal General.

G. INFILTRACIÓN A ORGANIZACIONES CRIMINALES

Es una medida que adopta el Fiscal cuando posee motivos razonablemente fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la Ley, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal (CPP, art. 241).

En la ejecución de la infiltración a organizaciones criminales, la Policía Judicial, bajo órdenes de la Fiscalía, debe analizar la organización criminal con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. De ser necesario los agentes participan en la planificación, preparación y manejo de una operación, para así infiltrarlas con el fin de obtener información útil para la investigación que se adelanta (CPP, art. 241).

1. Actuación de agentes encubiertos

El Fiscal, con previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, puede ordenar la actuación de agentes encubiertos,

cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la Ley, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, solamente cuando la utilización de agentes encubiertos sea indispensable para el éxito de las tareas investigativas. (CPP, art. 242).

Pueden ser agentes encubiertos uno o varios funcionarios de la Policía Judicial, Particulares que sin modificar su identidad, sean de la confianza del indiciado o imputado o la adquieran para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física.

Los agentes encubiertos están facultados para realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes están facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, adelantar transacciones con el indiciado o imputado, si fuere necesario.

Si el agente encubierto advierte que en los lugares donde ha actuado existe información útil para la investigación debe comunicarlo al Fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial por parte de la Policía Judicial, con miras a que se recoja la información y los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física hallados.

El agente encubierto puede emplear cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

La operación encubierta no puede extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más cuando medie debida justificación.

Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado la operación se debe cancelar, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

La legalidad formal y material de la actuación de los agentes encubiertos debe ser sometida a control ante el Juez con funciones de Control de Garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplica en lo que sea pertinente las reglas previstas para los registros y allanamientos.

H. ENTREGA VIGILADA

Cuando existan motivos razonablemente fundados, basados en los medios cognoscitivos previstos en la Ley, a partir de los cuales se pueda inferir que el imputado o indiciado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o haya informe por parte de agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, el Fiscal puede ordenar la entrega vigilada, el transporte en el territorio nacional o la salida del mismo, bajo la vigilancia de una red de agentes de Policía Judicial especialmente entrenados y adiestrados, de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida, utilizando todos los medios técnicos idóneos, necesarios y posibles, que permitan establecer la intervención del indiciado o imputado en cualquiera de las referidas operaciones. No obstante, es necesaria la existencia de autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías (CPP, art. 243).

En el desarrollo de una entrega vigilada, se le prohíbe al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputa-

do. Así, solo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

Se entiende que hay operación de vigilancia especial cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo relativo a la cooperación judicial internacional.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física, deberán ser objeto de revisión por parte del Juez de Control de Garantías, lo cual se debe cumplir dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material (CPP, art. 243).

I. EXÁMENES DE ADN QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO

La Policía Judicial puede adelantar cuando sea necesario, exámenes de ADN sobre los fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, siempre y cuando medie la autorización del Fiscal que dirige la investigación (CPP, art. 245). Es pertinente hacer énfasis en que se requiere sólo de autorización cuando se trata de practicar exámenes a muestras que hayan quedado en la escena. No puede ser confundida esta actuación con la que consiste en obtener muestras del cuerpo del imputado que requiere de orden del Juez de Control de Garantías.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de espermatozoides y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el Juez de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material (CPP, art. 245).

J. INCAUTACIÓN DE BIENES CON FINES DE COMISO

Con la finalidad de garantizar el comiso, se han establecido como medidas cautelares de carácter material la incautación y ocupación, y como medida cautelar de orden jurídico la suspensión del poder dispositivo.

Estas medidas proceden cuando existan motivos fundados que permitan concluir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros (CPP, art. 83).

Las medidas materiales de incautación y ocupación de bienes y recursos con fines de comiso son adelantadas por la Policía Judicial previa orden del Fiscal General o del delegado o también por su propia acción en los términos establecidos en la Ley. Una vez ejecutada la medida, el Fiscal debe comparecer ante el Juez investido de la Función de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado (CPP, art. 84)

CONCLUSIONES

Bajo el nuevo esquema procesal penal, incorporado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado a través de la ley 906 de 2004 y la reciente ley 1142 de 2007, la Fiscalía General de la Nación ha sido desprendida de la discrecionalidad de la que gozaba en el sistema Mixto, que le permitía afectar los derechos de las personas sin más control que el que eventualmente se realizara por razones de jerarquía.

En tal sentido, con la separación de la función investigadora de la de Juzgamiento, la Fiscalía perdió la posibilidad de emitir órdenes que afecten los derechos fundamentales de las per-

sonas como lo son las órdenes de captura, de registro personal, intervención corporal, búsqueda selectiva en bases de datos, que requieren de orden judicial, pero conserva la posibilidad de emitir determinadas órdenes, que con fundamento en la premura para su ejecución y la menor afectación de los derechos, requieren de un control posterior más no de un análisis judicial previo, este es el caso de las diligencias de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, entrega vigilada, infiltración en organizaciones criminales, exámenes de ADN que involucran al imputado, incautación con fines de comiso.

Es claro que el control posterior al que están sometidas estas órdenes y su diligenciamiento, obliga a los servidores públicos que las ejecutan a una mayor y cuidadosa observancia de los derechos y garantías de que gozan las personas que se puedan ver involucradas, en tanto la finalidad principal que se persigue con la ejecución de éstas es la consecución de elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física que sean útiles para la investigación y eventualmente para apoyar la teoría del Caso de la Fiscalía en ejercicio de su función de acusar, y este objetivo se vería malogrado si como consecuencia de un error en el diligenciamiento, los Elementos Materiales y la Evidencia son objeto de exclusión como consecuencia de la violación de los derechos y garantías fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

a.d. Principios del nuevo sistema acusatorio Ministerio de justicia.

http://www.minjusticia.co/reforma/que_es/principios.htm. Abril de 2007

Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. El Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Derecho Procesal Penal. 1995.

Castro, Máximo. Curso de Procedimientos Penales, Buenos Aires, Editorial Biblioteca Jurídica Argentina, 1928.

Consejo Nacional de Policía Judicial. Manual único de Policía Judicial, Bogotá D.C., s. Edit., 2005.

Fernández León, Whanda. Fiscalía Juez y Parte. Ediciones Librería del Profesional. 1996.

García Valencia, Jesús Ignacio. Aproximación al Sistema Acusatorio, Bogota, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Granados Peña, Jaime y Hartman, Mildred El Diseño del Nuevo Proceso Constitucional. Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto legislativo 03 de 2002 y Documentos de trámite Tomo II. Corporación Excelencia en la Justicia. 2003.

Granados Peña, Jaime. La Modificación del Sistema de Juzgamiento e Implementación del Sistema Acusatorio en Colombia. Corporación Excelencia en la Justicia, Primer foro regional. Medellín.

Gustavo Morales Marín, Gustavo. Proceso y Sistemas de Juzgamiento Penal. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

MONTERO AROCA, J. "La garantía procesal penal y el principio acusatorio" En: Revista La ley. México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1994.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Carmenza Isaza Delgado, Magistrada Auxiliar para Asuntos constitucionales. Concepto No. 4233, dentro del expediente D- 6473, de la Corte constitucional.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C- 591 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 2007, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL, MP. Clara Inés Vargas. Sentencia C- 591 de Junio 2005.

NORMAS

Código de Procedimiento Penal.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 906 de 2004.

Ley 890 de 2004.

Ley 1142 de 2007.