

# POLICÍA JUDICIAL

*Ángela María Buitrago Ruiz  
William Monroy Victoria*

Como organismos de investigación desde hace muchos años, se cuenta con la colaboración, capacidad y conocimiento de la policía judicial en la justicia penal colombiana.

Como sostiene MAIER “la otra función de la policía –policía de investigación criminal– se dirige hacia el pasado a una obra por lo menos ya comenzada de los hechos con características de ilícito [...] Sintéticamente ella puede ser definida como la tarea de investigación de la verdad y de auxilio a los funcionarios de la persecución penal”<sup>1</sup>.

Ante la reforma propuesta nos hemos decidido por analizar si esa condición se mantiene o, por el contrario ha variado. Por esta razón examinaremos las disposiciones que consagran las labores de policía judicial con un acento particular en la Fiscalía General de la Nación quien dirigirá, coordinará y verificará técnica y científicamente las actividades que desarrolle este órgano de investigación<sup>2</sup>. Y además, las afirmaciones y normas referidas a que la policía judicial realizará todas las labores tendientes a determinar, conseguir y asegurar el material probatorio sin participación directa del fiscal. O en otras palabras a desentrañar el verdadero papel del fiscal y del investigador dentro de nuestro futuro esquema procesal.

Somos conscientes que contamos hasta ahora con un texto aprobado en Cámara, por lo que las apreciaciones que aquí se hagan quedarán sujetas a las adiciones o modifi-

- 
1. JULIO B. J. MAIER. *Derecho procesal penal. Parte general: sujetos procesales*, 1.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 2003, p. 409.
  2. Artículo 194 del texto del proyecto aprobado en la Cámara. Ley 001 de 2003.

caciones que pueda presentar el proyecto en el debate ante el Senado y por esta razón el documento debe ser analizado desde este espectro.

## I. POLICÍA JUDICIAL. FUNCIÓN

Entendemos que de acuerdo con el mandato normativo del proyecto, policía judicial será “una función” y no un cuerpo ya que si observamos en el artículo 194: “Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal, y en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del fiscal general de la Nación y sus delegados”<sup>3</sup>.

Ejercerán funciones permanentes de policía judicial<sup>4</sup> la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República; las autoridades de tránsito; las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control; los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario; los alcaldes y los inspectores de policía<sup>5</sup>.

Quizás la tendencia general de acuerdo con el derecho comparado y a la implantación del esquema acusatorio se resume en la intención de convertir a la policía judicial en la “instructora o investigadora” directa y real.

En el derecho comparado esto es evidente. Las disposiciones contenidas por ejemplo en el Código Procesal alemán (en donde el fiscal también tiene la dirección de la investigación [sent. 160 STPO] “podrá exigir información a todas las autoridades públicas, o bien hacerlas efectuar a las autoridades y funcionarios del servicio de policía” (sent. 161 STPO)<sup>6</sup>. O, como en el caso del régimen procesal penal de Italia<sup>7</sup> el Ministerio Público dirige y dispone directamente de la policía judicial conforme al artículo 327. A su vez el artículo 56 dispone que “1. Las funciones de policía judicial se desarrollarán, bajo la dependencia y dirección de la autoridad judicial”. De igual manera en Inglaterra la investigación se deja en manos de una persona particular “de la policía” quien decide si la judicializa o no. En Estados Unidos el *U. S. Attorney General*, persigue el delito y acusa fundamentándose en el material recogido por la policía en la fase de investigación.

---

3. Nota: debemos señalar que este inciso fue adicionado en el debate de la Cámara pues no aparecía en el proyecto presentado el 20 de julio de 2003.

4. Artículo 196 del texto del proyecto aprobado en Cámara. Ley 001 de 2003.

5. Nota: estos dos numerales fueron adicionados en el debate de la Cámara, pues no aparecían en el proyecto original presentado al Congreso el 20 de julio de 2003.

6. EMILIO EIRANOVA ENCINAS. *Código Penal alemán STGB. Código Procesal Penal alemán STPO*, Madrid, Marcial Pons, 2001

7. FABIO ESPITIA GARZÓN. *Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Temis, 1991.

En Colombia no podíamos alejarnos de esta tendencia. Es así como observamos desde el mismo momento de la presentación del proyecto que las disposiciones estaban orientadas para estos efectos.

La intención de adhesión aparece diáfana en la exposición de motivos en donde se sostiene que “dada la naturaleza misma del proceso penal acusatorio, los actos de investigación de campo están adscritos a la policía judicial, la que se encarga prioritariamente de recolectar todos los elementos materiales probatorios sobre los cuales, una vez sometidos a la cadena de custodia se cumplirán los estudios, exámenes o análisis de laboratorio pertinentes”<sup>8</sup>.

Es palmaria la finalidad del autor del proyecto de ley de “delimitar los roles funcionales del fiscal”—quien fija el rumbo y objeto de la indagación “con base en su conocimiento de la teoría jurídica— y, del investigador—quien debe realizar la investigación de campo, recolecta los elementos materiales probatorios y los somete a la debida cadena de custodia—. El investigador—leáse policía judicial— “realizará” todos los actos que permiten obtener el material probatorio para una vez conseguidos someterlos a valoración del fiscal, claro está “bajo la coordinación de la Fiscalía General de la Nación”.

Pero, una cosa es convertir a la policía judicial en actor principal de la investigación (por ser ella la entrenada para estos efectos) y otra es descargar a la Fiscalía de su obligación constitucional.

En este punto nos asalta una inquietud ¿para qué se requiere la Fiscalía si todo lo va a realizar la policía judicial?. Dentro del campo investigativo, entrenamiento y conocimiento debemos afirmar que nuestros fiscales en su mayoría no tienen capacitación en criminalística o procedimientos de investigación como sí los órganos de policía o el DAS, entonces en estas circunstancias nos inquieta la realización de un mapa de la investigación o un “programa metodológico” por quien va a tener en cuenta criterios jurídicos diversos a los requeridos para ser un investigador de campo. Las hipótesis investigativas se construyen sobre datos o informaciones que en muchas ocasiones no evidencian el comportamiento delictivo concreto dentro del cual se encuadra el posible ilícito. Muchas veces sólo después de perfeccionada la investigación se puede apuntar a una tipificación correcta del delito.

Quizás, atinado vemos aquí el procedimiento de Inglaterra y de Gales quienes siendo coherentes dejan a la policía realizar la investigación inicial y sólo cuando se tienen determinados elementos, se elevará una solicitud de judicialización por parte de este órgano.

---

8. *Gaceta del Congreso*, n.º 339, miércoles 23 de julio de 2003.

A su vez, el artículo 154 del preproyecto, 194 del proyecto del 20 de julio de 2003 y mantenido en el texto aprobado en la Cámara como 194 señala que “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.

En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la *dirección*<sup>9</sup> coordinación, control jurídico y verificación técnica científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código”.

Empezaremos por señalar que en este artículo podemos encontrar la función si se quiere el rol y deberes del fiscal y del investigador. ¿Será que nuestro proyecto de código procesal permite entregar en manos de la policía judicial toda la realización de la investigación?, o por el contrario existen deberes normativos dispuestos para el fiscal que deberá realizarlos conjuntamente.

La inclusión de estos componentes: *dirección*<sup>10</sup> coordinación, control jurídico y verificación técnica científica deben tener algún sentido. En primera instancia yo sólo puedo dirigir lo que conozco; coordino cuando dispongo los elementos en una acción común; puedo controlar jurídicamente lo que evalúo permanentemente o lo que compruebo, inspecciono o intervengo y el criterio de verificación obedece a una máxima de “comprobación”.

Luego este encajamiento en los deberes de la Fiscalía no sólo pueden ser armoniosas construcciones gramaticales, sino que deben generar obligaciones de la Fiscalía General de la Nación frente al adelantamiento de la indagación. Es la Fiscalía dentro de un esquema como el que se propende quien debe responder por la persecución penal, la investigación y el aseguramiento del material probatorio.

## II. DEPENDENCIA Y DIRECCIÓN PROCESAL

La dirección y coordinación de la investigación está asignada a la Fiscalía General de la Nación tanto así que si observamos el artículo 109 del preproyecto, artículo 115 del proyecto radicado en el Congreso el 24 de julio de 2003 y hoy artículo 115 del texto aprobado en Cámara se reiteran estos supuestos y se considera “causal de mala conducta” la omisión en el cumplimiento de las instrucciones.

La policía judicial. Los organismos que cumplan funciones de Policía Judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación,

---

9. Nota: esta adición fue introducida en el texto aprobado en Cámara

10. Ídem.

para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el fiscal general, el vicefiscal, los fiscales delegados en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el procesamiento.

La omisión en el cumplimiento de las instrucciones mencionadas constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria y civil del infractor. En todo caso, el fiscal general de la Nación o su delegado, bajo su responsabilidad, deberá separar de forma inmediata de las funciones que se le haya dado para el desarrollo investigativo, a cualquier servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de las instrucciones dadas.

El tema de subordinación y sujeción de los miembros de policía judicial a la decisión del fiscal, haría pensar en principio, que pueden surgir dentro de nuestros esquemas varios problemas, ya que los organismos que ejercen funciones judiciales —a excepción del CTI—, son organismos independientes a la fiscalía general de la Nación, con una organización determinada por la Carta Política y jerárquicamente definida, en donde sus superiores imparten las órdenes y misiones, por lo que constitucionalmente no existiría un respaldo para que la Fiscalía pudiera ordenar sobre ellos en lo que a disponibilidad se refiere como pretende el proyecto. De igual manera, y con mayor razón sobre los alcaldes e inspectores que contempla el proyecto. Este aspecto debe ser mirado con especial cuidado puesto que no podrá operar legítimamente sin una reforma constitucional.

Si esta es la pretensión debemos pensar en casos como los de Córdoba —Argentina—, o en Costa Rica, en donde se construyó constitucionalmente todo el andamiaje para atribuir al Ministerio Público la “dirección de la policía judicial”.

Mientras no se solucione este aspecto creemos, la Fiscalía no podrá, a pesar de las normas procesales, funcionar con esta pretensión de autonomía sobre los funcionarios de policía judicial, pertenecientes a Policía Nacional, DAS, Procuraduría etc.

Es necesario analizar que los investigadores tienen asignados múltiples casos, por lo que tampoco sería viable la dedicación exclusiva que pretende el proyecto. Además de resaltar que los demás asuntos quedarían descuidados, los propios asignados por la institución a la cual trabajan.

Recordemos que los miembros de la policía, DAS, Procuraduría etc., tienen sus propias funciones y por lo tanto no pueden dejar acéfalos sus cargos y descuidadas sus propias investigaciones.

No existe personal suficiente (aunque sería lo ideal) para asignar exclusivamente un investigador, pero mucho menos para ampliar con esa misma facultad a un grupo de investigadores. Esto debe evaluarse sobre los presupuestos reales.

### III. FUNCIÓN PROCESAL DE LA POLICÍA JUDICIAL

1. Se establece en el artículo 199 del texto aprobado en la Cámara:

*1. Actividad de policía judicial en la indagación e investigación.* Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible existencia de un delito, comenzarán de inmediato la investigación para lo cual realizarán todos los actos urgentes de investigación, tales como inspección en el lugar del hecho, levantamiento de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán y embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o grabación fonóptica, las entrevistas e interrogatorios, y se someterán a cadena de custodia.

Cuando deba practicarse examen médico legal a la víctima, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, éste será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico legal.

Del inicio de la indagación se presentará un informe ejecutivo al fiscal competente *dentro de las treinta y seis horas (36) para que asuma el control y la dirección*<sup>11</sup>.

Los organismos con función de policía judicial deberán proceder a investigar los delitos que se evidencien por queja, denuncia o noticia *criminis* o los que surjan en razón de su observación, pero dentro de las 36 horas siguientes deberán poner en conocimiento del fiscal quien “asumirá la dirección y control”, es decir, que las labores investigativas autónomas o directas de policía judicial no pueden ir más allá de las 36 horas previstas, en donde se debe someter automáticamente el funcionario del organismo de policía judicial a la dirección y control del fiscal competente.

Por lo tanto la facultad de actuar y producir actos legítimos dentro de esa oficiosidad queda restringida en nuestro entender a un lapso de 36 horas.

Momento en el cual se convierten en auxiliares de los funcionarios judiciales y estarán bajo las órdenes del competente.

2. Tema que merece especial atención es el que trae la norma sobre el programa metodológico. Aquí consideramos importante hacer un cuadro comparativo entre la norma que existía en el preproyecto en su artículo 166 y la redacción en el texto presentado al Congreso y aprobado en la Cámara en el artículo 201.

---

11. Nota: a este inciso le fue adicionado en la Cámara el término y la finalidad.

Artículo 166. *Programa metodológico*. El fiscal general o el fiscal delegado, con el fin de realizar la tarea investigativa en armonía con los principios y métodos indicados por la técnica y la ciencia, “elaborará un programa metodológico de las actividades que desarrollará en ejercicio de su función y de la que debe cumplir la policía judicial”.

Se le adicionó en el artículo 201

Recibido el informe de que trata el artículo anterior 199, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito la ampliación del equipo investigativo.

El programa metodológico deberá contener la determinación de los objetivos de la investigación en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores, y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

Durante la sesión de trabajo el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación el cual deberá contener la determinación de los objetivos de la investigación en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores, y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

“En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscaldelegado ordenará, en la resolución de apertura o de ratificación de la investigación inicial, según sea el caso”, la realización de todas las actividades que no impliquen restricción o limitación a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento y aseguramiento de los elementos materiales probatorios, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños irrogados, a la asistencia y protección de las víctimas (en el artículo 201 el texto entre comillas fue suprimido).

Los actos de investigación de campo estarán a cargo de la policía judicial, así como la recolección de los elementos sobre los cuales se cumplirán los estudios, exámenes o análisis de laboratorio.

El proyecto se adicionó de la siguiente manera y así fue aprobado en Cámara.

“Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial”.

Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal delegado dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a la que se encuentre adscrito la ampliación del equipo investigativo.

El texto entre comillas fue el aprobado por la Cámara

Como puede evidenciarse, todo el trabajo de recolección, análisis y estudio queda en manos de la policía judicial, lo que hace pensar que a pesar de la “figuración” del fiscal, se optó por convertir a policía judicial en el investigador, evaluador y analista del proceso. Aspecto que deberá evaluarse, no por disentir frente a la búsqueda, recolección del material probatorio, sino frente a la necesidad de mantener la fiscalía dentro de esas condiciones.

Nos interrogamos entonces si ¿sería conveniente reducir esta institución dada la estructura del proyecto?

3. Otro aspecto que nos puede orientar hacia la dimensión del rol de Fiscalía y policía judicial surge de la disposición denominada “tareas especiales” que aparece en el artículo 203 y que merece nuestra atención en particular por los aspectos de exclusividad y de subordinación allí establecidas.

Se disponía por esta norma en el preproyecto que:

Grupos de tareas especiales. Cuando por la particular complejidad de la investigación sea necesario conformar un grupo de tareas especiales, el fiscal jefe de la unidad respectiva solicitará la autorización al fiscal general de la Nación o su delegado.

El grupo de tareas especiales *se integrará con los miembros de policía judicial que se requieran*, según el caso, y trabajarán con dedicación exclusiva en el desarrollo del programa metodológico correspondiente.

En estos eventos, el fiscal delegado, a partir de los hallazgos reportados por la policía judicial, deberá rendir informes semanales de avance al fiscal general de la Nación o su delegado, con el fin de evaluar los progresos del grupo de tareas especiales.

Según los resultados, el fiscal general de la Nación o su delegado podrá reorganizar o disolver el grupo de tareas especiales.



Sin embargo, la norma que terminó siendo presentada al Congreso en el artículo 203 adiciona que el grupo de tareas especiales *se integrará con los fiscales y miembros de policía judicial que se requieran...* restableciendo un cuerpo colegiado en la investigación que contradice los principios generales y que desconoce decisiones constitucionales que consideraron indebidos los grupos que se crearon en algunas épocas para adelantar investigaciones.

Pero termina siendo odiosa la facultad omnímoda que se otorga al fiscal general o a su delegado de “reorganizar o disolver según los resultados” el grupo. Aspecto que debemos mirar con sumo cuidado al determinar el alcance de “según los resultados” pues sabemos que este elemento puede ser excesivamente peligroso.

4. Al analizar las disposiciones contenidas por el Código de Procedimiento Penal, se establecen dos eventos en los que se procede por la Policía judicial, unos que se han considerado son factibles de intervención sin la autorización y otros en donde se exige la autorización. ¿Pero la autorización de quién? Analizadas las disposiciones encontramos que las normas que por mandato del acto legislativo, conservan excepcionalmente funciones judiciales de la Fiscalía con el control posterior de las treinta y seis horas, son las que se van a usar en este capítulo casi de manera general, pues la orden mencionan como proveniente de la Fiscalía. Pero además se establecen unos eventos en donde la orden ni siquiera es necesaria constituyendo unas excepciones con fundamento en unas causales bastante singulares.

Por considerar importante estos aspectos, hemos decidido analizar las normas que se presentan así:

#### A. Actividades que no requieren autorización

- Inspección del lugar del hecho.
- Levantamiento de cadáver.
- Inspecciones en lugares distintos al hecho.

#### B. Actividades que requieren autorización

En este capítulo relacionaremos dos circunstancias:

- a. La de actividades que según el proyecto de código no requieren autorización pero que exigen en el texto autorización de la Fiscalía aspecto que es equívoco, y
- b. Las que requieren autorización del juez.

a. Requieren autorización de Fiscalía con control posterior de las 36 horas.

*Exhumación.* Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, *el fiscal así lo dispondrá.*

*Procedencia de los registros y allanamientos.* El *fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento* de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

*Alcance de la orden de registro y allanamiento.* La *orden expedida por el fiscal* deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar... De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.

*Objetos no susceptibles de registro.* No serán susceptibles de registro los siguientes objetos:

1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado o imputado con sus abogados, siempre que esta relación se establezca.
2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado o imputado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.

Parágrafo. Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.

*Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento.* La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.

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

1. Realizar el procedimiento entre las 6:00 A. M. y las 6:00 P. M., salvo que por circunstancias particulares del caso, resulte razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los elementos materiales probatorios, sea actuar durante la noche.
2. El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y, en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.
3. Se procurará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios relacionados con otro delito.
4. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas. Además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella.
5. El acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido. En caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto, se negaren a firmar, el funcionario de la policía judicial responsable del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello.

*Allanamientos especiales.* Para el allanamiento y registro de bienes inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores que, conforme con derecho internacional gocen de inmunidad diplomática o consular, *el fiscal solicitará venia al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que se requerirá su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.*

*Devolución de la orden y cadena de custodia.* Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las treinta y seis (36) horas siguientes, la policía judicial *informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o*

*incautado objetos*, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados.

En caso de haber realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la policía judicial pondrá inmediatamente al capturado a órdenes del fiscal, junto con el respectivo informe.

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

*Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento.* Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, en los siguientes casos:

1. 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. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.
2. Cuando no exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.
3. Cuando 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.
4. Cuando se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado.

Parágrafo. Se considera también aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidad prevista en el numeral 2, cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos.

Hasta aquí hemos relacionado una serie de disposiciones que en términos generales exigen la orden (constitucionalmente discutible) de la Fiscalía con una excepción que nos parece desconcertante de acuerdo con la explicación de su contenido. El considerar que el avance tecnológico nos permite entrometernos a la intimidad de las personas, creando una excepción de las formas de un proceso debido “una excepción a la expectativa razonable de intimidad” es en nuestra opinión una vulneración al derecho constitucional de intimidad.

El avance tecnológico, los avances científicos son cada día mejores y por lo tanto ese párrafo desquicia el presupuesto constitucional de derecho a la intimidad aspecto que deberá analizarse detenidamente.

No puede entonces crearse una norma procesal que permita una intromisión de esta naturaleza, con fundamento en apreciaciones que quedarán sometidas a la interpretación del funcionario de policía judicial y sin ningún control. Creemos que esta eventualidad debe quedar cobijada por la necesidad de una autorización judicial (léase juez de garantías), pues significa una grave intromisión a la intimidad.

Es así como entendemos que la orden de allanamiento debe quedar sometida a control jurisdiccional (juez de garantías) y excepcionalmente al fiscal.

Idéntico sucede con disposiciones como la de retención de correspondencia en donde se aplican analógicamente los criterios establecidos para los registros y allanamientos; interceptación de llamadas telefónicas; recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes.

Aspectos como vigilancia y seguimiento de personas, análisis e infiltración de organización criminal, actuación de agentes encubiertos, entrega vigilada como procedimiento de investigación penal no pueden en nuestra opinión ser autorizado por el director nacional o seccional o fiscal ni siquiera cuando existan motivos fundados, pues no es esta su función. Figuras como el entrapamiento no pueden quedar en manos del acusador, pero si se llega a consagrar esta actividad debe ser ordenada por un juez de garantías.

Lo que si merece un ítem aparte es lo que tiene que ver con los exámenes de ADN que involucren al indiciado o imputado. Se ha establecido que no puede realizarse ninguna restricción de derechos y garantías sin la presencia de un juez de garantías, en este punto no podemos aceptar ni siquiera la expectativa de que sea el fiscal el que ordene estas tomas, por el contrario se debe exigir que sea el juez de garantías.

*Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.* Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la

huella dactilar genética, se requerirá de orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su validez.

b. Requieren autorización previa del juez

*Regla general.* Las actividades que adelante la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente. La policía judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente.

Inspección corporal, registro personal. Obtención de muestras que involucren al imputado. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.

Este numeral nos hace aún más incomprensible la facultad anterior al fiscal para ordenar las tomas de ADN, pues creemos que comparte las características de estos eventos en donde sólo se permite la actuación con autorización previa del juez (juez de garantías), y no podría ser de otra manera.

Como punto final, a este capítulo, debemos advertir que simplemente observamos que hay sutilezas en el texto del proyecto que pueden cambiar la disposición constitucional. Si observamos el Acto Legislativo 03 de 2002, existen fenómenos particulares que están sometidos al control del juez de garantías entre esos se encuentra el de adelantar allanamientos, incautaciones e interceptaciones. Si observamos el texto del artículo 250 C. N. está sujeto en estos eventos a que el juez que ejerza el control de garantías lo realizará posteriormente dentro de las 36 horas siguientes<sup>12</sup> para determinar su validez (del acto mismo).

Sin embargo el proyecto de código menciona en el artículo 112:

---

12. Art. 250.2 C. N.: “Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, al sólo efecto de determinar su validez”.

*Atribuciones.* La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.
3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

El control, entendemos nosotros no puede ser sobre los elementos recuperados en las diligencias sino sobre el acto mismo, sobre la orden impartida para estos eventos, la cual debe surtir un examen de validez por parte del juez de garantías. Esto nos lleva a aseverar que el control debe realizarse sobre la misma orden y no sólo sobre los elementos recuperados.

Si observamos por ejemplo en Alemania estas disposiciones de “confiscación” de comunicaciones escritas, correo, telecomunicaciones, registros del sospechoso (sents. 98 y 104) son de competencia del juez y excepcionalmente del fiscal (en caso de peligro por la demora) pero no pueden ser regla general.

#### **IV. CADENA DE CUSTODIA**

El Acto Legislativo 03 de 2002 y el artículo 250 C. N. le atribuye en el numeral 3 la obligación a la Fiscalía General de la Nación de “asegurar los elementos probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción”.

A su vez el artículo 112 del proyecto establece en el numeral 7 la misma obligación. *Una vez se observa el articulado sobre cadena de custodia* podemos afirmar que la responsabilidad de custodia casi en un 99% le corresponde a la policía judicial y a las instituciones que realizan su guarda en el caso de requerir algún experticio.

El artículo 220 denominado *Devolución de la orden y cadena de custodia*. Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las treinta y seis (36) horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente *pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados*.

En caso de haber realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la policía judicial pondrá inmediatamente al capturado a órdenes del fiscal, junto con el respectivo informe.

A partir del artículo 258 se establecen una serie de disposiciones sobre cadena de custodia que hacen responsables a los funcionarios que intervienen y obligan a la certificación de la cadena de custodia por parte de ellos.

*Inicio de la cadena de custodia.* El servidor público que, en actuación de indagación o investigación policial, hubiere embalado y rotulado el elemento *material probatorio*, lo custodiará.

*Traslado de contenedor.* El funcionario de policía judicial o el servidor público que hubiere recogido, embalado y rotulado el elemento material probatorio, lo trasladará al laboratorio correspondiente, donde lo entregará en la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia.

*Traspaso de contenedor.* El servidor público de la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, sin pérdida de tiempo, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia, entregará el contenedor al perito que corresponde según la especialidad.

*Actuación del perito.* El perito que reciba el contenedor dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá a las investigaciones y análisis del elemento material probatorio, a la menor brevedad posible, de modo que su informe pericial pueda ser oportunamente remitido al fiscal correspondiente.

*Responsabilidad de cada custodia.* Cada servidor público de los mencionados en los artículos anteriores, será responsable de la custodia del contenedor y del elemento material durante el tiempo que esté en su poder, de modo que no pueda ser destruido, suplantado, alterado o deteriorado.

*Remanentes.* Los remanentes del elemento material analizado, serán guardados en el almacén que en el laboratorio está destinado para ese fin. Al almacenarlo será previamente identificado de tal forma que, en cualquier otro momento, pueda ser recuperado para nuevas investigaciones o análisis o para su destrucción, cuando así lo disponga la autoridad judicial competente.

Cuando se tratare de otra clase de elementos como, moneda, documentos manuscritos mecanografiados o de cualquier otra clase; o partes donde constan números seriales y otras semejantes, elaborado el informe pericial, continuarán bajo custodia.



*Examen previo al recibo.* Toda persona que deba recibir un elemento material probatorio, antes de hacerlo, revisará el recipiente que lo contiene y dejará constancia del estado en que se encuentre.

*Identificación.* Toda persona que aparezca como embalador y rotulador, o que entrega o recibe el contenedor de elemento material probatorio, deberá identificarse con su nombre completo y apellidos, el número de su cédula su ciudadanía y el cargo que desempeña. Así constará en el formato de cadena de custodia.

*Los contenedores.* La Fiscalía General de la Nación diseñará los recipientes en los que se habrán de embalar los elementos materiales probatorios; los clasificará según los elementos que deban contener y ordenará su producción en número suficiente para abastecer a todos los funcionarios que habrán de usarlos. En ningún momento podrán faltar tales contenedores.

*Los rótulos.* La Fiscalía General de la Nación seleccionará el material de los rótulos previstos en este capítulo y las seguridades necesarias que los identifiquen como auténticos. Además, ordenará la producción suficiente para marcar los contenedores. Estos y aquéllos, serán cuidadosamente administrados, de modo que únicamente lleguen a las personas autorizadas.

*Rechazo.* Ningún servidor público admitirá elemento material que no esté embalado en contenedores y con rótulos oficiales. Salvo que exista imposibilidad comprobada de que la Fiscalía no ha podido suministrar los empaques como los rótulos de que trata el artículo 258, por razones de carácter presupuestal, geográfico de orden público y otros similares, casos en los cuales se utilizarán los medios más idóneos y disponibles en el lugar que se requiera preservar el material probatorio.

En los casos señalados anteriormente el medio que reemplace el rótulo deberá cumplir con los requisitos que para éste se encuentran establecidos en el artículo 258 de este código.

*Certificación.* La policía judicial y los peritos certificarán la cadena de custodia.

La certificación es la afirmación de que el elemento hallado en el lugar, fecha y hora indicados en el rótulo, es el que fue recogido por la policía judicial y que ha llegado al laboratorio y ha sido examinado por el perito o peritos. Además, que en todo momento ha estado custodiado.

*Destino de macroelementos.* Salvo lo previsto en este código en relación con las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, los macroelementos

materiales probatorios, mencionados en este capítulo, después de que sean examinados, fotografiados, grabados o filmados, serán devueltos al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.

*Formato de cadena de custodia.* La Fiscalía General de la Nación diseñará el formato de cadena de custodia. El diseño consultará lo dispuesto en este capítulo y se adoptarán las seguridades necesarias que lo identifiquen como auténtico. Se ordenará la producción del formato en cantidades suficientes para satisfacer las necesidades de las investigaciones. Este material se administrará celosamente de modo que únicamente llegue a las personas autorizadas.

*Número de formatos por caso.* Por cada elemento material embalado y rotulado, se empleará un formato de cadena de custodia.

Si el diseño de formato es para múltiples y variados elementos, en el mismo formato podrán firmar el recibo del elemento tantas personas como elementos sean, o una sola persona que recibe varios elementos.

Si la pretensión del acto legislativo era la de que la Fiscalía debía “asegurar” el material probatorio, pensamos en que era la Fiscalía la que debía recibir y custodiar los elementos materiales probatorios asegurando ella la cadena de custodia, tal y como ocurre por ejemplo en las disposiciones del Código chileno (art. 187 inc. 2 CPP) en donde se dispone que se informará al fiscal, para que éste decida si se debe hacer experticia, en caso afirmativo a quien se debe entregar.

Este aspecto garantiza un verdadero control y aseguramiento del material probatorio por parte del fiscal.

De igual manera el principio general de “destino de las especies que se maneja en la legislación chilena, garantiza aún más la responsabilidad de la Fiscalía en su deber constitucional. No solamente basta con entregar los recipientes “oficiales” para asegurar el material probatorio, sino que se debe implementar un depósito permanente bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación. Esto quiere decir, que si bien es cierto todos los intervinientes deben cumplir y garantizar la cadena de custodia, es deber primordial de la Fiscalía “asegurarla” y por lo tanto no podrá dejar en manos de otros funcionarios la misma. En otras palabras, puede que los otros funcionarios e instituciones puedan (con el conocimiento del fiscal) tener temporalmente la custodia, pero la definitiva debe ser de la Fiscalía.

De igual manera consideramos que la policía judicial debe consultar al fiscal para decidir sobre la destrucción de las especies que no puedan ser conservadas, y no como sucede en el artículo 259.

El fiscal, en su defecto los funcionarios de policía judicial, deberán ordenar la destrucción de los materiales explosivos en el lugar del hallazgo, cuando las condiciones de seguridad lo permitan.

Entendemos que si se exige en el artículo 87 la destrucción en presencia del fiscal y del Ministerio Público, no podrá darse esta facultad omnímoda a policía judicial.

Si sosteníamos en capítulos anteriores que policía judicial tendrá una actuación autónoma, legítima y válida sólo dentro de las 36 horas pues debe informar a la Fiscalía dentro de ese plazo y someterse a su dirección y control, se debe exigir igualmente que el material probatorio sea traspasado al fiscal y que éste asuma la responsabilidad del mismo.

## V. CONCLUSIONES

– La Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de dirigir, coordinar, controlar y verificar la investigación y los órganos con función de policía judicial.

– La Fiscalía General de la Nación debe solicitar por regla general la autorización al juez de garantías para poder restringir los derechos fundamentales.

– La Fiscalía conserva facultades judiciales en el acto legislativo pero estas deben ser mínimas, por lo que la excepción no puede convertirse en la regla.

– Los casos de urgencia serían los únicos factibles para que la Fiscalía ordenara las “confiscaciones”.

– No estamos de acuerdo con mecanismos como los de: entrega vigilada, infiltrados o encubiertos.

– La cadena de custodia es responsabilidad y obligación de la Fiscalía, así que puede temporalmente estar en cabeza de otros funcionarios, pero debe asegurarse un lugar que esté bajo custodia efectiva de la Fiscalía.

– Si va a ser la Fiscalía la que va a diseñar el programa metodológico deberá estar entrenada para esto en todos los aspectos.

– Se debe garantizar la existencia de elementos que garanticen la conservación del material probatorio, es decir, de dotar a Fiscalía y policía judicial de elementos que permitan realizar la recolección de los elementos probatorios y la conservación, para su posterior contradicción.

