

**LA ILEGALIDAD DE LA CAPTURA REALIZADA A LOS PASANTES HUMANOS  
DEL NARCOTRAFICO EN EL AEROPUERTO EL DORADO.**

**CAMILO ALFONSO GONZÁLEZ GÓMEZ**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS  
FACULTAD DE POSGRADOS  
MAESTRIA EN PENAL Y PROCESAL PENAL  
TUNJA  
2017**

**LA ILEGALIDAD DE LA CAPTURA REALIZADA A LOS PASANTES HUMANOS  
DEL NARCOTRAFICO EN EL AEROPUERTO EL DORADO.**

**CAMILO ALFONSO GONZÁLEZ GÓMEZ**

**Tesis de grado para optar por el título de  
Magister en Derecho Penal y Procesal Penal**

**Asesor:**

**Phd. DEIBY ALBERTO SAENZ RODRIGUEZ**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS  
FACULTAD DE POSGRADOS  
MAESTRIA EN PENAL Y PROCESAL PENAL  
TUNJA  
2017**

Nota de Aceptación

---

---

---

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Tunja, Diciembre de 2017

*Dedicado a mí amigo y hermano Diego  
Fernando González Estrada.*

*A mis padres Tirso y Yolanda, por su  
persistencia.*

*A Eliana Melisa mi esposa por su apoyo  
incondicional.*

*A Emilio mi hijo por su amor y alegría.*

*Por ultimo a mi alma mater, la Universidad  
Santo Tomas Tunja, y su cuerpo docente en  
especialización y maestría.*

## CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	8
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
3. OBJETIVOS	13
3.1 OBJETIVO GENERAL	13
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
4. METODOLOGÍA	14
4.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	14
4.2 FUENTES UTILIZADAS	14
5. HIPOTESIS	15
CAPITULO I. MODALIDADES DEL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SU SUSTENTO NORMATIVO	16
CAPITULO II. DE LA DIGNIDAD HUMANA, DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO	28
2.1 LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO FUNDANTE DEL ESTADO COLOMBIANO	33
2.2 EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN COLOMBIA	39
2.3 DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN	44
2.4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	54
CAPITULO III. DE LA ILEGALIDAD DE LA CAPTURA A LA EXCLUSIÓN PROBATORIA	59
3.1 LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LA CAPTURA	68
CAPITULO IV. LA ILEGALIDAD DE LA CAPTURA REALIZADA A LOS PASANTES HUMANOS DEL NARCOTRAFICO EN EL AEROPUERTO EL DORADO	81
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	108
BIBLIOGRAFÍA	109

## RESUMEN

La dignidad humana, el derecho a la intimidad, el debido proceso, y el derecho a la no autoincriminación, son principios, derechos y garantías, que se pueden ver limitados en un proceso penal, por lo tanto se hace indispensable efectuar un análisis en relación a los límites y alcances de estos postulados, de cara a los procedimientos de seguimiento pasivo de personas, inspección corporal y del interrogatorio al capturado que se realizan en el aeropuerto el Dorado a los correos humanos que llevan en el interior de su cuerpo sustancias psicoactivas prohibidas.

La posición al tanto de los extremos y trascendencias que llegaren a tener estos principios, garantías y derechos tienen diferentes aristas, y van desde considerar que deben ceder ante diferentes actos de investigación con destino a la jurisdicción penal, hasta aseverar que se deben excluir todas aquellas actuaciones que van en contra vía de postulados constitucionales.

Por lo anterior la honorable Corte Constitucional ha puntualizado en diversos pronunciamientos que los actos de investigación tendientes a demostrar la responsabilidad penal, tienen que regirse bajo reglas o estándares normativos en pro de respetar la dignidad humana, el derecho a la intimidad, debido proceso y la no autoincriminación.

**PALABRAS CLAVE:** Narcotráfico, captura, dignidad humana, inspección corporal, seguimiento pasivo de personas, interrogatorio al capturado, intimidad, no autoincriminación.

## **ABSTRAC**

Human dignity, the right to privacy, due process, and the right to self-incrimination, principles, rights and guarantees, which can be limited in a criminal process, therefore, it is essential to make analysis in relation to the limits and scope of these postulates, of the procedures and procedures of passive monitoring of the persons, corporal inspection and of the interrogation to the captured that are carried out inside the Dorado to the human mails that they carry inside their body psychoactive substances prohibited.

The position aware of the extremes and transcendences that reach these principles, guarantees and rights have different edges, ranging from the fact that they must yield to different acts of investigation destined to the criminal jurisdiction, until asserting that all actions that must be excluded must be excluded. They go against the constitutional postulates.

Therefore, the honorable Constitutional Court has pointed out in various pronouncements that the investigative acts would have to demonstrate criminal responsibility, which will be governed by rules or normative standards in favor of human dignity, the right to privacy, due process and the without self-incrimination.

**KEY WORDS:** Narcotrafic, capture, human dignity, bodily inspection, passive tracking of people, interrogation of the captured, privacy, not self-incrimination.

## 1. INTRODUCCIÓN

No es un secreto que el Estado colombiano ha iniciado una lucha de frente contra el comercio ilegal de fármacos prohibidos, y trata de utilizar todas las herramientas que tiene a su disposición y que le otorga el ordenamiento jurídico para mermar el consumo, uso y abuso de las sustancias indebidas. Esa lucha no es únicamente interna, por el contrario, se trata de controlar que de los límites fronterizos no salga para su comercialización por ninguna de las puertas de salida o embarque hacia el exterior.

Una de las modalidades de exportación de ilícitos estupefacientes es la que se realiza en los aeropuertos internacionales del país, especialmente en el aeropuerto el Dorado. Si bien por medio del muelle de carga se intentan sacar al exterior drogas camufladas en juguetes, materia orgánica, cuadros, electrodomésticos, etc., la modalidad más sensible y abrupta es la que se realiza por las denominadas “mulas” del narcotráfico. Estas son utilizadas por narcotraficantes para que transporten estupefacientes a otra nación potencialmente consumidora, pero su modo de operación básicamente consiste en que el “correo humano” previamente a abordar el vuelo, ha ingerido dedos o dediles que en su interior van con cocaína o heroína.

Dentro de esa guerra sin cuartel, los órganos de inteligencia han desarrollado una rutina investigativa para dar con los “pasantes” de los fármacos prohibidos. Este rito se inicia desde el perfilamiento de la persona cuando se encuentra en el counter<sup>1</sup>, pues allí por medio de un seguimiento pasivo con las cámaras de seguridad del aeropuerto se vigila y se está alerta si la persona tiene algún movimiento corporal “sospechoso”.

De igual forma, si la persona queda rotulada como sospechosa, se le transporta por Policía de Vigilancia a una sala denominada BodyScan donde se le hace firmar un consentimiento informado para que se le realice una placa de rayos X y mirar si en el interior de su cuerpo lleva alguna sustancia estupefaciente. Si la placa abdominal de rayos X, al ser analizada por el Policía de vigilancia no demuestra ninguna irregularidad, la persona puede seguir su transcurso como si nada hubiese pasado, pero si por el contrario, se tiene indicios que internamente en su humanidad transporta algo irregular—en este punto no se sabe qué clase de alcaloide-, inmediatamente es capturada.

---

<sup>1</sup> El Counter es el mostrador de la aerolínea donde el viajero muestra allí sus documentos para validar su pasabordo y donde se entrega el equipaje de bodega.

Seguidamente al capturado, se le empieza a realizar un interrogatorio, para que indique cuantos dediles ingirió y la composición de estos, y sea la respuesta negativa o confirmativa, de igual forma es llevado a un hospital o clínica donde la persona es forzada a expulsar los fármacos. A simple vista el procedimiento parecería legal, pero no lo es. Esta rutina no ha variado desde los primeros casos positivos de transporte de narcóticos en la modalidad de “mulas”, por lo que estas prácticas están sujetas a un modelo en enjuiciamiento de estirpe inquisitiva, en acomodo de una anterior constitución de 1886 que no respondía al concepto de derechos fundamentales.

Desde el nacimiento del Estado Colombiano en el siglo XIX, el ordenamiento jurídico patrio se ha destacado por tener en sus jurisdicciones judiciales, codificaciones procedimentales de línea inquisitoria, que no permitían un goce efectivo de los derechos fundamentales y que restringían su uso pleno y efectivo.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se positivizan principios generales del derecho, se declararon los principios sobre los cuales se fundamenta el Estado, se dio un viraje extremo a lo que se consideraba derecho humano, y se entró a codificar y a reconocer derechos fundamentales del conglomerado social, dentro de un marco democrático, social y de derecho.

Bajo esta misma óptica, el Estado inicio el camino de constitucionalizar las diferentes codificaciones sustanciales y procesales. Producto de lo anterior se reformo el código de procedimiento penal y se promulgo la ley 600 de 2000<sup>2</sup> que a su vez derogaba al decreto 2700 de 1991,<sup>3</sup> pero la esencia de esta nueva legislación era la misma inquisitiva que se intentaba superar.

Por lo anterior, el legislador teniendo como referencia que las actuaciones procedimentales penales incidían indispensablemente con la dignidad humana, garantías y derechos fundamentales, bajo reforma constitucional profirió el acto legislativo 003 del año 2002, y de forma posterior expidió la ley 906 de 2004, la cual en cierta medida humanizaba la actuación penal y se encontraba acorde con los postulados constitucionales de la Carta Magna de 1991. Este nuevo sistema dio las pautas que deben tenerse en cuenta para garantizar y efectivizar los derechos del sujeto pasivo de la acción penal en el ejercicio del ius puniendi

---

<sup>2</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 600 de 2000. (24, julio, 2000). Diario Oficial, No. 44097.

<sup>3</sup> Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal. Diario Oficial, 1991. No. 40190.

Estatal. Al tanto que por conducto de esta normativa, se dio un cambio en las practicas inquisitivas a las que se estaban acostumbradas, con relación o de cara a la obtención de evidencia física o elementos materiales probatorios, como por ejemplo, la inspección corporal, el seguimiento pasivo de personas, el interrogatorio al capturado, debido a que se crea el juez de control de garantías y este es quien autoriza las intervenciones a los derechos fundamentales ya sea del procesado o de la víctima.

Con la entrada del juez control de garantías se dispuso que todas las actuaciones investigativas del órgano de persecución penal que afectaran derechos fundamentales se sometieran a un control previo o posterior, para declarar su legalidad o ilegalidad, es decir, que este juez someterá los actos de investigación a un riguroso examen y si observa que estos se practicaron en contravía del derecho, restablecerá los derechos y garantías que le fueron socavados al individuo.

Por lo tanto debe considerarse que el juez control de garantías es un baluarte en el procedimiento criminal Colombiano, pues de cara a los postulados constitucionales, esta figura es una barricada cuando existe un exceso en las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y su policía judicial, y se constituye como la máxima garantía en pro de los derechos no solamente del procesado sino también de las víctimas de los diferentes hechos punibles.

Algunas actuaciones del fiscal general o sus delegados deben de acompañarse ineludiblemente de un armonioso y perfecto procedimiento para la obtención de evidencia física, y que en ese trámite siempre se respeten derechos y garantías fundamentales de los que pueden ser objeto de esas prácticas puesto que su fin es la declaratoria de responsabilidad penal, declaratoria que puede llevar al traste la vida personal, familiar, social, y libertad de un ser humano.

En ese sentido, y si bien se han fijado los alcances y privilegios de los derechos constitucionales de la población Colombiana, estos deben aplicarse sin lugar a dudas en todas las etapas del procedimiento penal, sin importar a que delito se enfrenta y quienes son las posibles víctimas.

Por lo anterior, el objeto de la presente Tesis es determinar si en las capturas realizadas a los correos humanos por narcotráfico en el aeropuerto el dorado de Bogotá, son legales y se están cumpliendo con las reglas pautadas por el Código de Procedimiento Penal Colombiano y con las interpretaciones de la Corte Constitucional, para la obtención de evidencia o elementos probatorios.

Para llegar a una conclusión sensata, se abordara en el primer capítulo sobre el narcotráfico y la evolución normativa que ha imperado en el sistema jurídico colombiano y en el plano internacional, para tratar de frenar el fenómeno mundial del tráfico ilícito de estupefacientes.

De igual forma, en el capítulo segundo se analizara el alcance dogmático y sustancial del principio de la dignidad humana, del derecho a la intimidad, la no autoincriminación y el consentimiento informado. En el capítulo consiguiente se establecerán los postulados procedimentales tendientes a excluir las actuaciones que surgen de la obtención de pruebas ilegales y se hará un comparado con el sistema de enjuiciamiento Norteamericano y la regla de la exclusión probatoria.

Por último y en el desarrollo de este trabajo se entrara a estudiar lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias C-431 de 2002 y C-881 de 2014, que desarrollan el artículo 239 de la ley 906 de 2004 en lo relativo al seguimiento pasivo de personas, así como también se analizara lo dicho en la sentencia C-822 del 2005 que interpreto específicamente el artículo 247 y su limitación sustancial y procedimental con relación al derecho a la no autoincriminación, dignidad humana y a la intimidad. En el mismo aparte se examinara el consentimiento informado otorgado por el sospechoso y capturado y la validez de este.

Ahora bien, los aciertos o desaciertos logrados fueron estudiados en cada uno de los apartes donde se valoró la normativa o jurisprudencia estudiada; así como se resaltaron desde ese mismo momento los resultados obtenidos. El fin buscado radica en el interés de presentar una visión seria de las actuaciones legales o ilegales de la policía de vigilancia antinarcóticos que presta su servicio en el aeropuerto el Dorado; así como las implicaciones que puede llegar a tener el hecho de que por sentencia jurisprudencial se pueda permitir la inspección corporal de los seres humanos aun cuando llegase a persistir la negativa del indiciado, imputado o acusado a suministrar muestras para cotejo bajo el argumento de tener derecho a guardar silencio tanto él como su cuerpo aun cuando el procedimiento implique limitar y restringir derechos fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, la integridad Física y la prohibición de auto Incriminarse.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

¿De los actos de investigación realizados por la policía judicial en el muelle internacional del aeropuerto el Dorado a los pasantes humanos de narcóticos, se puede predicar la ilegalidad y la exclusión de los mismos por el juez control de garantías?

## **3.OBJETIVOS**

### **3.1 OBJETIVO GENERAL**

Analizar si con los procedimientos realizados por la policía nacional de inspección corporal en el aeropuerto el Dorado y posteriormente en un centro hospitalario, el seguimiento pasivo de personas, el consentimiento informado y el interrogatorio al capturado, pueden llegar a socavar derechos fundamentales de pasantes humanos de narcóticos, quienes son sometidos a estos actos de investigación y llegar a predicarse la legalidad de la captura.

### **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar el marco normativo nacional e internacional de la fabricación, tráfico y porte de estupefacientes.
- Describir el desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial de la dignidad humana, intimidad y no autoincriminación.
- Detallar los alcances de la ilegalidad de la captura y su relación con la exclusión probatoria, bien sea por el juez control de garantías o el juez de conocimiento en el marco de la ley 906 de 2004.
- Efectuar una crítica a los procedimientos realizados por el personal de vigilancia antinarcóticos de la policía nacional adscritos al muelle internacional del aeropuerto el dorado, así como a lo reglamentados por la Corte Constitucional para dichas actuaciones.

## **4. METODOLOGÍA**

La metodología que se empleó para el desarrollo de esta investigación fue de orden analítico-descriptivo, ya que la misma permitió, por un lado obtener la información sobre una determinada realidad de acuerdo con criterios previamente establecidos mediante la lectura o estudio de informaciones aportadas por fuentes de autoridad relevantes en el tema, y por otro lado permitió interpretar dicha realidad para luego proponer alternativas de solución asequibles y realizables en torno a ésta cuestión.

### **4.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Básica Jurídica, como hace referencia Ferrajoli (1986), son las construcciones teóricas del Derecho<sup>4</sup>.

### **4.2 FUENTES UTILIZADAS**

Secundarias (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia)

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. El Derecho penal mínimo. En Prevención y teoría de la pena. Santiago de Chile : Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995. p. 10.

## **5. HIPOTESIS**

La ilegalidad de la captura debe decretarse por el juez control de garantías una vez se haya verificado que en la aprehensión material de la persona se desconocieron reglas del procedimiento penal para la obtención de evidencia física o elementos materiales probatorios, que inescindiblemente se encuentran ligadas a la dignidad humana, la intimidad, integridad personal, autodeterminación y a la no autoincriminación. Lo anterior debido a que el seguimiento pasivo de personas, la inspección corporal, el consentimiento informado, y el interrogatorio al capturado, son actuaciones que tienen un soporte constitucional y legal, y desconocer los parámetros en que se deben realizar, llevarían al traste las garantías que sustentan el sistema jurídico procesal penal, tratados internacionales de derechos humanos y la misma Constitución Política de 1991.

## **CAPITULO I**

### **MODALIDADES DEL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SU SUSTENTO NORMATIVO**

Si bien en sede de este capítulo no se quiere hacer un estudio sociológico sobre los orígenes y causas del fenómeno del narcotráfico, así como su impacto social, ambiental y económico en el conglomerado social y en la historia patria, si se debe tener en cuenta a modo de ilustración, para entender la normatividad surgida, que ha imperado en el ordenamiento jurídico y se refleja en las prácticas de la policía judicial y de vigilancia, al mismo tiempo que en la política criminal que se ejerce para combatir esas sustancias narcóticas.

En primera medida se debe tener presente que el narcotráfico es un fenómeno de vieja data, que rompe fronteras y ha permeado a todos los países terrenales, pues el narcotráfico conlleva ineludiblemente al consumo de sustancias psicoactivas que generan dependencia a la sustancia y por la cual el consumidor requiere mayores dosis y por lo tanto un mayor consumo a largo plazo. Lo anterior haciendo que el negocio sea un negocio rentable.

La lista de las sustancias psicotrópicas que alteran las facultades mentales es de amplia gama y han evolucionado a lo largo de los siglos, a través de diferentes culturas y países. Como lo indica Molly Chamber y Gabriel Britto, la realidad de las drogas, su consumo y uso indebido se encuentra edificado en un entorno sociocultural y su experiencia también difiere de significados, contextos y relaciones sociales.<sup>5</sup>

De igual manera como lo explica Roberto Celaya, la India exportaba especias, algodón y opio a China fluyendo luego los recursos de estas transacciones a Inglaterra, pero una depresión mundial afectó el crecimiento y comercio de la India, con lo que éste país se enfocó en el comercio de Opio con China. Este producto, había sido utilizado en China en forma medicinal, y aunque se prohibió su importación, continuó fluyendo en pequeñas cantidades.<sup>6</sup>

El comercio internacional de China se encontraba limitado únicamente por puerto

---

<sup>5</sup> CHAMBERS, Molly y BRITTO, Gabriel. El Contexto sociocultural del consumo de drogas y sus efectos en la política sobre las drogas, en *Narcotráfico: dimensiones económicas y sociales*. En: *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. Septiembre, 2001, no. 169, p. 154.

<sup>6</sup> FIGUEROA CELAYA, Roberto. *China y la Guerra del Opio*. México : Instituto Tecnológico de Sonora, 2001, p. 1.

de Cantón, siendo lo anterior una política mínima o reducida de comercio exterior, para lo que el imperio británico a mediados del siglo XVIII, crea la East India Company, el cual era un monopolio inglés que aglutinaba todo el comercio con Inglaterra. Para 1773 Inglaterra por medio de su empresa exportadora, decidió crear su propio monopolio del Opio desde la India compitiendo con el que se comercializaba desde Portugal. Esta competencia hizo que los precios disminuyeran, se incrementara el consumo y creciera constantemente la demanda. Para 1836 el flujo de Opio de la India a Cantón era considerablemente alto, convirtiéndolo en el producto comercial estrella del siglo XIX.<sup>7</sup>

Después de siglos de comercio, Occidente —en especial los Ingleses—, había encontrado por fin un producto que solicitaran los Chinos en cantidades suficientes para proveerles de los recursos que necesitaban. Sin embargo, China tenía otro punto de vista ya que su economía continuaba siendo cerrada a Occidente, y a pesar de ello, en la voz de Inglaterra, ellos no iban a dejar escapar un mercado potencial de 400 millones de consumidores.<sup>8</sup>

Por el siglo XIX alrededor de 1,820 toneladas de Opio entraban a China cada año. La adicción se incrementaba cada vez más y más, algunos cálculos estiman que había alrededor de unos 12 millones de adictos en China. Este problema en el consumo del Opio en China comenzaba a tener consecuencias en los fondos de recursos a las arcas Imperiales y a las gubernaturas locales. Como cada vez salía más dinero de China, la moneda se devaluó, generando inconformidad en el pueblo y los comerciantes. Por otro lado, la intoxicación de las gentes con Opio daba pauta a que veces en el gobierno Imperial se pronunciaran en contra del comercio y consumo del Opio.

El Imperio estableció patrullajes especiales para detener el contrabando de Opio, con lo cual solo generó más corrupción y problemas en ambos bandos, ya que en ocasiones estos oficiales eran atacados para robarles los cargamentos. El Opio se había tratado de prohibir en el siglo XVIII sin lograrlo, por lo que pronunciamientos del gobierno Chino iban más enfocados a la legalización del comercio y consumo del Opio.<sup>9</sup>

De lo anterior se puede extraer entonces dos situaciones. La primera, que el opio es el narcótico de mayor antigüedad que se conoce y que se ha registrado, y, la segunda, el comercio internacional, importación y exportación de un país a otro de

---

<sup>7</sup>Ibid., p. 2.

<sup>8</sup>Ibid., p. 4.

<sup>9</sup>Ibid., p. 5.

sustancia estupefacientes data de siglos pasados y fue tan permisiva esta práctica, así como su consumo.

Si bien se puede decir que el consumo de opio no inicio en china, pues existen datos que muestran que desde el antiguo Egipto se utilizaba esta planta y su cáñamo para curar enfermedades y como analgésico, es en dicha cultura donde tiene su auge, por su grado facilidad en su compra, porque era legal, y por qué la densidad poblacional de china permitían un mercado amplio para su importación desde la India.

Por otro lado, Colombia no ha sido ajena a la utilización del opio, ya que en la época de la Nueva Granada esta planta hacia parte del inventario de los boticarios en Bogotá y su uso era legal dependiendo de la autorización otorgada para la cura de las dolencias.<sup>10</sup> La más antigua referencia sobre la utilización del opio en el país, tiene la fecha de 1763; en este año se abre en Santa Fe la primera botica pública, de propiedad de los Padres Dominicos y atendida por Juan José Mangue; "poco tiempo después se titularon de boticarios en el Virreinato, Antonio Garráez y el Padre Bohórquez, de la orden de San Juan de Dios. Garráez fue el primer laico que vendió yerbas, triaca y ungüentos en Santa Fe. La triaca era una antigua preparación que se componía de opio y otros ingredientes y se empleaban contra "las mordeduras de animales ponzoñosos."<sup>11</sup>

Las preparaciones a base de opio fueron ampliamente utilizadas en todo el mundo para una serie de lesiones y en la ciencia médica; pero estas preparaciones en su mayor parte fueron quedando relegadas al olvido con la aparición del primer alcaloide del opio, la morfina. En efecto a partir del año de 1803, Serturmer<sup>12</sup> empezó a estudiar los derivados del opio crudo y publicó sus descubrimientos en 1805, llamando al alcaloide extraído, morfina en honor de Morfeo, el dios romano del sueño. El uso masivo de la morfina se inicia hacia 1855 con la introducción de la jeringuilla hipodérmica y aparecen los grandes fenómenos de la drogadicción narcótica, inicialmente en los campos de bátala y luego en los refinamientos de la alta sociedad.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> ALVAREZ, Tiberio. Algunas Historias en la Historia del Opio. En: Revista Colombia Anestesia 8. Bogotá, 1980. p. 196.

<sup>11</sup>Ibid., p. 197.

<sup>12</sup>Friedrich W. A. Sertürner (Neuhaus (hoy Paderborn), 19 de junio 1783 - 20 de febrero 1841 Hamelin) fue un farmacéutico alemán pionero del descubrimiento y aislamiento de los principios químicos de la morfina en 1805. Serturmer fue el primer científico exitoso en el aislamiento de cristales de morfina de la planta de amapola, en efecto, la creación de un analgésico más fuerte y más eficaz.

<sup>13</sup> ALVAREZ, Tiberio. Op. cit. p. 199.

Según el doctor Tiberio Álvarez, los médicos colombianos empezaron a utilizar la morfina por lo menos para trastornos mentales en el año de 1875, y precisamente en este año apareció en la Revista Médica de Bogotá un artículo escrito por el doctor Florentino Ángulo sobre "Locura curada con inyecciones hipodérmicas de morfina". El mismo autor ilustra casos de notables médicos colombianos que experimentaron con la morfina para uso personal y en donde son sujetos a dependencia de este narcótico, caso singular es el del médico Alejandro Restrepo quien fue un eminente médico antioqueño, con estudios en París, y quien murió en Europa bajo el efecto de las drogas.<sup>14</sup>

Estos argumentos traídos a colación demuestran que el narcotráfico y el uso de estos ya sea para uso médico o personal, impera y permea a todos los Estados desde tiempos lejanos y si bien la mano dura y las normas prohibitivas vienen o tienen su origen de forma reciente, no es menos cierto que existen convenios internacionales para procurar su uso adecuado, y otros que devienen en su negativa y prohibición.

Teniendo en cuenta lo anterior, la comunidad internacional no perdió de vista la salubridad pública, y producto de aquello se empezaron a elaborar normas prohibitivas de sustancias que inhiben la plena conciencia y la salud mental, al tanto la Convención Internacional del Opio, adoptada en La Haya en 1912, en donde los Estados contratantes ponen límites a la producción, consumo y comercialización del opio, cocaína, y heroína –derivado de la morfina-, fue la primera declaración de naciones para ponerle un límite a este fenómeno mundial.

La Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención Única sobre Estupefacientes, celebrada en Nueva York del 24 de enero al 25 de marzo de 1961, enmendada por el protocolo de modificación de 1972, es la hoja de ruta de la actual lucha contra el narcotráfico. En esta se indica que las partes preocupados por la salud mental y moral de la humanidad, y reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, disponen entre otras cosas, prevenir y prohibir la manufactura y tráfico ilícito de narcóticos, así mismo da unas definiciones exactas de que y en que consiste cada sustancia farmacológica prohibida.

En ese mismo sentido, La Conferencia de las Naciones Unidas aprobó y abrió a la firma el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas en 1971. Este convenio no afecta el anterior tratado, por el contrario lo complementa y añade nuevas sustancias que se deben considerar prohibidas, al tanto que la palabra narcótico es sustituida por

---

<sup>14</sup>Ibid., p. 200.

sustancias psicotrópicas –pues esta considera de un rango mayor con productos farmacológicos que se prestan para su abuso, ejemplo: las anfetaminas-.

Se puede decir que lo esencial del Convenio de 1971 era poner fuera de la ley en términos absolutos cualquier fármaco relacionado con «expansión de la conciencia», fuesen cuales fuesen sus efectos primarios y secundarios, su toxicidad o su naturaleza química, reservando a la comunidad internacional incluir cualquier otro con uso indebido y efectos nocivos, a tenor de lo que sugirieran las brigadas encargadas de reprimir el tráfico y consumo de estupefacientes en cada país.<sup>15</sup> En conclusión, lo esencial de la reacción prohibicionista que cristaliza el Convenio de 1971 fue confirmar el deber/derecho estatal de intervenir en la esfera íntima.

Del mismo modo las Naciones Unidas, del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988 aprobó y firmo la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Esta Convención puede llegar a ser la más restrictiva, pues si bien existe una preocupación por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, se invita a punir conductas individuales en torno a las personas toximánicas, es decir, que se debe castigar por los Estados partes a los adictos de las sustancias que se encuentran en los Convenios y Convenciones de 1961 y 1972. Esta también estipula el castigo penal a quienes tengan bienes producto del comercio ilícito de narcóticos, es decir, el lavado de activos, o que los oculten o los encubran, a sabiendas de la naturaleza de su origen.

Referente a lo anterior, el Estado Colombiano no se quedó atrás en la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias psicoactivas, pues como bien se sabe y es parte del legado histórico, Colombia ha sido considerada como el mayor exportador de cocaína para el resto del mundo, decepcionante primer lugar que alguna vez compartió con otros países productores como Bolivia, Perú y Brasil.

El periodista colombiano Fabio Castillo, hizo público un libro en el cual cuenta la historia del narcotráfico en Colombia y su influencia nefasta en todos los círculos de la sociedad y el poder político, al respecto este indico sobre los orígenes del tráfico ilícito de estupefacientes, que datan de la década del 70-80 en donde el

---

<sup>15</sup> ESCOHOTADO, Antonio. Historia General de las Drogas. Madrid : Alianza Editorial S.A., 1998. p. 678.

producto tipo exportación fue la marihuana, negocio casi exclusivo de algunos sectores de la Costa Atlántica, región en la que se pudo desarrollar con mayor impunidad por la facilidad de transporte marítimo o para el aéreo, en los desiertos guajiros, aptos casi en su totalidad para la "apertura" de pistas clandestinas.<sup>16</sup>

Explica también Castillo, que la siembra de coca se originó con las variedades criolla, peruana, y, en menor proporción, boliviana. Se cultivaba en departamentos como el Cauca, Chocó, Nariño, pero especialmente en la zona marginada conocida como los Territorios Nacionales, cuya mitad es región selvática.

Sobre el proceso de elaboración del clorhidrato de cocaína, se indica que este se produce en lotes de una a cinco hectáreas, conocidos con el nombre de "chagras", en plena selva pero cerca de caños o ríos de alguna importancia. La hoja de coca se recolecta por primera vez a los diez meses de sembrada la planta, y luego cada 90 días. Una hectárea rinde 800 kilos de hojas, y 500 un kilo de cocaína. Con cuatro cosechas anuales se obtienen cinco kilos de cocaína por hectárea.<sup>17</sup>

Junto a las chagras hay un pequeño laboratorio, el cual es una casona recubierta con tela asfaltada conocida con el nombre de paroy, donde una máquina fragmentadora de hojas las reduce a partículas. Luego, por el método de extracción, con agua o gasolina, se consigue la pasta o base de coca. Esta se entrega al mayorista si el cultivo es de su propiedad, o se vende en las riberas de los ríos para ser utilizada como bazuco.<sup>18</sup>

Si el cultivo es de propiedad de un gran narcotraficante, la pasta o base de coca la llevan a un laboratorio, ya ahí utilizan gasolina, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, permanganato de potasio, amoníaco, acetona y éter, la convierten en clorhidrato de cocaína. El químico a quien se encarga de esta labor se conoce con el nombre de "cocinero".<sup>19</sup>

El clorhidrato de cocaína es puesto a secar con potentes lámparas, que deben ser colocadas a una distancia determinada, para evitar que se quemé, caso en el cual pierde su valor. En la finca donde funciona el laboratorio se encuentra la pista de aterrizaje.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> CASTILLO, Fabio. Los Jinetes de la Cocaína. Bogotá, 1987. p. 13.

<sup>17</sup>Ibid., p. 14.

<sup>18</sup>Ibid., p. 15.

<sup>19</sup> Ibid., p. 16.

<sup>20</sup>Ibid., p. 18.

Sostiene Castillo, que los territorios de concentración de cultivos son: Amazonas, Arauca, Casanare, Vichada, Guainía, Putumayo, Vaupés y Boyacá, en donde la pasta de coca es almacenada y procesada después en Meta, Valle, Cundinamarca, y Antioquia, donde se encuentran los laboratorios. Una vez refinada la coca, es trasladada a Atlántico, Magdalena y la Guajira, para ser enviada a Estados Unidos o Europa, por vía marítima o aérea, con escala en Centroamérica, alguna isla del Caribe o Venezuela. Para el transporte marítimo, los puertos habituales de salida son Acandí y Turbo, en el Golfo de Urabá.<sup>21</sup>

Desde 1987 Castillo, destaca y reseña ya una realidad del país y es que cuando se trata de cargamentos que no son propiedad de los capos de la mafia del narcotráfico, sino de aventureros que quieren ingresar al negocio, utilizan personas de bajos recursos, desempleados o gente sin alternativas, a quienes pagan los pasajes de ida y regreso, una suma en dólares equivalente al millón de pesos y el valor de su estada en la ciudad norteamericana o europea a donde deben llevar la cocaína.<sup>22</sup>

Estas personas son llamadas "mulas", una referencia al tradicional animal de transporte de carga en Colombia, pasantes o correos humanos. Para cumplir con su triste misión, el ingenio colombiano se ha agudizado hasta niveles increíbles, que someten a prueba los más sofisticados detectores creados por las autoridades. Se ha encontrado cocaína en maletas de doble fondo, en el interior de imágenes de santos y de obras de artesanía, a bordo de vehículos de carreras, en los caballos de pura sangre que envían para las ferias equinas, en tacones de zapatos de mujer, en imitaciones de los zapatos conocidos como suecos, caracterizados por tener una suela de madera de unos diez centímetros, en forma de almidón para camisas, en pintura de cuadros artesanales, etc.

Pero casi siempre en envolturas de papel aluminio, que se recubre con dedos de guantes quirúrgicos. Estos son lubricados con aceite, y los tragan como si fueran pastillas. Se trata del sistema que se conoce más difundido, pero también el que más muertes ha causado, por la acción de los ácidos estomacales sobre las paredes de los "dedos". Como se descubrió que las autoridades llevan un riguroso control de las personas que salen habitualmente de Colombia hacia los países identificados como principales consumidores de cocaína Estados Unidos, España, Francia, Alemania y Holanda las "mulas", utilizan pasaportes adulterados o falsificados.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup>Ibid., p. 17.

<sup>22</sup>Ibid., p. 17

<sup>23</sup> Ibid., p, 17.

Como se ha señalado desde el inicio de este capítulo, el fenómeno mundial del tráfico ilícito de fármacos ilegales, es tan complejo que los narcotraficantes emplean cualquier herramienta pensada o hasta imposible, con tal de poner su producto en otro país, lo de menos es la forma, lo importante es que se corone su cargamento.

En artículo periodístico de la Revista Semana que data del 30 de noviembre de 1992, denominado “El Ingenio de las Mulas”,<sup>24</sup> se relata el drama de varias personas que intentaron transportar estupefacientes en el interior de su cuerpo y que fueron capturadas o fallecieron en el intento de llegar a otro destino internacional.

Se cuenta por ejemplo el caso de Beatriz, una mujer de 45 años para la época, viuda y madre de seis niñas, quien ingirió 30 dados que en peso bruto sumaban más de 2 kilos de heroína, y fue interceptada por agentes del extinto DAS cuando se disponía a embarcarse en el avión para llegar a la ciudad de Miami en los Estados Unidos de América. Otro caso que llamo la atención fue el de Sandra Lucia Cano, quien par la fecha contaba con 20 años de edad y abordo un vuelo para Madrid – España, cuenta la historia que en mitad del trayecto se le explotaron 5 capsulas o dedos, que contenían Clorhidrato de Cocaína.

Tristes casos que demuestran que en el tráfico ilegal de narcóticos, a los empresarios del ilícito lo que menos les interesa es como llega su droga al exterior, y utilizan como medio para esto tanto bienes muebles, así como personas, aunque ellas tengan que dar la vida, su honra y su libertad, en pro de un negocio que las trata como mulas en todo el sentido de la palabra.

El Estado Colombiano es quien más ha sentido esta realidad mundial, pues sobre sus hombros pesa una carga internacional, y se han tomado medidas normativas para contrarrestar este fenómeno, en primera medida para salir de la estigmatización y señalamiento de la comunidad internacional al responsabilizarlo de ser el causante y productor de cocaína en todo el globo terráqueo y de segunda forma, para reducir el comercio internacional, y las exportaciones que se hacen de este producto ilícito de tierras colombianas a otros países y continentes.

---

<sup>24</sup> LOPEZ, Claudia. El ingenio de las "mulas" [en línea]. Noviembre 1994 [citado 30 noviembre 1992]. Disponible en Internet: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-ingenio-mulas/18761-3>

Las medidas legales más lejanas que se conocen para frenar la distribución, tráfico, consumo, etc, de narcóticos datan inicialmente desde la década de 1970, pues el Estado patrio promulgo la ley 13 de 1974, en donde acatando la política internacional de prohibición del consumo, el gobierno de López Michelsen daba un paso para enfrentar este flagelo y ratificaba e incorporaba a su vez a la legislación nacional la Convención Única sobre estupefacientes del 1962 y su modificación de 1972.<sup>25</sup>

En la misma línea, se expidió la ley 43 de 1980<sup>26</sup> en donde el gobierno de Turbay Ayala, adhirió y aprobó el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971, y se amplió la lista de sustancias prohibidas para el consumo y comercio dentro y fuera de los límites fronterizos.

Las anteriores normativas si bien eran de obligatorio cumplimiento por ser válidas y sancionadas por el gobierno nacional, y por tener características de prohibición, el pueblo colombiano las ignoraba de forma dolosa, pues no tenían una consecuencia jurídica palpable para el infractor.

Por la situación coyuntural que atravesaba el país y el auge de la violencia del cartel de Medellín, para la década de los años 80 se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes conocida como ley 30 de 1986. Dicha normativa cambia el paradigma hasta ahora establecido por el Estado para el control de las sustancias que alteran la mente, pues en esta codificación se determinan las competencias del Consejo Nacional de Estupefacientes como responsable de la Política Nacional de Drogas, se hace la conformación de un "Comité Técnico Asesor de Prevención Nacional de la Farmacodependencia" y de los Consejos Seccionales de Estupefacientes (capítulo IX); incorpora algunas definiciones (droga, estupefaciente, medicamento, psicotrópico, abuso, dependencia psicológica, adicción o drogadicción, toxicomanía, dosis terapéutica, dosis para uso personal, precursor, prevención, tratamiento, rehabilitación, plantación, cultivo); establece las campañas de prevención y programas educativos así como campañas de prevención contra el consumo del alcohol y del tabaco; determina el control de la importación, fabricación y distribución de sustancias que producen dependencia; aborda los delitos (capítulo V) y contravenciones (capítulo VI). La Ley 30 de 1986 también comprende el procedimiento para la destrucción de plantaciones y

---

<sup>25</sup> Ley 13 de 1974. Por medio de la cual se aprueba la "Convención Única sobre estupefacientes". Nueva York, 1961, y su Protocolo de Modificaciones, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972, publicada en el Diario oficial 34228 del 17 de diciembre de 1974

<sup>26</sup> Ley 43 de 1980. Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas", suscrito en Viena el 21 de febrero de 1971 y se autoriza al Gobierno de Colombia para adherir al mismo, publicado en el Diario Oficial 35680 del 15 de enero de 1981.

sustancias incautadas; tratamiento y rehabilitación.<sup>27</sup>

Esta normativa contiene dos aspectos punitivos importantísimos, el primero pune cualquier plantación de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, mientras que el segundo aspecto varía en que se pune al que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años, empero si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión.

Dicho articulado, es el que inicialmente se contempla en la ley 599 de 2000, artículo 376 Tráfico, Fabricación y porte de Estupefacientes, y el que nos rige actualmente. Claro está, que ha sido sujeto de modificaciones legales para frenar el consumo personal de cualquier sustancia como a continuación se expondrá.

También se expidió la ley 67 de 1993<sup>28</sup> bajo el mandato presidencial de Cesar Gaviria, en esta ley se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, pero lo importante de esta ley no es su aprobación, - pues ya existía la ley 30 de 1986 que se le había adelantado jurídicamente a dicho convenio,- sino que el Estado Colombiano la incorpora con ciertas reservas y declara que ninguna parte de la Convención podrá interpretarse en el sentido de obligar a Colombia a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otro carácter que vulneren o restrinjan su sistema constitucional y legal o vayan más allá de los tratados en que sea parte contratante el Estado Colombiano.

A lo anterior, la Corte Constitucional en una primera etapa despenalizó el consumo de droga con la Sentencia C-221 de 1994,<sup>29</sup> en dicha providencia se estableció

---

<sup>27</sup> Ley 30 de 1986. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones, publicada en el Diario Oficial 37.335, del 5 de febrero de 1986.

<sup>28</sup> Ley 67 de 1993. Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial 41.004 del 24 de agosto de 1993.

<sup>29</sup> Corte Constitucional Sentencia C-221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

que el consumo de fármacos ilegales pertenece al ámbito de la libre personalidad y desarrollo del consumidor, y que en un Estado Social y Democrático de derecho, esa autonomía no debía ser castigada penalmente, más sin embargo sostuvo que el legislador, puede regular el lugar, la edad y otras circunstancias dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, sin que esto vulnere el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad.

La segunda etapa, se inició con una prohibición constitucional del consumo o dosis personal, en el año 2003 cuando el gobierno Uribe Vélez promovió un referendo que limitaba en cierta medida derechos constitucionales y reformaba la Constitución Política de 1991, y para fortuna del Estado Constitucional de Derecho fue un mecanismo fallido, pues solicitaba el apoyo de la población colombiana para sancionar la dosis personal, argumentando que haberla despenalizado le hizo un profundo daño al tejido social de la Nación.

De forma posterior, y después de exacerbados intentos por dar prohibido el consumo de sustancias psicoactivas, el gobierno de turno tiene una victoria y se expide el acto legislativo 002 de 2009 para prohibir el consumo de droga, hasta que finalmente logró tener éxito y el Congreso aprobó el acto legislativo 02 de 2009, que reformó el artículo 49 constitucional, prohibiendo el consumo de droga, salvo prescripción médica, para que se establezcan sanciones no privativas de la libertad para el porte al consumo en lugares públicos, prohibición que se conjuga con campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de recuperación de los adictos.<sup>30</sup>

De igual forma se regulo por medio de la ley 1453 de 2011, conocida como ley de seguridad ciudadana, que en el artículo 11 modificó el Código Penal, Ley 599 de 2000 en su artículo 376 sobre tráfico, fabricación o porte de estupefacientes pues impuso un nuevo verbo rector “Lleve Consigo”. Mas sin embargo, en estudio de exequibilidad de la norma expedida, la Corte Constitucional en la Sentencia C-491 de 2012, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, modificado por la Ley 1453 de 2011, según la cual la regulación del porte de dosis para uso personal no se encuentra dentro del ámbito normativo del artículo 376 del Código Penal y por ende, no está penalizada. Lo anterior no quiere decir, que si una persona lleva consigo algún narcótico y por mínimo que sea su gramaje, esta no es consumidor o farmacodependiente, esta debe responder ante la justicia o jurisdicción penal ordinaria.

Para finalizar este capítulo, se añade que el gobierno nacional bajo la batuta del

---

<sup>30</sup> Sobre el trámite de este acto legislativo puede consultarse la sentencia C-574 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

presidente Juan Manuel Santos Calderón, ha liderado un cambio de política antidrogas, al cabo que ha planteado la legalización de la marihuana con fines medicinales, claro está, que bajo supervisión del Estado para su cultivo y venta. Producto de ello se expidió el decreto 2467 del año 2015 la cual tiene por objeto como se dijo reglamentar el cultivo de plantas de cannabis, la autorización de la posesión semillas para siembra de cannabis, el control de las áreas de cultivo, así como procesos producción y fabricación, exportación, importación y uso de y sus destinados a fines estrictamente médicos y científicos.<sup>31</sup>

De la misma forma, y siendo coherente con las normativas expedidas, el presidente Santos al recibir formalmente el premio Nobel de Paz en el 2016, sostuvo en su elocución que es urgente replantear la guerra mundial contra las drogas debido a que es una lucha sin cuartel donde el Estado Colombiano es el que más vidas Humanas ha sacrificado con esa política mundial de prohibición. Pues en esa situación los colombianos son los moralmente elegidos para de legitimar esa política y afirmar que luego de varias décadas de lucha contra el tráfico ilegal de fármacos prohibidos, ningún país y potencia mundial han podido controlar ese flagelo que es conexo con la violencia y la corrupción, pues el narcotráfico es un problema global y requiere inescindiblemente otra política, pues la guerra contra las drogas no se ha ganado, ni se está ganando, ni se ganara.

Por último, el presidente hace una reflexión jurídica, al tanto que no tiene sentido privar de la libertad a un jornalero o campesino cuando cultiva marihuana puesto que actualmente es legal producirla y consumirla en ocho estados de los Estados Unidos de América. La forma como se está adelantando la guerra contra las drogas es igual o incluso más dañina que todas las guerras juntas que hoy se libran en el mundo. Es hora de cambiar nuestra estrategia.

---

<sup>31</sup> MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 2467 (22, diciembre, 2015).

---

## **CAPITULO II**

### **DE LA DIGNIDAD HUMANA, DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO**

Para poder concurrir en el margen potestativo de la Dignidad Humana, del derecho a la Intimidad, y a la No Autoincriminación, es indispensable y no en forma caprichosa, partir desde el contexto constitucional en el que se encuentra sumergido el Estado Colombiano, y es que para concurridas entidades estatales, particulares y uno que a otro sujeto de a pie, se le ha vuelto olvidadizo –algunos hasta con algún fin-, el concepto que identifica al Estado: “Colombia es un Estado Social de Derecho”. Esta fórmula es la conjunción entre Estado de Derecho y Estado Social; a la primera se puede decir que “es la organización de jerarquía de la ley”<sup>32</sup>, que comporta en si un total reconocimiento a la supremacía de la constitución. Ante el Estado Social, hay que soslayar que este se encuentra cimentado en la incursión de principios económicos y sociales, comprometidos después de virajes de críticas de la socialdemocracia que tuvo acogida en la ley fundamental de Bonn, en la que define a Alemania como un “Estado federal, democrático y social”.<sup>33</sup>

Ahora bien, al promulgar en el Artículo 1 de la carta de navegación política colombiana que Colombia es un Estado Social de Derechos, se convierte en sí misma en la piedra angular -como lo sostiene Vidal Perdomo- de las libertades y derechos establecidos en ella y se abrevia la evolución que comprende esa generación de derechos sociales que impulso ese “constitucionalismo social”.<sup>34</sup> Ha de entenderse que simplemente la denominación de Estado Social de Derechos no sería igual a afirmar que es eminentemente un Estado con fines sociales comprometidos con el bienestar general, debe entenderse que es la supremacía a la constitución conjugado con esos derechos económicos y sociales lo que hace que se pueda hablar de un Estado Constitucional como lo sostiene Zagrebelsky.<sup>35</sup>

Se empieza a surgir algo transformador, en tanto que la actividad que rige al Estado en todas sus aristas debe y se regirá por las normas jurídicas, en otras palabras, debe ajustarse al derecho, tanto primariamente la constitución como

---

<sup>32</sup> VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho Constitucional. 3 ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 271.

<sup>33</sup> CASADO VILA, Ivan. Nuevo Derecho Constitucional: Antecedentes y Fundamentos, 1 Ed. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. p. 377.

<sup>34</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas, 10 Ed. Bogotá :Legis Editores, 2009, p. 282.

<sup>35</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Madrid : Editorial Trotta, 1995, p. 31.

norma jurídica elemental y en otras de menor jerarquía; es decir que toda actividad que realice el Estado debe fundamentarse en la carta de navegación política colombiana.

Siendo así, y dentro de lo que se enmarca en el Estado Social de Derecho se debe hablar por lo tanto de Estado Constitucional de Derecho como naturaleza del Estado Colombiano, basada en la persona humana y su Dignidad, teniéndola como un fin y no como un medio, cuyo reconocimiento conlleva importantísimas consecuencias para las relaciones económicas y sociales.

Dicho lo anterior, y para seguir encontrando la luz fundamental del necesario reconocimiento de la Dignidad Humana, derecho a la Intimidad, y a la No Autoincriminación, es indispensable hacer un trazo explicativo a los principios y derechos incorporados en la constitución de 1991.

La constitución política proclamada el 4 de julio de 1991, incluyó algo importantísimo al mundo jurídico constitucional y legal en Colombia, consagró en su título I De los principios Fundamentales y en el título II de los derechos, garantías y deberes.<sup>36</sup> Logrando con esto, la positivización de los principios y derechos humanos en el ordenamiento jurídico supremo colombiano.

Esa positivización de los principios y derechos humanos hace obligatorio dar apertura desde un referente inicial el tema denominado de los principios fundamentales y de forma subsiguiente; de los derechos fundamentales; pues son estos la cimentación estructural de la edificación constitucional, ya que integran el equilibrio, la armonía y la medida, entre las libertades individuales y el orden que debe ejercer el Estado.

Haciendo acopio de la Estructura Constitucional de Estado, el artículo primero de la Constitución es la base normativa de donde emana todo el texto fundamental.<sup>37</sup>

Luego de una larguísima vigencia de la Constitución de 1886 – llamada la Constitución de Núñez-, la Corte Constitucional tuvo un auge excepcional ya que encontró su lugar en la Carta Magna de 1991, y en sentencia T-406 de 1992<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> COLOMBIA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, tercera edición. Ministerio de Justicia y de Derecho : Bogotá, 1999, p. 19.

<sup>37</sup>Art. 1. 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.

<sup>38</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. ( 05, mayo, 2017)

sentó las bases dogmáticas, ontológicas, he interpretativas de la nueva Constitución. Al respecto del citado Artículo 1, la Corte preciso el alcance de los principios que de este se desprenden:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

A modo de vago resumen, podría decirse que los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial, integradas en el texto normativo y por lo tanto de obligatoria observación en su aplicabilidad, pues mal podría darse si estos principios se desconocieran en beneficio de otra norma legal o constitucional, ya que la misma Constitución perdería su razón de ser.

Al tanto que otro de los pilares del Estado Constitucional, se encuentra en el categórico título II De Los Derechos Fundamentales, compuesto por una dimensión objetiva, es decir, que deben tener trascendencia en el propio ámbito de la individualización de los derechos en cualquier estructura de la organización del Estado y una correspondencia del mecanismo por excelencia –Acción de Tutela- de protección inmediata de derechos frente a todas las autoridades públicas y privadas.<sup>39</sup>

Sobre el “nomen iuris” de la proposición derecho (s) fundamental (es), se deriva de

---

<sup>39</sup>Ibid.

la primera –derecho-, la expresión latina **directum**, de **dirigere**, dirigir, encausar, lo que significa, que se está conforme a la norma o a la regla, siendo sinónimo de rectitud, así mismo, la etimología de la palabra fundamental proviene del latín **fundare** que significa fundar, edificar, instituir, quedando muy claro el papel que redimen intrínsecamente en el cielo de los contextos juridificados.

En palabras de Mario Madrid-Malo Garizabal, “los derechos fundamentales constituyen la expresión más noble y cimera de la excelencia del hombre. Cada uno de ellos aparece como un imperativo de justicia emanado de la primicia ontológica y moral del ser humano. Por eso su salvaguarda representa el fin primordial del Estado y se erige en condición indispensable para el establecimiento de un orden social de convivencia y bienestar. Todo derecho fundamental –cualquiera que sea su objeto y finalidad- hace parte del “horizonte de justicia” que hoy busca la humanidad con reiterado empeño, pues los hombres de este tiempo tienen, como nunca antes, una plena conciencia del desarrollo integral no puede darse sin una eficaz traducción normativa de sus aspiraciones más profundas sobre la dignidad, igualdad y la libertad”.<sup>40</sup>

Entonces ¿que debe entenderse por derechos fundamentales?, estos son entonces derechos humanos inherentes a la dignidad humana y que resultan indispensables para la libertad del hombre en todas sus esferas –física, personalidad, culto, etc., es el derecho que le asiste a todo hombre por el hecho de serlo y el Estado tiene obligación de respetarlos y hacerlos respetar.

Sobre la definición del concepto de derechos fundamentales la Corte Constitucional ha manifestado:

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos – directa o indirectamente- en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.<sup>41</sup>

Es decir en primera medida que son derechos fundamentales los que son

---

<sup>40</sup> MADRID-MALO GARIZABAL, Mario. Derechos Fundamentales. Santafé de Bogotá : Escuela Superior de Administración pública ESAP, 1992, p. 11.

<sup>41</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-225 de 1998 (05, mayo,2017)

inherentes al ser humano y por otro lado los que derivados de principios constitucionales, teniendo como punto de partida la Dignidad humana al considerar a la persona como un medio y no como un fin:

Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente este dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo<sup>42</sup>

Es decir, en virtud de esos derechos naturales que pertenecen a la naturaleza del hombre, el Estado social de Derecho reconoce la sujeción a estos derechos, que constituyen el propio ser del hombre, inalienables y universales, otorgándole privilegio sobre el derecho positivo, se explica; el Estado Constitucional debe ajustar todas sus actuaciones bajo el fundamento de la prevalencia de los derechos fundamentales, claro está que sin dejar de atrás la idea de democracia que viene implícita en el Estado Constitucional.

Empero, como lo sostiene Naranjo Mesa que las condiciones para que exista una verdadera democracia “los derechos individuales y colectivos y las libertades públicas no solo deben estar consagrados dentro del marco de la constitución, sino que sean respetados y garantizados no solo por los gobernantes, sino por cualquier autoridad estatal y judicial”.<sup>43</sup>

Los derechos fundamentales de más relevancia que hace a la dignidad humana son el derecho a la vida, a la libertad y al debido proceso, que hace efectivo el ejercicio de los derechos ante un sistema jurídico.

Sobre los principios que rigen la protección de los derechos humanos se encuentran con los siguientes:

1. Principio “pro omine”: Este refiere a la protección de los individuos por su sola calidad de seres humanos y por sobre otros sujetos de derecho.<sup>44</sup> Este principio en pro de la persona, ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional colombiana, la cual es obligatoria para la Comisión IDH y de aplicación del derecho interno, puesto que los derechos del hombre, no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que se fundamentan en los atributos del

---

<sup>42</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-227 del 2003, (05, mayo, 2017)

<sup>43</sup> NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas .Bogotá : Temis, 1997, p. 491.

<sup>44</sup> MARGAROLI, Josefina y MACULAN, Sergio. Procedimiento Ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, primera edición. Buenos Aires : Cathedra Jurídica, 2013, p. 11.

ser humano, por lo cual se justifica una protección nacional e internacional de los derechos humanos.

2. Principio de Progresividad: Sobre principio de progresividad se encuentra desarrollado en la doctrina y en la jurisprudencia enunciando derechos de primera generación referentes al núcleo vida Libertad, debido proceso; los de segunda generación que comprende los derechos civiles y políticos y los de tercera generación vinculados a los derechos económicos sociales y culturales.

En la evolución se refiere al derecho al desarrollo como un derecho humano por la naturaleza indivisible de estos derechos. Y la progresión se encuentran los derechos ambientales relacionados con una vida sana. Vida, origen de sus derechos fundamentales.

3. Principio de no suspensión: Ese tercer principio de los derechos humanos es el de que eso no puede ser suspendidos tanto así lo dispone la convención americana su artículo 27 y jurisprudencial mente la corte constitucional colombiana ha establecido que en casos de estados de excepción no podrá suspenderse ningún derecho.

4. Principio erga omnes: La expresión erga omnes significa Contra todos respecto de todo y se refiere a aquellos derechos cuyos efectos se producen con relación a todos. Tiene un significado de absoluto pues la norma se aplica a todos es decir que son de aplicación general, ya que los estados deben hacer respetar y respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en sus cartas supremas en toda circunstancia y respecto de toda persona.

Por qué y cuándo para entrar en qué consiste el principio a la Dignidad Humana, y los derechos fundamentales de la Intimidación y la No Autoincriminación, debe entenderse que los principios -Dignidad Humana-, adquieren calidad y complementariedad especial cuando tienen relación directa en cualquier caso concreto, con derechos fundamentales en juego, pues de esta forma se da la plena vigencia al engranaje del Estado Constitucional

## **2.1 LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO FUNDANTE DEL ESTADO COLOMBIANO**

Como en líneas previas se citó, el Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia integra los principios fundamentales del Estado Colombiano. Entre ese andamiaje y como pilar principal, el principio de la dignidad Humana, imperativo categórico con la fuerza normativa que debe ser aplicado a todas las actuaciones de Estatales.

Sobre la génesis de la dignidad humana, remontarnos a las escrituras bíblicas, sobre las enseñanzas de Jesús de Nazaret para amar y respetar al prójimo. Las postulaciones de carácter social que más tarde se vieron afectadas, pero no es la esencia de la dignidad de la persona, y no tuvieron un desarrollo filosófico trascendente en la organización del Estado.

Las nociones más remotas del concepto de Dignidad Humana, la aparición en la Oración de la dignidad del hombre -Oración de Homínidos -Dignidad-, texto elaborado en 1486 por Giovanni Pico Conde de Mirandola, considerado como el padre del humanismo renacentista. Esa epístola le valió la excomunión al conde de mirándola, pues resaltaba al Hombre como punto de referencia en el mundo, digno de admiración y arbitro de su propio destino.

También pueden ser las antiguas comunidades de Francisco De Vitoria, quien sostiene en su obra Relación de Indis, que el hombre aparece como un ser sustancial compuesto de cuerpo y alma, con sus dimensiones de racionalidad y libertad. Dueño de sus actos, cada hombre tiene un fin trascendente que ha llegado al camino de la libertad. Por su condición de ser racional y libre, no es un simple vestigio de su Creador, sino que es su imagen. Al ser una imagen y semejanza del Creador, este tiene Dignidad.<sup>45</sup>

Siglos más adelante, y tras la etapa del iluminismo donde se deja de lado la arbitrariedad y el autoritarismo, se arraigan las ideas del Hombre como eje del mundo. Siguiendo los contenidos del Filósofo Prusiano Immanuel Kant, sentó las bases actuales del concepto de dignidad humana, el concepto vigente que impera en el ordenamiento jurídico y la prioridad en su aplicación como se lo es en el pasado, por ser este un principio que rige al Estado Constitucional.

Kant concibe la "dignidad" como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no tiene equivalentes. La dignidad no se debe confundir con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. Lo que puede ser reemplazado y el otro no posee dignidad, sino

---

<sup>45</sup>MORA HERNANDEZ, Carlos Breton. Derechos Humanos en Francisco de Vitoria. En: claves del Pensamiento, Julio-diciembre, 2013, vol. VII, no. 14. p. 35-62. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Campus Ciudad de México Distrito Federal, México.

precio. Cuando una persona se pone el precio se trata de una mercancía.<sup>46</sup>

En cuanto ser dotado de razón y voluntad libre, el ser humano es un fin en sí mismo, que, a su vez, puede proponerse multas. Es un ser capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de distinguir entre acciones morales e inmorales, y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable.

Los seres moralmente imputables son: finos en sí mismos, esto es, son seres autónomos y merecen un respeto incondicionado. El valor de la persona no remite al mercado ni a apreciaciones meramente subjetivas (de conveniencia, de utilidad, etc.), sino que proviene de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos.<sup>47</sup>

En consecuencia, la autonomía moral es el concepto central con que Kant caracteriza al ser humano y constituye el fundamento de la dignidad humana: "La autonomía, es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda la naturaleza racional" (Kant , I, 1996, 49). Esta caracterización moral marca una diferencia entre los animales y los seres humanos, y, a la vez, deja abierto un espacio para el respeto a otros seres que pueden ser moralmente imputables.<sup>48</sup>

De igual forma, la consecuencia más importante y que ha hecho eco en las jurisprudencias constitucionales del Estado Colombiano, datan del reconocimiento del todo ser personal, y particularmente de todos los seres humanos como siempre, tiene como consecuencia fundamental que cada uno debe ser tratado siempre al mismo tiempo como fin y nunca solo como medio.

Kant, invita a obrar del tal modo que use la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solamente como medio."<sup>49</sup>

Esa misma dogmática fue la que predominio en la Corte Constitucional en sus

---

<sup>46</sup>MICHELLINI, Dorando J. Dignidad Humana en Kant y Habermas. Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas. En: Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas. Julio, 2010, vol. 12, no. 1, p. 3.

<sup>47</sup>Ibid., p.2.

<sup>48</sup>Ibid., p. 4.

<sup>49</sup>KANT, Emmanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Pedro M. Rosario Barbosa, Primera Edición, San Juan de Puerto Rico, 2007, p. 42.

primeros años y en sus primeros fallos relacionados con la Dignidad Humana. A continuación se explicaron los fallos jurisprudenciales más relevantes proferidos por ese Alto Tribunal.

La Sentencia T-499 de 1992,<sup>50</sup> trata de una señora que necesitaba una intervención quirúrgica y la enfermedad médica no se pronunciaba para hacerla efectiva, al respecto decía la Corte sobre la dignidad Humana:

El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco (CP arts. 1, 5 y 13). La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.

El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales.

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una **vida íntegra** y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, **cosifica al individuo** y traiciona los valores fundantes del Estado social de derecho (CP art. 1).

Como se ve, la Corte Constitucional hace eco de los postulados Kantianos aunque no haga la gala del nombre del filósofo Prusiano, en el sentido de que el hombre es el mismo y no se haya usado como medio para seguir la línea Estatal, concluye que todas las actuaciones del Estado deben estar sujetas al Art. 1 de la Constitución Política, pues, mal estado, el Estado en cosificar al individuo.

---

<sup>50</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-499 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (05, mayo, 2017)

Como se observa en las próximas líneas, la Corte en la Sentencia C-542 de 1993,<sup>51</sup> hace un análisis de mayor profundidad, esta vez, citando a Kant y elogiando su obra con los postulados a la Dignidad Humana. En esta sentencia se hace el análisis de constitucionalidad de algunos artículos de la ley 40 de 1993, recordando como el estatuto antisequestro, famoso por sancionar a quien paga o ayudar a rescatar a un secuestrado. Vease:

Según el artículo 1o. de la Constitución, Colombia es una República fundada, entre otros valores, en el respeto a la dignidad humana. Y de conformidad con el inciso final del artículo 53, la ley no puede menoscabar la libertad y la dignidad humanas.

En el mismo sentido, y en apartes de la sentencia la Corte citando a Recasens Siches dijo:

En este sentido dice que los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, es decir, algo que no debe ser empleado como mero medio, algo que, por consiguiente, encierra albedrío. La persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad. Personalidad es "libertad e independencia del mecanismo de toda la naturaleza". Conviene, pues, subrayar que en Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v.gr., la racionalidad, la indivisibilidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto al de la realidad, subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que cabalmente por eso posee DIGNIDAD, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen PRECIO. Y ello es así, porque la persona es el sujeto de la ley moral autónoma, que es lo único que no tiene un valor solamente relativo, o sea un precio, sino que tiene un valor en sí misma y constituye así un autofin...

Se tiene entonces que la Corte Constitucional basó sus postulados en la concepción Kantiana de la Dignidad Humana, en que el Estado y sus operadores, deben aplicar los principios en que se funda el propio Estado, y su aplicación es de forma inmediata que no permite que se den paliativos para negativas en contra de lo dicho que es el ser humano.

---

<sup>51</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-542 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía. (05, mayo, 2017)

Existen multiplicidad de sentencias de la Corte Constitucional que hacen un repaso y delimitan las nociones de la dignidad humana, pero para no entrar en providencias repetitivas, es preciso hacer énfasis en las mismas, la primera la T-881 de 2002,<sup>52</sup> cual identifica varias líneas jurisprudenciales en relación con la Dignidad Humana, y consuma:

A partir de esta serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

Y por último, la sentencia T-381 de 2014,<sup>53</sup> que hace un repaso de gran jurisprudencia respecto al tema, puntualizando:

La Corte Constitucional ha reiterado que la dignidad humana como derecho fundamental, implica la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; como principio, se entiende como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho; y, finalmente como valor, representa un ideal de corrección que al Estado le corresponde preservar.

Para finalizar al tanto de la dignidad humana, se dice que es un valor del Estado Colombiano, un principio y un derecho. Que su noción surgió de las ideas del filósofo Immanuel Kant, al cual en ninguna parte Estatal puede cosificar al individuo y este debe ser un fin en sí mismo y no un medio para llegar a cualquier fin.

Como se ve más adelante en el desarrollo de esta tesis, en relación con los postulados de las traducciones procesales, no se aplica a la cabalidad de los fundamentos jurisprudenciales de Dignidad Humana, y se usa como un medio simple para que el Estado brinde los resultados en tema de macro criminalidad, y

---

<sup>52</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. (05, mayo, 2017)

<sup>53</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-381 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (05, mayo, 2017)

se transmita tranquilidad a la sociedad.

## 2.2 EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN COLOMBIA

Por intimidad se debe interpretar, como esa zona interior de la vida del hombre que ordinariamente se encontró marginada del conocimiento de los demás. La esfera de lo íntimo comprende todos los hechos de carácter privado cuando no debe quedar expuesta, el pecado y las malas intenciones, a la edad mínima, a la indiscreción o a la publicidad.<sup>54</sup>

En palabras del profesor Novoa Monreal, la vida privada está constituida por fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que solo están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.<sup>55</sup>

De la intimidad hacen parte, entre otros los siguientes hechos:<sup>56</sup>

1. Los desarrollados en el hogar y otros lugares que no tienen carácter público ni están abiertos a la generalidad de las personas.
2. Los relacionados con el comportamiento sexual y las funciones físicas de excreción.
3. Los atinentes a defectos morales y anomalías psíquicas o físicas que no tienen carácter manifiesto.
4. Los que hacen parte de los secretos familiares sobre el estado civil y la filiación.
5. Los que constan en escritos privados.
6. Los contenidos en la línea y en cualquier forma de comunicación amparada constitucionalmente por la inviolabilidad.
7. Los preocupantes a situaciones de angustia, dolor y otras formas de abatimiento.

Es decir, que la intimidad es un bien jurídico de carácter personalísimo que entraña una de las esferas más sensibles del ser humano y su apego y conexión con la dignidad humana es innegable. La vida privada entraña una íntima concordancia con otros bienes jurídicos como la tranquilidad, autodeterminación, la honra y con la misma VIDA, pues esta es una de sus aristas y una norma en la carta de navegación política colombiana.

---

<sup>54</sup>MADRID-MALO. Op. cit., p 215.

<sup>55</sup>NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos. México : Siglo Veintiuno, 1979, p 49.

<sup>56</sup>Ibíd., p. 45-46.

El derecho fundamental a la intimidad en Colombia está plenamente garantizado en el Artículo 15 de la Constitución Política de 1991,<sup>57</sup> además se encuentra implícito es este, la autonomía personal, la autodeterminación, la integridad moral, la íntima convicción etc.

No sobra decir, que este derecho de rango constitucional fundamentalísimo, es el que todo ser humano posee para impedir que su núcleo íntimo o vida privada, sea infiltrado sin causa alguna, ya sea por particulares o entidades estatales. En conclusión puede indicarse como el derecho fundamental a vivir libre de intromisiones ilegales e ilícitas.

En un aspecto normativo transnacional, también este derecho ha sido protegido por diferentes declaraciones y tratados al tanto como la declaración universal de derechos Humanos de 1948<sup>58</sup> y en especial su artículo 12 pues constituye el derecho a la intimidad y que de igual manera incluyo el derecho a la honra que se encuentra reconocido en la Constitución Política de Colombia en el Artículo 21.

Así mismo, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>59</sup> respeta y rechaza las injerencias arbitrarias en la vida íntima y familiar

---

<sup>57</sup>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Artículo modificado por el acto legislativo 02 de 2003. “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 los 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 interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. Para efectos tributarios 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.”

<sup>58</sup>Artículo 12 Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques [en línea]. Mayo de 2017. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

<sup>59</sup> El texto indica: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su

de las personas, es ese mismo sentido también puede verse la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica,<sup>60</sup> en su articulado 17.

En el ámbito nacional, la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-640 de 2010,<sup>61</sup> resalta la línea pacífica y contundente, que desentraña los aspectos más vitales del derecho a la intimidad, al respecto puntualizo:

“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

---

familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques [en línea]. Mayo de 2017. Disponible en Internet:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<sup>60</sup>Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. [en línea]. Mayo de 2017. Disponible en Internet:

[http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_americana\\_derechos\\_humanos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html)

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

<sup>61</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-640 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo. (06, mayo, 2017)

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”

Concluye el alto Tribunal Constitucional en dicha providencia:

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.

En el mismo sentido y determinando radicalmente los alcances del derecho fundamental a la intimidad, la misma Corte Constitucional, se refirió a que este no es absoluto e impuso unos límites, haciendo explícitos los criterios para admitir sobre él ciertas limitaciones,<sup>62</sup> vease:

---

<sup>62</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-517 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. (06, mayo, 2017)

Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin mas limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, y al no ser un espacio que forme parte del dominio público, obedece al estricto interés de la persona titular del derecho y por consiguiente no puede ser invadido por los demás. Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo "puede ser objeto de limitaciones" o de interferencias "en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución". La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.

Se tiene entonces que el derecho a la intimidad se puede limitar en la medida que sea por razones de interés general, legítimas y debidamente justificadas, es decir; no goza de potestades absolutas. Este derecho en ocasiones cede, cuando se tensionan otros derechos, y con mayor razón si se encuentran en situación de riesgo, bienes jurídicos del conglomerado social y/o de un ser humano específico.

Por lo general una intromisión a la vida íntima de una persona necesitara de orden judicial, empero hay situaciones en que no será dispendioso acudir al juez de control de garantías, para que emita la orden judicial, situaciones como en caso de incendio, inundación, para dar caza a un animal feroz y para proteger los bienes de personas ausentes, esto por la inminencia de la situación.<sup>63</sup>

De igual forma existen situaciones en que si bien no se necesita orden judicial para intervenir en la intimidad del domicilio, la Corte Constitucional en providencia reciente C-212 de 2017,<sup>64</sup> sostuvo que dichas actuaciones requerirán de control posterior ante juez de control de garantías.

Como se dijo en líneas atrás, el derecho a la intimidad o vida privada, es uno de los bienes jurídicos y/o valores que representan al hombre en sociedad. La

---

<sup>63</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (06, mayo, 2017)

<sup>64</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-212 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. (06, mayo, 2017)

salvaguarda de lo íntimo hace parte de las mínimas garantías que un Estado de Derecho quien fuera el que represente a una sociedad democrática, tiene el deber y por consiguiente la obligación de reconocer, contemplar y acatar a su conglomerado social, para que cada integrante de aquel conglomerado, pueda ser “auténtico dueño de su núcleo jurídico personalísimo”.<sup>65</sup>

Así mismo, no hay que olvidar que el derecho a la vida privada constituye un aspecto fundamental de la libertad individual. El vínculo entre la protección de la vida privada y el libre ejercicio de las otras libertades públicas es de sobra evidente por sí mismo. Sin embargo, confrontado a una criminalidad cada vez más poderosa y sofisticada, el Estado se ve cada día más obligado al utilizar todo mecanismo técnico ofrecido por los progresos de la ciencia, para preservar el Estado de Derecho. Nadie puede negar la necesidad que tiene el Estado de recurrir en estos casos a facultades estrictas de vigilancia pero únicamente y bajo condición de que estas medidas que estén siempre aparejadas por garantías adecuadas y reales, en forma y fondo y en proporción directa a la adopción de dichas medidas.<sup>66</sup>

A manera de conclusión puede decirse que el derecho a la intimidad, comprende una serie de aristas que van desde lo más íntimo del ser hasta su desarrollo personal en familia y en la sociedad. Características que ineludiblemente están ligadas a la Dignidad Humana y que soportan limitaciones en pro de intereses legítimos, razonables, legales y necesarios. Si al afectar el derecho a la intimidad y no se cumpliera alguno de los anteriores presupuestos, los enfoques dinámicos constitucionales que ha establecido el máximo tribunal constitucional, quedaría en letra muerta y no se cumplirían los fines, principios y valores que emanan de la misma Constitución Política actual.

### **2.3 DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN**

El sujeto pasivo del derecho penal, es el punto central de todo el andamiaje del proceso criminal, de ahí se desprende toda una compleja gama de situaciones que le pueden favorecer o desfavorecer. Situaciones que obviamente rigen con los derechos del procesado, con derechos fundamentales y garantías que le asisten en todo el camino procesal hasta llegar a una sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria.

---

<sup>65</sup>MADRID-MALO. Op. cit., p. 199.

<sup>66</sup>ROUX. Andre. La protection de la vie privéedans les reports entre l'Etatel les particuliers. EditEconomica. París, 1984, p. 22, citado por Gomez-Robledo Verduzco Alonso, El derecho a la intimidad y a la libertad de expresión.

En el ordenamiento jurídico colombiano, un derecho del sindicado reconocido en el artículo 33 de la Constitución política de 1991, augura la no autoincriminación.<sup>67</sup>

Pero que pensar por ejemplo del contenido de la declaración rendida por el procesado dentro del proceso penal, y con salvedad decirse que uno de los impulsos más básicos del ser humano tiende a la autoprotección y/o autoconservación. Podrá decirse también que de la declaración podrá surgir una confesión que conlleve a una sentencia condenatoria, empero para que no se presenten malentendidos, se hace menester precisar el derecho a la no autoincriminación desde las diferentes culturas jurídicas: ComonLaw y Sistema inquisitivo.

No es casual que el sistema inquisitivo tenga similitud con la santa inquisición desde su misma epistemología, pues en la santa inquisición se buscaba una confesión del reo para que purificara sus culpas, y como consecuencia se obtenía una verdad real. El sistema inquisitivo calco la esencia de la confesión como eje del sistema, en donde el acusado representaba un objeto de persecución y de allí que este era obligado a incriminarse a sí mismo, así fuera mediante métodos inhumanos, tortuosos y crueles y obtener esa sagrada confesión quebrantando su voluntad, cuyo logro, como se dijo atrás, constituía el eje del proceso.<sup>68</sup>

En el proceso inquisitivo, el interrogatorio del imputado representaba el primer ataque del fiscal contra el procesado para obtener de él, por cualquier medio, la confesión. Una confesión que tiene el valor de prueba legal negativa, además de positiva, era no solo suficiente, sino necesaria para la condena de que constituía aceptación de la condena por parte del sindicado.<sup>69</sup>De aquí no sólo el uso de la tortura, sino también la recomendación al juez de no notificar al inquirido el título del delito atribuido, ni su calidad, ni sus circunstancias específicas, ni los indicios

---

<sup>67</sup> Artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

<sup>68</sup>BECCARIA, Cesare B. De Los Delitos y de Las Penas. Bogotá : Editorial Skla., 2011. p. 42.

<sup>69</sup>Ferrajoli ilustra que el sistema inquisitivo surgió en la época de la república en el imperio romano, cuando en el sistema acusatorio imperante, la "acusación pública" fue sustituida por la fatal denuncia Y por la oculta calumnia que se convirtieron en un instrumento de la tiranía. Nació así con la *cognitio extra ordinem*, el proceso inquisitivo, Tramitado y decidido *ex officio*, en secreto Y sobre documentos escritos por los magistrados estatales delegados del príncipe, basado en la detención del acusado Y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura. Pág. 565.

recogidos previamente.<sup>70</sup>

El maestro Ferrajoli indica que el método inquisitivo se configura por la carencia del axioma *Nullum in ducium sine accusatione* – principio acusatorio o de la separación del juez y la acusación-,<sup>71</sup>sobre la imparcialidad del juez y sobre su separación de la acusación:

“En semejantes sistemas la mixtura de acusación vs juicio compromete sin duda la imparcialidad del segundo y a la vez, a menudo, la publicidad y la oralidad del proceso. Pero es fácil comprender que la carencia de estas garantías debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa. El debilitamiento de las garantías procesales puede llegar en estos sistemas hasta la total falta de prueba y de defensa: no sólo, como en si, en sentido estricto, por la indecidibilidad de la verdad procesal, sino también en sentido lato por la admisión de intervenciones penales sin satisfacción alguna de la carga de la prueba por parte de la acusación y sin control alguno por parte de la defensa.”

Las reacciones a dicha cultura inquisitiva, como producto del siglo de las ideas y del iluminismo,<sup>72</sup> llevo a que el procesado fuera un sujeto de derechos, colocado en una posición de igual rango que el de su acusador, y se le presumiera su garantía jurídica de inocente durante el proceso. Empero no fue de forma muy prolongada pues el Código de Napoleón dio vida al sistema mixto, predominado por el sistema inquisitivo en su primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública, y exenta de la participación del imputado, privado este de su libertad, y en lo sucesivo del proceso la fase acusatoria conformada por un juicio oral y público, con intervención de la acusación y la defensa, pero condenado a ser la repetición de la fase inquisitiva.<sup>73</sup>

Inglaterra y posteriormente Estados Unidos por su parte desarrollan y consolidan el sistema de enjuiciamiento acusatorio o “adversary system”,<sup>74</sup> pero el modelo de Napoleón, el proceso mixto se difundió por toda Europa, llegando al territorio colombiano desde tiempos de la conquista española y acentuándose en los códigos de Procedimiento penal de 1938,1971, 1987, el decreto 2700 de 1991, y

---

<sup>70</sup>FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid :Trotta, 1995, p. 607.

<sup>71</sup>Ibíd., p. 93.

<sup>72</sup>Ibíd., p. 46.

<sup>73</sup>Ibíd., p. 566.

<sup>74</sup>Ibíd. p. 565.

la ley 600 del 2000.<sup>75</sup>

En síntesis, mientras el modelo acusatorio, reviste de una separación de juez y acusación, una carga de la imputación y de la prueba por parte del acusador, la igualdad de partes, la publicidad, la oralidad, contradictorio y el respeto de las garantías del procesado, el sistema inquisitivo pugna por el arbitrio y el terror, en donde el interrogatorio del imputado marca la diferencia más profunda con el sistema acusatorio.

Como se dijo en líneas atrás, en el proceso inquisitivo el interrogatorio era el primer golpe del fiscal contra el procesado para obtener su confesión, se elaboró un sofisticado arte de interrogar y examinar al reo, que contenían reglas de deslealtad procesal: mientras el interrogador juez tenía poderes, el interrogado solo tenía deberes.<sup>76</sup>

Por el contrario el sistema acusatorio donde es una realidad el principio de presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse de estas, se sigue de forma subsidiaria, la prohibición de esa tortura espiritual, que es el juramento del imputado, el derecho del silencio, así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas, la prohibición por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de las psiquis, con drogas o con prácticas hipnóticas, la consiguiente negación de la confesión, tanto por el rechazo de cualquier prueba ilegal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales, el derecho del imputado al asistencia y en todo caso a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales.<sup>77</sup>

Por lo anterior es que el derecho a la No Autoincriminación va ligado de manera fundamental al principio de la Dignidad Humana, pues en el modelo de estirpe garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin.

---

<sup>75</sup>POSADA MAYA, Ricardo. Una Aproximación Histórica a la Evolución del Proceso Penal en Colombia. En: Revista de Derecho Público, no. 21, Bogotá : Universidad de los Andes, 2008. p. 8.

<sup>76</sup>FERRAJOLI, Op. cit., p. 607.

<sup>77</sup>Ibíd., p. 608.

Ferrajoli también hace una afirmación que llama la atención, en cuanto sostiene que en el modelo garantista se excluye cualquier colaboración del imputado con la acusación, cita a Carrara que califica como inmorales e infames, todas las seducciones al reo que se manifiesten en promesas o halagos, calificándolas como un abuso de autoridad penalmente sancionable.<sup>78</sup> La anterior precisión se hace inevitable, por cuanto en situaciones penales que comprometen al imputado como órgano y/u objeto de prueba, es común observar el papel del órgano de persecución penal invitando al procesado a que “colabore” para su propio bienestar, violando de forma frontal el derecho a la No Autoincriminación.

El profesor Jauchen, indica que el derecho fundamental a la No Autoincriminación, se erige el principio de in coercibilidad, que comporta que de manera alguna el imputado no puede ser obligado a brindar información sobre el conocimiento que tengas sobre el dicho que se le atribuye, lo cual involucra su derecho a negarse a declarar sin que tal actitud pueda ser utilizada como una prueba en su contra. Al mismo tiempo tiene el derecho de hacerlo, de brindar información, datos, puede confesarse culpable pero sólo voluntariamente, libre de cualquier clase de coacción moral o física.<sup>79</sup>

A su vez, Jauchen, discrimina al imputado en dos fases, la primera como órgano de prueba, esta se entiende en la actitud del imputado para suministrar información o confesarse, por cualquier medio de expresión que sea, En tanto esa manifestación de voluntad psíquicamente sea persuadida o decidida con libertad.<sup>80</sup>

Respecto al imputado en una segunda fase como objeto de prueba esto es, cuando la persona imputada es física y materialmente la prueba misma, contiene o es portador físico de la prueba, no lo ampara la garantía de la No autoincriminación, ya sea por ejemplo, contener en su aparato digestivo bolsas de estupefacientes, la extracción de sangre, las muestras de orina o de cabello para efectuar análisis de grupo y factor sanguíneo o de ADN, la inspección física o psíquica o la exposición en una rueda de reconocimiento de personas, etc. En estos casos no es órgano sino objeto de prueba y en consecuencia, puede ser obligado a la realización de la diligencia probatoria.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup>Ibíd., p. 609.

<sup>79</sup>JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del Imputado. Santa Fe :Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 25.

<sup>80</sup>Ibíd., p. 18.

<sup>81</sup>Ibíd., p. 26.

Argumento anterior que debe mirarse con beneficio de inventario, pues también puede concebirse, que el derecho a la No Autoincriminación protege no únicamente al imputado cuando utiliza o hace uso de sus cuerdas vocales-por el contrario debe entenderse en un sentido amplio y no restrictivo-, sino también cuando su cuerpo es utilizado para construir la acusación y posteriormente para proferirse una sentencia condenatoria, puesto que la máxima “nemo tenetur se ipsum prodere”, equivale a que “ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo”.<sup>82</sup>

El sistema de enjuiciamiento acusatorio aterrizo en Colombia bajo el amparo de la ley 906 de 2004, entrando a regir de forma escalonada en los diferentes distritos judiciales del territorio colombiano. El espíritu de la ley 906 de 2004 es sencillo y pragmático; se reconoce al individuo como un sujeto de derechos, y como el eje del sistema procesal penal, también se le invita a participar de una forma activa dentro del proceso penal, en figuras del principio de oportunidad y/o preacuerdos y negociaciones con el ente acusador. La máxima que contempla este sistema es que el sujeto activo que comete el delito, se incluya y defina el mismo su destino para reparar daño que ha ocasionado con su actuar delictivo. Dicha participación resulta indispensable, y prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso no conduce a la humanización de la actuación procesal y afecta la eficacia del sistema.<sup>83</sup>

Ahora bien, el sistema actual acusatorio también pugna por un reconocimiento positivo a los derechos de las partes y de los intervinientes procesales, dentro de ese reconocimiento se encuentran los principios rectores de la ley procesal penal y las garantías procesales, entre las cuales se destacan: Art 1 - Dignidad humana, Art - 2 Libertad, Art - 3 Prelación de los medicamentos internacionales, Art - 6 legalidad, Art - 7 Presunción de Inocencia, Art - 8 Defensa, Art 10 - Actuación Procesal, Art - 22 Restablecimiento del Derecho, Art - 23 Cláusula de exclusión, entre otros, destacando los anteriores que son indispensables para el desarrollo de la hipótesis.

Al respecto se debe diferenciar el concepto de Principios rectores y de Norma Rectora. Mientras que el primero refiere "a las inferencias generalizantes que los juristas efectúan como la culminación de sus análisis, una guía de conclusiones abstractas, a fin de mostrar criterios supremos en que descansa la legislación", las

---

<sup>82</sup>Ibíd., p.184.

<sup>83</sup>BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. El Proceso Penal I, Fundamentos Constitucionales y Teoría General. Sexta Edición. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2013, p.218.

normas rectoras, "en el cambio son los principios reconocidos expresamente por la ley y los convertidos por este derecho penal positivo, se trata, en otros términos, de principio, los niveles elevados de las normas jurídicas, que no solo sirven como fundamento o razón de ser de la ley, sino que son la misma ley ".<sup>84</sup>

Analizando lo anterior, se alude que los principios rectores que gobiernan en la ley procesal penal colombiana, son en sí mismas, normas rectoras textualizadas y con nomen iuris como principios, pero que son el resorte y el soporte jurídico de todo el procedimiento penal jurídico que impera en el Estado Colombiano.

Como ya se indicó líneas atrás, el Artículo 33 constitucional protege el derecho a la No autoincriminación, de igual manera el artículo 8 de la ley 906 de 2004, aduce como principio rector el derecho a la defensa y dentro de sus contenidos se tiene lo siguiente, entre otros postulados a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; y no autoincrimarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup>Ibíd., p. 340.

<sup>85</sup>**Artículo 8º.** Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; b) No autoincrimarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; c) No se utilice el silencio en su contra; d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse; e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; f) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él; g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades; h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer; j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas; k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate; l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

En una interpretación literal o gramatical del artículo anterior, resaltan varios puntos:

1. Se indica que en el desarrollo de la actuación – penal por supuesto-, y una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá igualdad respecto al ente acusador. Por lógica se infiere que para que una persona adquiriera la condición de imputado, a este ya le fueron dados a conocer los delitos por los cuales la Fiscalía General de la Nación buscara su condena, actuación que se surte ante Juez Control de Garantías, en Audiencia Preliminar denominada Formulación de Imputación.<sup>86</sup> No obstante la Corte Constitucional estableció que el ejercicio de la defensa va incluso hasta etapas anteriores o se tenga el conocimiento de que el sujeto se encuentra como indiciado.

2. En el numeral a) puntualiza a que; No ser obligado a declarar contra sí mismo. Obsérvese como el legislador incluyó la palabra “declarar”, cual significado es “manifestar o hacer público”,<sup>87</sup> esto infiere que el imputado no podrá ser obligado a efectuar una revelación verbal inculpatoria de hechos que edifiquen su condena, a menos que renuncie a esta garantía y de forma libre, expresa, voluntaria y sin ningún tipo de presión y/o coerción.

3. En el numeral b) se indica que: no autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge. Se debe prestar atención a las diferentes técnicas legislativas entre el numeral a y el b, pudiera descifrarse que en el numeral b, contempla todas las formas probatorias que incluyen de manera física y/o corporal la autoincriminación del ser humano en su calidad de imputado, y que puedan a llegar a edificar una sentencia condenatoria.

En síntesis de lo anterior, una cuestión es declarar en contra de sí mismo de manera verbal, y otra es autoincriminarse por cualquier otra forma que no sea la declaración oral, así lo ha dispuesto el legislador al distinguir entre el numeral a y b. Claro está que ningún derecho es absoluto, pero el derecho a la No Autoincriminación se ha entendido como un todo que incorpora exclusivamente la declaración del imputado, dejando de lado el cuerpo humano como objeto de prueba y como forma para autoincriminarse, como se verá más adelante.

---

<sup>86</sup>Artículo 286. Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, (julio 24), “Por el cual se expide el Código Penal”, publicado en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000.

<sup>87</sup>[www.dle.rae.es](http://www.dle.rae.es) Fecha de consulta 10 de mayo de 2017, hora 09:06am.

En el plano internacional el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos también denominada Pacto de San José de Costa Rica, relativo a las garantías judiciales, expresa y contempla el derecho a no autoincriminarse.<sup>88</sup> De igual manera el Pacto Universal de Derechos Humanos, en su artículo 14 dispuso lo mismo.<sup>89</sup>

El máximo Tribunal Constitucional sostuvo en sentencia C-102 de 2005<sup>90</sup> que el derecho a la No Autoincriminación es un derecho que surge luego de un camino tortuoso en los tribunales de la santa inquisición, pues la prueba reina era la Confesión, esta, obtenida con tratos crueles y degradantes, en procesos oscuros y secretos. Concluye la Corte:

Contra estas prácticas, hoy en día el derecho contra la tortura – art. 12 de la Constitución, y la prohibición de la autoincriminación – art. 33 ibídem, son garantías esenciales a favor del inculpado. Estas garantías no admiten matices, ni modulaciones, ni salvedades, pues están directamente relacionadas con valores y principios tan importantes como la vida, la dignidad de la persona, asuntos que son de la esencia de la Constitución colombiana. Además, la prohibición de la autoincriminación y de la tortura están consagrados como derechos fundamentales de aplicación inmediata (art. 85 de la Carta).

La Corte Constitucional ha definido este principio y ha señalado sus

---

<sup>88</sup>"Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) 'g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".

<sup>89</sup>"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...".

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

<sup>90</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-102 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. (11, mayo, 2017)

consecuencias concretas, en la Sentencia C-115 de 2008<sup>91</sup> expresó:

El artículo 33 de la Constitución Política contempla la inmunidad penal, también denominada principio de no autoincriminación, según el cual nadie podrá ser conminado a declarar, esto es manifestar o hacer público algo, contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Este principio además de favorecer la indemnidad del ser humano ante sí mismo y frente al Estado, para que no sea compelido a expresar algo que resulte contrario a su propia intimidad e intereses personales, el precepto constitucional ampara también la armonía familiar y el derecho de una persona a procurar el bienestar suyo y de sus familiares.

Del mismo modo en sentencia C-258 de 2011 de la misma corporación, se hace un análisis de las decisiones más importantes en materia de la No Autoincriminación.<sup>92</sup>

Sobre el alcance del derecho a la No Autoincriminación, se indicó que el artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, y también a los que están orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas.<sup>93</sup>

En cuanto hace al contenido de la garantía, señal que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados. Esa aproximación ubica el asunto en el ámbito del proceso, de la etapa de la investigación o del juzgamiento, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier, medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados.<sup>94</sup>

Como se observa, el fundamento de la No autoincriminación realizado por la Corte Constitucional, es amplio y rico en el sentido de no obligar a declarar en contra de sus parientes consanguíneos o afines, o que se le sea obligado al procesado a brindar una declaración. Cuestión aparte es si esa declaración lleva implícita una confesión del hecho típico endilgado, y si esta fue obtenida sin presión y coerción.

---

<sup>91</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-115 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. (11, mayo, 2017)

<sup>92</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello. (11, mayo, 2017)

<sup>93</sup>Ibid., p. 24.

<sup>94</sup>Ibid., p. 28..

También hay que resaltar que la Corte no se ocupa a fondo de los procedimientos probatorios que impliquen una Autoincriminación corporal, fijando su posición garantista únicamente en el uso de las cuerdas vocales, mas no en la órbita de otras partes del cuerpo cuando estas comporten una incriminación del procesado. Como se verá en otro capítulo, la Sentencia C-822 del 2005, trata temas probatorios como la inspección corporal, registro personal, toma de muestras, etc., en situaciones que autoincriminan efectivamente a la persona objeto de esas prácticas probatorias, empero la Corte no tiene en cuenta que el cuerpo humano es el principal instrumento del bien jurídico de la vida y del principio constitucional de la Dignidad Humana, pues utiliza el cuerpo como un objeto material probatorio y/o evidencia física; es decir usa al ser vivo como un medio mas no como un fin.

## **2.4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

---

Consentir proviene del latín “cum sentire” que significa acuerdo o comunidad de dos o más voluntades sobre un tema o un acuerdo.<sup>95</sup>

Sobre el consentimiento informado, señala el jurista Ariza López, que tiene su génesis en los tribunales norteamericanos –informed consent- en el siglo XX, en primera medida en procedimientos de origen médico que implican la toma de decisiones clínicas que involucren una afectación de derechos como la integridad y la intimidad, en una clara protección al paciente por negligencia del galeno y por afectación y daños a su integridad personal.<sup>96</sup>

Sobre la evolución de la doctrina en relación con el consentimiento informado, se tiene que los primeros casos surgieron en el siglo XVIII en Gran Bretaña y posteriormente esa doctrina se trasladó a Estados Unidos. El primer precedente que reconoce el consentimiento informado como prerequisite para una intervención médica versa sobre Slater vs Baker & Stapleton de 1767, en donde los dos últimos fueron condenados por realizar una operación sin contar con el asentimiento del paciente.<sup>97</sup>

Otro caso de vital importancia trata en Carpenter vs Blake de 1871 en EE.UU, en

---

<sup>95</sup>ARIZA LÓPEZ, Jhon Bayro. Los principales medios probatorios en delitos sexuales con menor de 14 años. Primera edición. Bogotá : Librería ediciones del profesional LTDA., 2017. p.9.

<sup>96</sup>Ibid., p. 9.

<sup>97</sup>Ibid., p.10.

esta ocasión la Corte Suprema de New York falla a favor de Levantia Carpenter debido a que el médico Blake no siguió la línea de tratamiento más adecuada y recomendable por la práctica jurídica para atender la dislocación del brazo del demandante, quedándole una protuberancia visible en la articulación del codo. Lo relevante de esta decisión propende en la importancia de la información que brinda el médico tratante pues esta debe ser veraz al momento de obtener el consentimiento válido del paciente, pues el ofrecimiento de la información defectuosa origina la invalidez del consentimiento y por consiguiente responsabilidad por las consecuencias negativas en la salud del afectado ocurridas como consecuencia del uso de métodos novedosos que no eran requeridos por la situación.<sup>98</sup>

Mohr vs Williams de 1905, la Corte Suprema de Minesota señala que el médico a quien acude un paciente para recibir un tratamiento específico, carece del derecho necesario para transgredir su integridad corporal sin previa autorización aun cuando la operación haya sido realizada con destreza y habilidad por parte del médico. Se afirma que el paciente debe ser el árbitro final en la decisión clínica tal y como lo reconoce el derecho natural a su individualidad, y para que el galeno actué es necesario que se haya recabado de manera previa el consentimiento del paciente.<sup>99</sup>

Por último el consentimiento informado en la legislación nacional se encuentra en la ley 23 de 1981, artículo 15 que indica que el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados, y además pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente.

En el mismo sentido, la resolución 0913 del 2011 proferida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense puntualiza que para cualquier práctica que implique la obtención de muestras, fluidos, exámenes, valoraciones psiquiátricas, se requerirá el consentimiento informado del paciente.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup>Ibid., p. 11.

<sup>99</sup>Ibid., p. 14.

<sup>100</sup>**ARTÍCULO 1o.** Adoptar en todas sus partes, el formato de consentimiento informado para la realización de exámenes clínico-forenses, valoraciones psiquiátricas o psicológicas y otros procedimientos forenses relacionados.

**PARÁGRAFO.** Para la obtención de muestras de referencias de familiares vivos de personas desaparecidas con fines de identificación, se continuará aplicando el formato de “consentimiento Informado Único para la toma y procesamiento de muestras sanguíneas de referencia con fines de identificación genética de personas desaparecidas” o de “Consentimiento Informado Único para la toma y procesamiento de muestras de mucosa bucal de referencia con fines de identificación genética de personas desaparecidas”, adoptados mediante Resolución número 0-2760 de 2011 de la Fiscalía General de la Nación.

La legislación Civil de la misma manera nos difiere los requisitos de validez de todo acto jurídico, a saber el artículo 1502.<sup>101</sup>

Al sazón de lo transcrito y a lo que nos interesa, el maestro Juan Fernando Mojica Mejía indica que el consentimiento es un requisito esencial para la validez de los actos jurídicos, pues el consentimiento o manifestación de voluntad de la persona debe estar sano, esto es, exento de vicios, puesto que la presencia de estos excluye la libertad de conciencia que la ley presupone a las personas al reconocerle poder suficiente para crear, modificar o extinguir las obligaciones convencionales. Sobre los vicios del consentimiento, este puede adolecer del error, la fuerza y el dolo, textual en el artículo 1508 de la codificación sustancial civil.<sup>102</sup>

---

**ARTÍCULO 2o.** Quien deba realizar un examen clínico forense médico u odontológico, una valoración psiquiátrica o psicológica forense, y/o procedimientos relacionados tales como extracción de sangre y toma de muestra de fluidos corporales, semen u otros análogos, explicará a la persona por examinar y/o muestra de en qué consiste el (los) procedimiento (s), su objetivo, la importancia para el proceso judicial o administrativo, las posibles complicaciones, el uso que podría tener la información obtenida y solicitará su consentimiento.

**PARÁGRAFO.** Cuando la persona a examinar estuviere en condiciones de discapacidad mental o cognitiva, debe realizarse el citado trámite con su correspondiente representante legal. Si se trata de un niño, niña o adolescente el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal, o en su defecto, por el Defensor de Familia o Comisario de Familia, y a falta de estos, por el personero o el inspector de Familia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 8 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

**ARTÍCULO 3o.** El consentimiento o la negativa del mismo por parte de la persona a examinar y/o mustreadante o de su representante legal, debe registrarse por escrito en el formato de consentimiento informado para la realización de exámenes clínico-forenses, valoraciones psiquiátricas o psicológicas forenses y otros procedimientos forenses relacionados, que hace parte integral de la presente resolución.

**PARÁGRAFO 1o.** El formato de consentimiento informado diligenciado se archivará en el respectivo servicio forense o de salud con los demás documentos del caso.

**PARÁGRAFO 2o.** En todos los casos se debe dejar constancia sobre el diligenciamiento del consentimiento informado en el texto del respectivo informe o dictamen pericial.

**ARTÍCULO 4o.** El formato del consentimiento informado para la realización de exámenes clínico-forenses, valoraciones psiquiátricas o psicológicas forenses y otros procedimientos forenses relacionados, será actualizado de conformidad con los avances científicos-técnicos y/o normativos a que haya lugar.

<sup>101</sup> **ARTÍCULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>.** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) **que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.**

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

<sup>102</sup> Mojica Mejía, Juan Fernando. Conferencias de la Teoría del Negocio Jurídico y Obligaciones. p. 36.

Para el tema que es de interés, se hablara de la fuerza, teniendo como tal a la presión o amenazas que se ejercen sobre una persona o sobre sus descendientes o ascendientes, o sobre sus bienes, que infundan en ella un temor de un mal irreparable, grave o ilegítimo que debe provenir de un tercero.<sup>103</sup> Por lo anterior el artículo 1513 del código civil<sup>104</sup> sostiene que *La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona.*

Los requisitos para que la fuerza física o moral vicie el consentimiento: i) justo temor de un mal irreparable y grave, ii) que sea determinante del acto jurídico, iii) que atente contra la persona, sus descendientes y sus ascendientes, o sus bienes, iv) que sea ilegítima y v) que provenga de un tercero.

Sobre el justo temor de un mal irreparable y grave, se tiene que la persona quien sufre esta fuerza tiene que soportar una fuerte impresión, un justo temor que lo coloca en un dilema: o consiente en el acto o no consiente. En tanto, determinante de un acto jurídico, como se dijo, la fuerza debe ser de tal envergadura que se pueda cumplir con influencia en la creación del acto jurídico. Que sea sobre su familia y provenga de un tercero no admite discusión, pero se analizara más a fondo la ilegitimidad de la fuerza.

Sostiene el maestro Mojica que la fuerza debe estar provista de ilegitimidad, es decir que sea contraria a la ley o al derecho, pues caso contrario que cuando se ajusta a la ley o al derecho, no hay fuerza, al cabo que debe existir una relación directa entre el derecho que el autor de la fuerza pretende y el acto viciado de consentimiento que se obtiene con la amenaza.

En el derecho extranjero también se hace referencia del consentimiento informado, queriendo referenciar algunas tales como:

#### 1. La Declaración de Derechos del Paciente de la Asociación Americana de

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, p.53.

<sup>104</sup> **ARTICULO 1513. FUERZA.** La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

- Hospitales del 6 de febrero de 1973.<sup>105</sup>
2. Declaración de Lisboa de octubre de 1981 – Cartas de Derechos del Paciente.<sup>106</sup>
  3. Convenio Europeo de Derechos Humanos y Bioética del 4 de abril de 1997.<sup>107</sup>
  4. Protocolo de Estambul del 9 de Agosto de 1999.<sup>108</sup>

A modo de resumen, las anteriores disposiciones, someten la figura del consentimiento informado, al plano de aceptación de unos procedimientos médicos previamente informados en sus beneficios así como sus consecuencias adversas, claro está que, sostienen en común que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

Se tiene entonces, que el consentimiento informado para procedimientos que son practicados por médicos, requieren de un asentimiento previo del sujeto a quien se le practica el procedimiento, esto demuestra una autodeterminación del individuo que se encuentra acorde con la carta política constitucional, y a los diferentes tratados internacionales que se integran al bloque de constitucional, y por supuesto, los que así no se encuentren suscritos y ratificados por Colombia, tengan aplicación en razón del principio pro homine.

---

<sup>105</sup><http://www.saludcapital.gov.co/Documentos%20Comit%20de%20tica/Declaraciones%20Internacionales%20C3%89tica%20de%20Investigaci%3%B3n/Declaraci%3%B3n%20Derechos%20de%20Paciente%20-%20Asociaci%3%B3n%20Americana%20de%20Hospitales.pdf> Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 04:10 pm

<sup>106</sup><https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>. Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 04:20 pm.

<sup>107</sup><http://www.unav.es/cdb/coeconvencion.html>. Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 04:30 pm.

<sup>108</sup><http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>. Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 05:00 pm.

### **CAPITULO III**

#### **DE LA ILEGALIDAD DE LA CAPTURA A LA EXCLUSIÓN PROBATORIA**

Los sistemas procesales penales que han integrado el ordenamiento jurídico colombiano, se han caracterizado por ser de tendencia inquisitiva, con excepción de la ley 600 de 2000 que se denominó como un sistema mixto, es decir un híbrido entre el sistema inquisitivo y el acusatorio. Según Solorzano Garavito dicho sistema es más inquisitivo que acusatorio, pues si bien la acusación que profiere el fiscal se constituye en una sentencia condenatoria anticipada, dado que debe tener una prueba<sup>109</sup> equivalente a la requerida para dictar sentencia y también porque en el juicio no existe mayor debate probatorio. Normalmente se dicta sentencia con la prueba que se acusó.<sup>110</sup>

La Ley 600 de 2000, por ser un sistema más inquisitivo que acusatorio, fue estructurada a la medida de los intereses de la Fiscalía, el desequilibrio entre las partes era desbordado ya que el ente acusador tenía todo el tipo de fortalezas en la recolección de elementos probatorios, en tanto que la defensa quedaba sometida a la contradicción de las mismas. De igual forma, la Fiscalía tenía amplios poderes para ejercer la persecución penal, podía restringir libertades y derechos fundamentales por iniciativa propia, sin tener que rendir cuentas a nadie sobre sus actos, así estos actos fueras vagos en legalidad, motivos fundados o de apariencia arbitraria.<sup>111</sup>

No sobra decir que en fase de instrucción bajo esa normativa, el Fiscal es quien puede ordenar la detención preventiva del sindicado, pues esta fase concluía con la resolución de acusación o la preclusión de la investigación.

Ya dejando un lado la anterior codificación penal, el Estado colombiano opto por acoger el sistema de enjuiciamiento acusatorio, haciendo un cambio drástico en su constante tradición de enjuiciamiento mixta y/o inquisitiva que data desde épocas de la conquista española. El sistema fue asumido mediante el acto legislativo 03 de 2002 y su posterior desarrollo bajo el amparo de la ley 906 de 2004, el cambio fue propicio y la propia estructura de la acción penal fue transformada desde sus bases con el fin de adaptarla a la realidad social, cultural y jurídica del país,

---

<sup>109</sup>Bajo este sistema regía el principio de permanencia de la prueba, en donde se consideraba prueba a todo lo recolectado y practicado durante la etapa de investigación, que debía hacer tránsito a la etapa de juzgamiento y tendría plena validez por lo cual se valoraba al momento de dictar la sentencia.

<sup>110</sup> SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas de Juicio Oral.. Quinta Edición. Bogotá : Ediciones Nueva Jurídica, 2016. p. 53.

<sup>111</sup>Ibid., p. 65.

propugnando por su consolidación como un elemento jurídicamente válido y materialmente útil para el conglomerado social.<sup>112</sup>

Dicho acto legislativo del 2002, modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal. Lo anterior, *“Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria.”*<sup>113</sup>

El sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, surge como una respuesta estructural a la profunda problemática que afectaba a la administración de justicia. Pues, eran notorias las situaciones tales como el excesivo volumen de investigaciones penales en curso, la complejidad y lentitud de algunos procedimientos anticuados y formalistas, la carencia de recursos técnicos y humanos, la abulia de los ciudadanos respecto a la acción penal, entre otras, y se determinó que, bajo los esquemas procesales tradicionales mixtos, los índices de impunidad se desbordaban, y daban lugar al replanteamiento de los mecanismos legales que estaban llamados a enfrentar el complejo escenario del derecho penal.<sup>114</sup>

En conclusión, la adopción mediante reforma constitucional de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e

---

<sup>112</sup>“Gestión Administrativa en el Sistema Acusatorio Penal (SAP)”. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2008, p. 51.

<sup>113</sup>Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 –Cámara, publicado en la Gaceta 134 de 2002.

<sup>114</sup>Ibíd., p. 52.

(viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio.<sup>115</sup>

Así mismo el máximo tribunal Constitucional, fue enfático en determinar que el sistema penal de tendencia acusatoria se encamino teniendo en cuenta las necesidades y peculiaridades de la Nación colombiana, admitiendo que su concepción no es pura y que, por el contrario, se trata de un sistema de partes modulado por un proceso adversarial, dejando ver en sus providencias que el modelo acusatoria creado rescata del modelo anglosajón puro algunos elementos tales como; la igualdad de armas entre las partes, con un procedimiento oral, público y contradictorio, empero aceptó que fue acondicionado a las particularidades del país.<sup>116</sup>

Es así como el proceso penal impuro de proclividad acusatoria, cambio el paradigma del ius puniendi Estatal, surtiendo etapas, instituciones, y roles no concebidas en los sistemas que rigieron en el pasado.

El nuevo modelo que se implementó, se divide en dos fases procesales; la primera denominada Fase de Investigación y la segunda conlleva la Fase de Juzgamiento. En la primera como bien se indica, el rol activo es desarrollado por la Fiscalía general de la Nación, pues esta corporación con base en sus facultades constitucionales y legales, debe investigar los hechos que revistan las características de un delito.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. (10, julio, 2017)

<sup>116</sup>Ibid., p. 48.

<sup>117</sup>Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Se debe tener en cuenta que en enero del presente año se expidió la ley 1826,<sup>118</sup> por la cual se regula la figura del acusador privado y del procedimiento abreviado, sustituyendo para ciertos delitos querellables la facultad de titularidad y obligatoriedad de ejercer la acción penal de la fiscalía, y en su lugar la acusación podrá ser ejercida el ofendido por medio de su representado.

Para efectos de esta Tesis se referirá únicamente a las facultades que le son obligatorias a la Fiscalía General de la Nación, sin entrar a hacer precisiones conceptuales sobre el articulado de la ley 1826 de 2017 y la figura del acusador privado.

La Fase de investigación lleva por lógica a que se desarrollen actos de investigación que pueden generar elementos materiales probatorios y/o evidencia

---

1. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. 2. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello. 3. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 4. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 5. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 6. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. 7. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. 8. Cumplir las demás funciones que establezca la ley. El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado. 1. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional. 2. Para combatir el terrorismo y los delitos contra la seguridad pública, y en aquellos sitios del territorio nacional donde no exista una autoridad judicial a la que se pueda acudir en forma inmediata o donde el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público, la Fiscalía General de la Nación conformará unidades especiales de Policía Judicial con miembros de las Fuerzas Militares, las cuales estarán bajo su dirección y coordinación. Para el desarrollo de las labores propias de esta función, los miembros de la Unidad pertenecientes a las fuerzas militares se regirán, sin excepción, por los mismos principios de responsabilidad que los demás miembros de la unidad especial.

<sup>118</sup> Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Publicado en el Diario Oficial 50114 del 12 de enero de 2017.

física. Esos actos de investigación fueron definidos por la Corte Constitucional en sentencia C-396 de 2007, y tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías.<sup>119</sup> Esos actos de investigación difieren de los actos de prueba en la medida que estos últimos son producto de los primeros y su utilización procesal se suscribe al juez de conocimiento, con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.<sup>120</sup>

Teniendo en cuenta el artículo 29 de la Constitución Política, en donde resalta que toda prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, el cual es desarrollado por el artículo 23 del Código de procedimiento Penal, se desprende que los actos de investigación orientados a la obtención de evidencia física o elementos materiales probatorios pueden ser clasificados en: actos de investigación que implican la afectación de derechos fundamentales y actos de investigación que no implican la limitación de derechos. La recopilación de evidencias en la escena del crimen, la recepción de entrevistas, la práctica de ciertos dictámenes (como el de balística, o el orientado a determinar la autenticidad de un documento) son algunos de los actos de investigación que generalmente no implican la afectación de derechos, mientras que otros como el allanamiento y registro de un inmueble, la interceptación de comunicaciones telefónicas, la inspección corporal, entre otros, sí comprometen derechos fundamentales.<sup>121</sup>

Existen actos de investigación que por su identidad y por su alcance de lesionar derechos fundamentales, tienen reserva judicial en virtud del artículo 28 constitucional,<sup>122</sup> por lo tanto se ejerce un control previo o posterior dependiendo

---

<sup>119</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (25, julio,2017)

<sup>120</sup>BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano. Bogota :Fiscalía General de la Nación, Escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses, 2008., p. 39.

<sup>121</sup>Ibíd., p. 40.

<sup>122</sup>Artículo 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 (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión

del acto de investigación que adelanta la Fiscalía General de la Nación.

Como bien se advirtió en líneas atrás, una de las innovaciones del sistema acusatorio en el ordenamiento jurídico nacional, es la inclusión novísima del juez de control de garantías, funcionario que como su nombre lo indica, está instituido para ejercer una revisión estricta, no sólo formal sino principalmente sustancial, de una importante franja de actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus órganos de investigación –Policía de vigilancia o Policía Judicial., en las que se involucran derechos fundamentales de las personas sometidas a la acción penal del Estado; de allí su papel de garante y con ello el ejercicio de una función eminentemente constitucional.<sup>123</sup>

El principal rol del juez de garantías, es vigilar la actividad de la Fiscalía en lo relacionado a la limitación de derechos fundamentales, búsqueda de la verdad y acopio de material probatorio; por tanto su tarea esencial es el de guardián de los derechos y garantías de las personas en el proceso criminal. Trabajo que intenta conceder legitimidad a la persecución penal en tanto busca la salvaguarda de los derechos y libertades de la parte más vulnerable del ius puniendi estatal, haciendo de ellos verdaderos límites; ejerciendo un control material sobre el poder y convirtiéndose en garantía de las libertades. Función de suma importancia en el adelantamiento del proceso penal.

Este juez, debe mediar sobre el conflicto siempre presente entre el ejercicio del ius puniendi y los principios, garantías y derechos de las personas. Por tanto, su labor trascendental es la de ponderar la utilidad real y la necesidad que entrañan las injerencias penales sobre los derechos fundamentales de quienes están sometidos a ellas, realizando una verdadera proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y sobre la tarea investigativa, propugnando por una vigencia efectiva de éste y haciendo de los principios y derechos verdaderos límites y vínculos al poder.<sup>124</sup>

---

ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

<sup>123</sup>ARANGO, Maria Isabel. A Propósito del Papel del Juez de Control de Garantías en la Audiencia de Formulación de Imputación. Universidad EAFIT. En: Revista Nuevo Foro Penal, vol. 6, no. 75, Medellín, 2010, p. 231.

<sup>124</sup>Ibíd., p. 232.

Por último la profesora Arango, describe de forma verídica que el juez de control de garantías no cayó muy bien, pues dentro de las prácticas rutinarias que venían realizando la fiscalía y dada la capacidad de quebrantar libertades y derechos fundamentales, el nuevo funcionario judicial es una talanquera al arbitrio al que estaban acostumbrados. Los rumores de los que hacían gala los funcionarios del ente acusador suponían que “una medida de aseguramiento no se le negaba a nadie”, pues no existía quien estuviese al pendiente de sus no santas obras.<sup>125</sup>

La Corte Constitucional, desde antes de entrar en vigencia el sistema procesal penal ya se había referido al papel del Juez de control de garantías, y destaco que este tiene competencias para ejercer: (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución.<sup>126</sup>

Las actuaciones judiciales que requerirán control previo por parte del juez de control de garantías son las siguientes:

I) Para permitir o no la búsqueda selectiva en base de datos.<sup>127</sup> II) Autorización o no sobre la petición de inspección, registro corporal, y obtención de muestras que involucren al imputado.<sup>128</sup> III) De la petición de orden de captura.<sup>129</sup> IV) Pronunciamiento sobre la realización de reconocimientos y exámenes físicos a las víctimas de lesiones personales y agresiones sexuales.<sup>130</sup>

De igual manera, el juez de control de garantías ejercerá un control posterior a las actuaciones realizadas por el ente acusador en los siguientes casos:

---

<sup>125</sup> Ibid., p. 233.

<sup>126</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. (25, julio, 2017).

<sup>127</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. Artículo 244 C.P.P., Ley 906 de 2004, (Agosto 31). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal, publicado en el Diario Oficial 45.657 del 31 de agosto de 2004.

<sup>128</sup> Ibid., Artículo 247, Artículo 248 y Artículo 249 del C.P.P.

<sup>129</sup> Ibid., Artículo 297 C.P.P, modificado Ley 1142/2007, artículo 19.- Requisitos generales.

<sup>130</sup> Ibid., Artículo 250 C.P.P. En caso que resultare una víctima o lesionado de algún delito sexual.

I) Control de captura en flagrancia.<sup>131</sup> II) De registros y allanamientos.<sup>132</sup> III) De interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, de recuperación de información dejada al navegar por internet.<sup>133</sup> IV) Control a la vigilancia de personas y cosas.<sup>134</sup> V) De la actuación de agentes encubiertos y entregas vigiladas.<sup>135</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez de control de garantías también examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental ( i ) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; ( ii ) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y ( iii ) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.<sup>136</sup>

Bajo los anteriores lineamientos, el juez de control de garantías cobra una relevancia extraordinaria en el proceso penal, pues bajo su manto, se encuentra en facultad de hacer un análisis y examinar las actuaciones ejercidas por la Fiscalía General de la Nación, y si estas se adecuan o no a la carta de navegación política, a los derechos fundamentales de los ciudadanos y al respeto por la normativa legal. Efectuando el análisis anterior, la decisión que tome al respecto contiene diferentes consecuencias al tenor de la sentencia C-1092 de 2003.<sup>137</sup>

En primera medida, si el juez encuentra que el ente acusador ha quebrantado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el operador judicial a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*, Artículo 301 C.P.P, modificado Ley 1453 de 2011, artículo 57 Flagrancia.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, Artículo 237 C.P.P, modificado Ley 1142/2007, artículo 16.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, Artículo 235 y 236 del C.P.P, modificado Ley 1142/2007.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, Artículo 239 y 240 del C.P.P.

<sup>135</sup> *Ibíd.*, Artículo 242 y 243 del C.P.P.

<sup>136</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. (27, julio, 2017).

<sup>137</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (27, julio, 2017)

armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.

Acotado lo anterior, se reconoce que por mandato constitucional el legislador en el decurso procedimental penal, dispuso que el juez control de garantías pudiera excluir de la misma, los elementos materiales de prueba y cuyos efectos sean la inexistencia de los mismo.

Al cabo que en la misma línea de pensamiento, la ya citada sentencia C-591 de 2005 sustenta que todo elemento probatorio y evidencia física que carezca de alguno de los requisitos esenciales previsto para su producción, se encuentra afectada de invalidez, y toda evidencia obtenida con la víctima queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente. Esa exclusión o la aplicación de la regla de exclusión probatoria, conlleva a que sea aplicable a 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.<sup>138</sup>

Como segundo presupuesto y por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado.

Al tenor de lo anterior expuesto, y tras este breve esbozo del sistema acusatorio penal y de su nueva figura del juez control de garantías, las actuaciones procedimentales se iniciaran obligatoriamente ante este funcionario, ya sea por que existió una captura en flagrancia o por orden judicial, y/o por qué se va a formular una respectiva imputación por un hecho punible.

Siendo así las cosas, esta investigación abordara la figura de la captura y se analizaran las consecuencias derivadas de estas; legal o ilegal, así mismo se hará un comparativo con el derecho anglosajón y su posible exclusión en otras sedes del proceso penal.

---

<sup>138</sup>En el mismo sentido y sobre la facultad que el juez de control de garantías excluya elementos materiales probatorios y evidencia física en cualquier momento del decurso procesal penal, se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional C-210 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-186 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

### **3.1 LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LA CAPTURA**

Según la carta política de 1991 en su preámbulo, artículo 1 y 28, en concordancia con el código de procedimiento penal en el artículo 2 y con la ley 1142 del 2007; la privación o restricción de la libertad personal sólo procede en la forma y en los casos previstos de modo expreso en ella o en las leyes penales. Teniendo así una excepción fundamentada en el principio constitucional de la presunción de inocencia, por la cual cualquier persona en el territorio colombiano debe ser tratada como inocente hasta cuando no se venza esa presunción de inocencia por medio de una sentencia judicial que lo declare culpable.

Al tanto de lo anterior, la privación de la libertad de un ser humano en el territorio nacional sólo es posible entre situaciones: la primera mediante una orden judicial de captura, la segunda mediante una orden de captura para garantizar la imputación o para el cumplimiento de la condena judicial, y por último la tercera que contemplar las excepciones a la reserva judicial para capturar a un sujeto.

Sobre la aprehensión mediante un orden judicial de captura, se concreta esta situación cuando un juez penal de función de control de garantías ordena en una audiencia pública teniendo en cuenta la petición de un fiscal delegado, la captura de una persona debido a la posible comisión de una conducta punible, para que le sean imputados cargos delictivos en un proceso judicial. El mandato judicial debe cumplir con las exigencias previstas en el artículo 28 de la Constitución política colombiana y en el código de procedimiento penal en su artículo 2, artículo 297 modificado por la ley 1142 de 2007 artículo 19 y el artículo 298 del C.p.p modificado por la ley 1453 de 2011.

Los requisitos para expedir una orden de captura son los siguientes:

1. La orden de captura tiene que ser por escrita, y por consiguiente carece de validez órdenes verbales dadas por la policía judicial. Dicha orden tiene vigencia por un año prorrogable y el juez de control de garantías puede autorizar su difusión a través de los medios de comunicación además esa debe contener de manera clara y sucinta los siguientes elementos:

- a. Los motivos legales en los que el juez penal ordenó privar al sujeto de su libertad personal.

b. Los datos del capturado, el nombre y la cédula de ciudadanía, el delito provisional por el cual se investiga, el número de su proceso y la fecha de los hechos.

c. Los datos del fiscal que solicitó la orden de captura.

2. El siguiente requisito se debe a que dicha orden de captura debe ser expedida por parte de un juez penal de función de control de garantías competente con las formalidades de la ley.

3. En tercer lugar la orden de captura debe fundamentarse en evidencia que permite inferir que el sujeto capturado ha sido autor o partícipe del delito determinador cómplice o interviniente. Precisamente, el fiscal debe presentar conforme a los artículos atrás mencionados y en relación también al artículo 221, informes de la policía judicial, declaraciones juramentadas de testigo o de informantes, elementos probatorios y videncia física que comprometen el sujeto con el crimen.

4. Por último, la principal del sujeto debe estar rodeada de un conjunto de garantías que se vuelvan efectivas de la siguiente manera:

a. Las autoridades deben respetar los derechos fundamentales del capturado, a la dignidad, integridad y autonomía personal ellos suponen la prohibición de ejercer actos de violencia innecesaria o de someterlo a tratos crueles, inhumanos, degradantes o discriminatorios, o de causar lesiones o torturas durante el acto de aprehensión o con posterioridad a este.

b. Al capturado se le deben comunicar sus derechos: i) que sea informado el hecho por el cual ha sido capturado y los motivos que justifican esa restricción de la libertad. La policía le debe informar al sujeto cual fiscal solicito la captura. ii). El capturado tiene derecho a informar inmediatamente a alguien sobre su condición jurídica y estado personal así como a no ser incomunicado. iii). El capturado tiene derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse o a incriminar a su núcleo familiar. iv). Ser asistido por un abogado de confianza público o de oficio y a entrevistarse en privado con él.

De igual forma como lo hace notar el profesor Posada Maya<sup>139</sup> la captura suele confundirse con la detención cuando en realidad son conceptos jurídicos totalmente diferentes, si bien la captura tendría por objeto de que otro juez penal con función de control de garantías diferente al que ordenó la captura, le imponga al sujeto imputado una medida de aseguramiento en un proceso penal para preservar la prueba, evitar la obstrucción de la justicia proteger a las víctimas y a la sociedad, cumplir la pena o garantizar la comparecencia del indiciado o imputado al proceso penal. No obstante una persona capturada puede quedar en libertad provisional por decisión del juez penal si no se cumplen los requisitos jurídicos y los motivos de necesidad proporcionalidad y razonabilidad para privarlo de su libertad, según la gravedad del delito.

En el mismo sentido una orden de captura puede ser efectiva para garantizar la imputación o para el cumplimiento de una condena judicial, es decir, para que se puede vincular formalmente a una persona aun proceso penal. En estos dos escenarios para que se profiera una orden de captura con el fin de garantizar que el investigado concurra a la audiencia de imputación de cargos, cuando pretenda huir del país, siempre y cuando se den los requisitos sustantivos procesales y probatorios mencionados anteriormente.

En el otro caso la captura tiene como propósito que los sujetos condenados a una pena de prisión una medida de seguridad cumplan la sanción definitiva, o se ejecute la pena una vez se hayan rebuscado los subrogados de suspensión condicional de la pena, libertad condicional o prisión domiciliaria. Debe recordarse que en esta sede judicial se habla de condenado es decir a quien se le ha vencido en juicio y se ha proferido en contra una sentencia condenatoria.

La captura de una persona no siempre requiere de la existencia de una orden judicial previa. La ley procesal penal señala cuatro excepciones en las que procede dicha restricción: i) la captura en estado de flagrancia, ii) la captura en procedimientos de interdicción marítima, iii) la captura para fines de extradición, y iv) la orden de captura excepcional. En esta Tesis solo se analizara la captura en estado de flagrancia.

El artículo 32 de la Constitución Nacional enseña que el delincuente sorprendido mención podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. La flagrancia entonces, es una condición en la cual el sujeto es sorprendido cometiendo una conducta punible, lo que faculta la posible aprehensión inmediata

---

<sup>139</sup> POSADA MAYA, Ricardo. Estudios Críticos de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Tomo I. Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, , 2016, p. 34.

del criminal por parte de cualquier particular o cualquier autoridad pública, y obliga a esta a ponerla a disposición inmediata de las autoridades con la correspondiente explicación de la aprehensión material, quienes procederán a su captura, de lo contrario se estaría cometiendo un delito de secuestro o una privación ilícita de la libertad.

De igual manera el maestro Posada Maya<sup>140</sup> considera que la captura en flagrancia debe ser proporcional, por ello no procedería la aprehensión del sujeto sorprendido cuando el hecho sea trivial o de poca importancia, no admita detención preventiva por ser un delito querellable y admita la conciliación, o esta solo sea sancionado con penas de multa o privativas de otros derechos como inhabilitaciones especiales. En ese caso ya sea el fiscal o un juez penal de control de garantías deberá garantizar la libertad inmediata al tenor del artículo 302 del código procesal penal.

Según lo regulado en el artículo 301 del estatuto procesal que se estudia existirá una situación de flagrancia en los siguientes casos:

1. El delincuente es sorprendido y aprehendido en el acto criminal o inmediatamente después del hecho. Dentro de este supuesto se incluyen los casos en los que las autoridades de policía o militares capturan en combate personas realizando un delito.
2. El delincuente es aprehendido inmediatamente después de cometer el hecho, cuando haya sido perseguido o cuando haya sido reconocido por testigos.
3. El delincuente es sorprendido y capturado con objetos, instrumentos o huellas que indiquen que acaba de cometer un delito o que ha participado en él.
4. El delincuente es sorprendido e individualizado cometiendo un delito en un sitio público, y este ha sido grabado por un dispositivo de vídeo. Es necesario que el sujeto sea capturado inmediatamente después.
5. La persona capturada se encuentra en un vehículo utilizado para huir de la comisión de un delito. Lo anterior salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tuvo conocimiento del crimen.

---

<sup>140</sup> *Ibíd.*, p. 37.

En consecuencia de lo anterior y si se cumplen los requisitos mencionados, cuando la persona haya sido capturada ya sea por reserva legal o en situación de flagrancia esta debe ser puesta a disposición de un juez de control de garantías diferente a quien ordenó su captura ello en razón al mandato constitucional y legal, dentro del término máximo o perentorio de 36 horas posteriores a la privación material de su libertad para establecer, que la captura no obedeció a un abuso de autoridad como una vía de hecho y para ejercer el derecho de defensa ante un juez competente.

Como se dijo anteriormente si se encuentra que la captura es manifiestamente ilegal por no contar con los requisitos esbozados y descritos en esta tesis y por el ordenamiento jurídico colombiano, la fiscalía no podrá avanzar con su investigación y con el proceso que lleva cargo, por lo tanto no podrá realizar una respectiva y fundada imputación ni posteriormente continuar con una solicitud de medida de aseguramiento.

Si por el contrario es legalizada la captura e imputados los cargos criminales, la Fiscalía General de la nación le podrá solicitar al juez penal, la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, cuando dicha recepción sea procedente conforme a la ley y resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de las pruebas o la protección de la comunidad en especial de las víctimas. La solicitud de medida de aseguramiento queda a expresa facultad discrecional del fiscal a cargo.

Formulada la imputación, El fiscal cuenta con unos términos descritos en el artículo 175 del código de procedimiento penal para formular acusación o precluir la investigación.

Si el fiscal decide realizar la respectiva formulación de la acusación se entenderá que hay iniciado la segunda etapa del proceso penal, decir inicia la fase de juzgamiento. Superada la etapa de formulación de acusación el estatuto procesal penal establece u termino de 45 días para que se realice la audiencia preparatoria.<sup>141</sup>

Como se dijo en el inicio del capítulo, el cambio de concepción procedimental en el sistema penal colombiano resalta el paso de un principio de permanencia de la

---

<sup>141</sup> Artículo 175 del C.P.P.

prueba, a un principio de inmediatez y concentración como eje del proceso, principios materializados en la audiencia de juicio oral donde se realiza la práctica de pruebas ante el juez de conocimiento.

En primera medida se puede decir que la audiencia pública de juicio oral es la más importante del sistema actual de procedimiento, pues con la práctica de interrogatorios y contrainterrogatorios a los testigos de cargo y descargo, se hace atractiva para las partes, el juez, intervinientes y asistentes.

Acentuando lo anterior, y en esta concisa opinión y en contrario a lo anterior, la audiencia más importante de la etapa de juzgamiento es la denominada preparatoria, es allí donde las partes –fiscalía y defensa-, manifiestan sus observaciones respecto al descubrimiento de elementos probatorios, la defensa descubrirá sus elementos materiales probatorios, se enunciará por las partes la totalidad de elementos materiales que se harán vales en juicio oral, si existiera interés en realizar estipulaciones probatorias, y también por último el acusado podrá allanarse a los cargos formulados en la acusación.<sup>142</sup>

En esta sede también se realizarán las solicitudes probatorias<sup>143</sup> que se requieran para sustentar las pretensiones de cada parte, del mismo modo por sentencia constitucional se dispuso que el representante de víctimas, también pudiese hacer dichas solicitudes en igualdad de condiciones que la Fiscalía y la defensa.<sup>144</sup> No sobra decir que la normativa indica que para probar las pretensiones se deben dar a través de medios lícitos y aducirlos en la litis. De igual modo, se exhibirán a solicitud de las partes, los elementos materiales probatorios y evidencia física con el fin de ser conocidos y estudiados.<sup>145</sup>

Seguidamente el juez admite, inadmite, rechaza o excluye los elementos materiales objeto de práctica de prueba, teniendo en cuenta las reglas establecidas en el código de procedimiento criminal, y su pertinencia, utilidad, repetición o si estas se encuentran encaminada a probar hechos notorios que no requieren prueba.<sup>146</sup>

Sobre la conducencia y pertinencia de los medios de prueba, debe indicarse que

---

<sup>142</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 356.

<sup>143</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 357.

<sup>144</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. ( 01, agosto, 2017)

<sup>145</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 358.

<sup>146</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 359.

no existe un derecho incondicional a la prueba,<sup>147</sup> ello significa que el juez solo puede decretar las pruebas referidas estrictamente a los hechos, cuando hace más probable o menos probable las circunstancias relativas a la comisión del delito, cuando se refiera a la identidad o responsabilidad penal del acusado, y por último cuando se refiera a la credibilidad de un testigo o un perito.<sup>148</sup>

Puntualizando al tenor de la conducencia, esta se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.<sup>149</sup>

Respecto a la admisibilidad de los medios de prueba, el articulado 376 de la misma normativa, sostiene que será admisible toda prueba que sea pertinente a excepción de que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y por último que dicho elemento material probatorio sea dilatorio del procedimiento.<sup>150</sup>

El artículo 360 de la misma normativa, describe objetivamente que el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.<sup>151</sup>

El artículo anterior tiene una importancia enorme y de gran impacto para el proceso, pues abre la puerta para que en la audiencia preparatoria se aplique la teoría del árbol del fruto ponzoñoso o árbol del fruto envenenado, y en donde se llega a definir si un elemento material probatorio o evidencia física debe ser excluido por considerarse abiertamente ilegal o de carácter ilícito.

---

<sup>147</sup>BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTELEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. II Estructura y Garantías Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 801.

<sup>148</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 375.

<sup>149</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 46153 del 30 de septiembre de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuellar. (02, agosto, 2017)

<sup>150</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 376.

<sup>151</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 360.

Sobre la teoría del árbol envenenado –the fruit of the poisonous tree-, debe decirse que es una doctrina que proviene del fallo Estadounidense Silverthorne Lumber Co vs United States de 1920, que sostiene que de las pruebas obtenidas con sustento en actos ilegales no podrá aducirse derivarse o sustentarse en el proceso, así mismo de las que emanen de estas, a excepción del vínculo atenuado –deterrent effect-, fuente independiente –independent source- y descubrimiento inevitable –inevitable discovery-.<sup>152</sup>

La ley 906 de 2004 no ha sido ajena a esa teoría, pues desde la exposición de motivos que rodearon el acto legislativo 003 de 2002, el congreso de la república colombiano, incluyó la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable como excepción a la regla de exclusión.

Ya en el compendio normativo del estatuto procedimental penal, se halla que el artículo 23 –desarrollando el artículo 29 constitucional-, contempla que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo deberá excluirse de toda la actuación procesal, igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.<sup>153</sup>

De igual manera el articulado 455 se denominado, Nulidad Derivada de la prueba ilícita, es concertante con el artículo 23 citado anteriormente pues puntualiza que para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.<sup>154</sup>

Al respecto la Corte Constitucional ha determinado el alcance de tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol envenenado; y el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella

---

<sup>152</sup><http://www.lexpractica.galeon.com/cvitae743757.html>, (08 agosto 2017)

<sup>153</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 23.

<sup>154</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004, Op. cit. Artículo 455.

habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito.<sup>155</sup>

Los anteriores artículos son lo que dan vida a la regla de exclusión probatoria o cláusula de exclusión en concordancia del derecho fundamental del debido proceso artículo 29 en cuanto toda prueba obtenida con violación a derechos fundamentales es nula de pleno derecho, en este caso y puesto que no todas las omisiones autorizan la exclusión de medio de prueba, le corresponderá al juez establecer si el requisito legal soslayado es de tal envergadura, importancia, entidad, trascendencia e incidencia en el proceso penal.<sup>156</sup>

Ya en un enfoque más académico, sobre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba, el jurista Alfonso Daza González, citando a la Corte Constitucional, ha analizado su contenido de forma independiente. Entendiendo la prueba ilegal como la que se obtiene sin la plena observancia del debido proceso y las formalidades requeridas, es una prueba que adolece de vicios que afectan su validez, y ante su existencia el juez debe decretar su exclusión del debate probatorio y decidir con fundamento en las restantes, pues se considera que la informalidad que afecta la producción de una prueba en particular no se proyecta más allá de la prueba misma.<sup>157</sup>

Frente a la prueba ilícita, el profesor Daza González, tomando el criterio de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que es la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.<sup>158</sup>

En el mismo sentido la reconocida académica Teresa Armenta Deu, soporta que la prueba ilícita es el género mientras que la prueba ilegal es una especie de la anterior.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. (03, agosto, 2017)

<sup>156</sup>CAMARGO GALLARDO, Jorge Manuel. La ilicitud e ilegalidad de los actos de investigación en el sistema penal acusatorio colombiano, Temas de defensa penal tomo III. Bogotá :Dirección Nacional de Defensoría Pública, 2015. p.246.

<sup>157</sup>DAZA GONZALEZ, Alfonso. Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. En: Revista de derecho penal Legis, no. 27 del 2009, Bogotá, 2009. p.124.

<sup>158</sup>Ibid., p. 85.

<sup>159</sup> ARMENTA DEU, teresa. La Verdad en El Filo de la Navaja. Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita. En: Revista IUS ET Praxis no.2, Girona, 2013, p. 346.

Para Armenta la prueba ilícita figura como un componente ineludible del principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la ley, así como a la pena que en dicha ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento, y muy especialmente, en agotar la presunción de inocencia a través de “pruebas legales”.<sup>160</sup>

De igual manera, atiende al criterio del “*Carácter de las normas vulneradas*”, para derivar de las pruebas ilícitas, las denominadas pruebas irregulares –pruebas ilegales en la legislación colombiana-, que son aquellas en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se han practicado sin respetar las normas procesales correspondientes.

Siguiendo con el estudio normativo y como bien se indicó atrás al mencionar el artículo 360 del estatuto procesal penal, este sostiene que ante la ilegalidad procede la exclusión, entonces se debe entender por esta figura jurídica como el remedio ante pruebas obtenidas sin las formalidades legales, que violen de manera tal las disposiciones que imperan en el código para ese medio de conocimiento, y que el castigo es que se excluyan y posteriormente no se decreten para la práctica en la audiencia de juicio oral.

Del mismo modo y como lo sostiene Daza González, en lo que respecta a las pruebas ilegales, su exclusión debe estar supeditada a un análisis meticuloso, porque no toda omisión en el cumplimiento de las formalidades autoriza la exclusión de la prueba, es necesario que el requisito omitido sea de carácter esencial y tenga una incidencia trascendental sobre el debido proceso.

Una cuestión es la declaratoria de ilegalidad o ilicitud de los medios de prueba, pues esto tiene efectos diferentes al interior del proceso, los dos gozan de la declaratoria de exclusión empero mientras las pruebas obtenidas de forma ilegal no son admisibles para su práctica en juicio oral, los efectos de las ilícitas generan nulidad de toda la actuación en el proceso penal.

Sobre la génesis de la regla de exclusión, esta surge en el derecho anglosajón en los Estados Unidos de América, y se ha acentuado por el sistema de precedentes a lo largo de su historia, teniendo como sentencia fundante la providencia *Weeks vs United States*, del año 1914, en esta ocasión la Corte Suprema de los Estados

---

<sup>160</sup>Ibid., p. 245.

Unidos estableció que cuando una evidencia fuera producto de una búsqueda irrazonable por parte de oficiales federales, esta evidencia no puede ser admitida y debe ser excluida por las cortes federales, la situación fáctica de este caso muestran que oficiales de policía brindaron como evidencia unos documentos y cartas obtenidos en la vivienda del señor Weeks en un allanamiento sin autorización judicial y en ausencia del imputado.

Un fallo emblemático en la cultura judicial Norte Americana, es el de Rochin vs California datada de 1952. La situación fáctica relata que agentes policiales al contar con "una información" de que el señor Rochin traficaba con narcóticos, por lo anterior, tres oficiales del Estado entraron en su casa e irrumpieron en el dormitorio ocupado por él y por su esposa. Al preguntársele por dos cápsulas que estaban sobre la mesa de noche, el señor Rochin se las metió en la boca. Luego de una lucha infructuosa por quitárselas por la fuerza, los oficiales condujeron al recurrente a un hospital, donde se le introdujo un emético en el estómago contra su voluntad. El recurrente vomitó dos cápsulas que contenían morfina. Las cápsulas fueron aceptadas como prueba a pesar de su objeción, y se lo condenó en un juzgado de primera instancia por violación de una ley estatal que prohibía la tenencia de morfina.

En este fallo la Corte Suprema de EE.UU declaro que las pruebas estaban provistas ilegalidad y eran contrarias al debido proceso y dispuso la exclusión de los elementos de prueba en tanto resultaba una intervención irrazonable en la integridad física del acusado.<sup>161</sup>

En Mapp vs Ohio, sentencia datada de 1961 en Estados Unidos, se sostiene fácticamente que en este caso la policía le pidió permiso a Dollree Mapp para inspeccionar su casa en búsqueda de evidencia en el curso de una investigación por un supuesto atentado terrorista. Al entrar en negativa la persona para el procedimiento, los oficiales de policía forzaron su entrada y cuando la señora Mapp exigió la autorización judicial, un oficial mostro un papel que disponía dicha autorización. Empero Dollree tomo el papel y se lo guardo en su sostén y la policía le arrebató el papel por la fuerza y vulnerando su integridad. Ya en el interior de la vivienda, los agentes policiales encontraron material indecente y lascivo, pero ninguna evidencia de terrorismo. Sin embargo Dollree Mapp fue procesada y condenada por violar las leyes estatales sobre obscenidad.<sup>162</sup> Este caso es de suma importancia porque se aplicó la norma de exclusión extensible a todos los Estados y al tratarse del allanamiento que necesariamente requería una orden judicial, se revirtieron las decisiones condenatorias y se dio la orden de que las

---

<sup>161</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTELEGRE LYNETT, Eduardo. Op., cit, p.365.

<sup>162</sup>Ibíd., p.367.

pruebas obtenidas de forma ilegal e irrazonable fueran excluidas del proceso.

El fallo más importante en el sistema procesal estadounidense trata en *Miranda vs Arizona* datado de 1966, este fallo vale la pena ponerlo en contexto pues hace parte de la columna vertebral del andamiaje penal en el sistema Anglosajón, y en donde se observa el nacimiento del proceso, y no el objeto de este, tal y como se acostumbra en el ejercicio del litigio.<sup>163</sup>

El fallo trata sobre la investigación de un delito de acceso carnal violento cometido a la señorita Patricia Doe, quien fue abordada por el joven hispano Ernesto Miranda, este la amenazo con un cuchillo y contra su voluntad fue introducida en el automóvil del agresor y posteriormente accedida carnalmente.

Durante la etapa de investigación Miranda fue conducido a la estación de policía y puesto en fila de reconocimiento de personas, empero sus víctimas no lo reconocieron como el agresor, sino que cuando entro el oficial de policía a cargo de los actos de investigación, le mintió; le dijo que las victimas lo habían reconocido, por lo cual el señor Miranda decidió confesar que él había sido el autor material del delito investigado.

En primera y segunda instancia Ernesto Miranda fue condenado a la pena principal de 23 años de prisión, pero fue conocida la causa por la Corte Suprema de los Estados Unidos, cual para la época era conocida como la Corte Warren.<sup>164</sup> Las Consideraciones más importantes tratan:

La Acusación no puede utilizar la declaración –ya sea de culpabilidad o de inocencia- que haya obtenido del detenido en cuya custodia es responsable si no acredita haber seguido, durante el interrogatorio, un procedimiento que garantice eficazmente el derecho a no declarar contra sí mismo... antes de realizar cualquier pregunta, se ha de informar al detenido, de que tiene derecho a guardar silencio, de que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup>Puede verse también *Escobedo vs Illinois* de 1964, en el cual se determinó, por primera vez, que existe una violación a los derechos contenidos en la Constitución de los Estados Unidos de América, cuando a quien ha sido detenido por la policía no se le advierte sobre sus derechos y sobre la posibilidad de contar con un abogado durante el interrogatorio.

<sup>164</sup> La Corte Warren se utiliza para describir la época de la corte Suprema de los Estados Unidos en la cual estaba bajo el mandato y dirección del juez Earl Warren.

<sup>165</sup>URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal*. Bogotá :Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, 2011. p.67.

Como se puede observar, esta sentencia ha sido el precedente más importante en la cultura norte americana, hasta el punto de que ha hecho eco en la política criminal de Colombia en situaciones de aprehensión de una persona. La fórmula sacramental debe ser otorgada al detenido pues de no ser así, su captura es ilegal, al tanto de que la sentencia original se desprende fielmente:

Tiene el derecho a permanecer callado. Todo lo que diga podrá ser usado en su contra en un tribunal. Tiene el derecho a ser asistido por un abogado y a que esté con usted cuando sea interrogado. Si no puede contratar a un abogado, el Estado designará y pagará a uno para que lo represente si así lo quiere, puede usar estos derechos en cualquier momento y no responder preguntas ni hacer declaraciones.<sup>166</sup>

Por último el máximo tribunal de los EE.UU, dispuso declarar la ilegalidad de la confesión, excluirla del proceso y nulificar toda la actuación. Lo anterior –se insiste-, tuvo una repercusión enorme, pues son pautas que en el presente se deben aplicar a todas las actuaciones federales y estatales en el derecho anglosajón. En el mundo del derecho estas pautas son reconocidas y denominadas las reglas de Miranda – Miranda rules-.

Por todo lo anterior, puede señalarse que el sistema judicial colombiano ha tomado en la jurisdicción procesal penal, un modelo de enjuiciamiento con tendencia acusatoria que garantiza que el ius puniendi Estatal sea razonable y prudente en sus actuaciones, si esto no fuese así el mismo procedimiento establece un castigo sanción –en este caso para el ente acusador-, el cual es excluir de su actuación los actos obtenidos de forma ilegal o ilícita, es decir, se aplica la regla de exclusión, ya sea nulitando toda la actuación, o, no dejando la incorporación del medio de prueba al juicio oral.

Como se verá en el siguiente capítulo, y al tenor de lo que acá se ha consignado, el juez de instancia ya sea el juez de control de garantías o ante el de conocimiento, se encontrara ante un caso de significancia, y de mucha sensibilidad, pues deberá ponderar los derechos fundamentales de dignidad humana, intimidad, debido proceso y No autoincriminación, en despropósito de las actuaciones de agentes policiales que operan en el aeropuerto el Dorado.

---

<sup>166</sup> MIJANGOS y GONZÁLEZ, Javier. La Historia Detrás del Mito: a 45 años de Miranda vs Arizona. Revista del Instituto de la Judicatura Federal No. 33 año 2010, p.216. Fecha de Consulta 15 de agosto de 2017, a las 02:54 pm. El artículo puede verse en el siguiente enlace: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/33/10%20DH%20Mijangos.pdf>

## CAPITULO IV

### LA ILEGALIDAD DE LA CAPTURA REALIZADA A LOS PASANTES HUMANOS DEL NARCOTRAFICO EN EL AEROPUERTO EL DORADO

---

*“Pero el cuerpo está también directamente inmerso en un campo político; las relaciones de poder operan sobre él una presa inmediata; lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, lo fuerzan a unos trabajos, lo obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos.”*  
*Michael Foucault.*

En desarrollo de esta hipótesis no se quiere que se disminuyan los esfuerzos a favor de una política criminal que castiga al narcotráfico, pues este es un fenómeno que impacta negativamente a toda la población mundial y en especial a Colombia como uno de los principales productores de narcóticos. No obstante en la cadena jerarquizada del narcotráfico, se capturan a los eslabones más débiles e insignificantes.

Se debe analizar lo que hasta el momento se ha incorporado aquí como sustento para responder al problema planteado, por lo tanto: ¿En los casos en que se captura a un individuo con estupefacientes en el interior de su cuerpo en el muelle internacional del aeropuerto el dorado, previamente haciéndole seguimiento pasivo, inspeccionándolo corporalmente e interrogándolo sin presencia de un abogado, se puede predicar la ilegalidad de la captura por el juez control de garantías?

Se debe validar la Tesis planteada e indicar que efectivamente existe una flagrante ilegalidad de las capturas realizadas a las personas que llevan en su organismo sustancias psicoactivas. En primera medida, esa ilegalidad debe ser decretada por el juez de control de garantías, y si ello no sucede debe ser excluida la prueba obtenida ilegalmente producto del seguimiento pasivo de personas, inspección corporal, interrogatorio al capturado sin abogado, y consentimiento informado viciado, exclusión que debe realizar el juez de conocimiento.

De esta forma, como se puntualizó en la introducción de esta Tesis, el modus operandi de la policía de vigilancia antinarcóticos que efectúa sus labores en el muelle internacional del Aeropuerto el Dorado de la ciudad de Bogotá, consiste en primera medida vigilar a los pasajeros que se disponen hacer check in en el Counter

de la aerolínea. Los policiales ya tienen establecidos los destinos críticos y el itinerario de los vuelos, así, por ejemplo los vuelos que salen hacia Ciudad de México, España, Madrid, República Dominicana, o que su destino final puede ser China.

Al tanto que si ven una persona con movimientos corporales extraños, nervioso, o algún acto reflejo que les llame la atención, este será seleccionado para que después de su paso por emigración, son llamados para una inspección corporal en la sala de BodyScan.

Por lo general ese es el procedimiento que se alude en noticias y programas de televisión, pero es un secreto a voces que estas mulas son señaladas por una fuente humana anónima para que momentos previos a su abordaje sean inspeccionadas. Sea cual fuere la causa, lo cierto es que estos seguimientos carecen de motivos fundados y son en realidad una pesca milagrosa.

Al tiempo que el pasajero es apartado de su camino inicial y es llevado a la sala de BodyScan, este es invitado a firmar un consentimiento informado de forma previa y en donde autoriza a realizarse una placa abdominal de rayos X en donde se observara por los policiales, si el sujeto lleva al parecer alguna sustancia extraña en el interior de su cuerpo.

Si la placa es afirmativa, inmediatamente el pasajero queda capturado y se le empieza a realizar un interrogatorio sin presencia de su abogado, en donde los policiales lo invitan a colaborar por el bien de capturado, y así mismo les indique cuantos dediles consumió y el contenido de estos –cocaína o heroína-.

Sea que indique cuantas capsulas lleva en su interior, o que se niegue a reconocerlo, el sujeto es transportado a una clínica u hospital para que por medio de procedimientos médicos, pueda expulsar lo que conlleva en su humanidad y ahí si saber con exactitud la composición en peso y sustancia del fármaco ilegal.<sup>167</sup>

Desde el seguimiento pasivo por medio de cámaras de vigilancia se encuentra viciado el acto de captura del pasante humano del narcótico, pues acá se toma la simple sospecha por sus movimientos corporales, como motivo fundado.

---

<sup>167</sup> Sobre los procedimientos que se realizan en el aeropuerto internacional el Dorado, puede consultarse la serie televisiva emitida por NationalGeographic: “Alerta Aeropuerto”.

Este tipo de situaciones denominadas perfilamientos, siempre inician con un seguimiento ya sea por cámaras del aeropuerto o por los filtros de seguridad, en donde se apremia la actitud sospechosa de quien es objeto de la inspección corporal de bodyscan.

Es decir, que ya sobre las cámaras de seguridad están los agentes expertos en movimientos corporales que denotan cierto grado de incomodidad del individuo y hacen que se comporte de una manera anormal, y ante esta incomodidad se es seleccionada la persona para que explique porque su nerviosismo y que se someta al bodyscan.

Luego surge una duda, ¿es legal hacer un seguimiento pasivo a personas, de forma alternativa o a discreción de los agentes policiales? ¿Existe excepción al control judicial previo de autorización del seguimiento pasivo a personas? ¿El modo en que se realiza el seguimiento pasivo de personas debe estar supeditado a un control de legalidad?

Sobre el seguimiento pasivo de personas, se debe tener en cuenta en primera medida la normatividad en la ley 600 de 2000, legislación que precedió al actual código de procedimiento penal, consagraba en su artículo 243 las medidas especiales para el aseguramiento de las pruebas y entre esas medidas especiales, auguraba a que el fiscal delegado ordenara la incursión o seguimiento pasivo por parte de funcionarios judiciales o de policía judicial, sobre o en actividades “Sospechosas”, de preparación, ejecución, consumación u obtención de efectos de conductas tipificadas en la ley penal a fin de identificar, individualizar, o capturar a los autores o partícipes, desarticular empresas criminales, impedir la ejecución o consumación de conductas punibles etc.<sup>168</sup>

Como bien nos enseña el anterior articulado, y bajo esta ley de procedimiento, era factible realizar un seguimiento pasivo a las actividades “sospechosas” que cometiera una persona a fines de realizar una efectiva individualización e identificación, del autor de una conducta punible, y por lo general, el sujeto pasivo de este seguimiento era el mismo que realizaba la conducta típica delictual.

---

<sup>168</sup>Artículo 243. Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 600 de 2000, (julio 24) “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicado en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio del 2000.

En sentencia C-431 de 2003,<sup>169</sup> la Corte Constitucional declaró inexecutable la palabra “Sospechosas”, que venía incluida en el artículo 243 de la ley 600 del año 2000, en esta ocasión el alto Tribunal puntualizo:

De esta suerte, si bien es verdad que las autoridades competentes tienen que realizar actividades tendientes a la prevención de las conductas delictuosas, ello no puede quedar al capricho o al arbitrio de quienes desempeñen funciones de policía judicial, pues se pondría en serio peligro la libertad personal. Por esto, la autorización que se confiere al Fiscal General de la Nación o al Fiscal Delegado en quien delegue esa función, para ordenar la incursión o seguimiento pasivo por funcionarios judiciales o de policía judicial a quienes puedan realizar actos de preparación de conductas tipificadas en la ley penal, no puede legítimamente abarcar a personas que se consideren “sospechosas” de tales conductas, sino que se requiere la existencia de circunstancias objetivas, externas, que constituyan indicios concretos sobre el particular o la existencia de a lo menos un principio de prueba, para que las autoridades mencionadas puedan iniciar la incursión o seguimiento pasivo de alguien, razón está por la cual se declarará la inexecutable de la expresión “sospechosas” contenida en el artículo 243 de la Ley 600 de 2000.

Por otra parte, si la persona tiene el derecho a no ser molestada ni individualmente, ni en su familia, ello significa que esa incursión o seguimiento pasivo que autoriza el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, no puede realizarse sino de manera exclusiva para la finalidad prevista en la norma citada, es decir, para la identificación, individualización o captura posterior, cuando se cumplan para el efecto los requisitos constitucionales o legales, o para impedir la ejecución o consumación de conductas punibles. De manera que, se hace entonces indispensable que quien imparta la orden de realizar la incursión o seguimiento pasivo de alguien para las finalidades citadas, documente la decisión, con una motivación expresa que facilite el control preventivo de las conductas delictuosas y garantice al mismo tiempo el derecho a no ser molestado ni individualmente ni en su familia cuando no existan los motivos previstos por la ley para el efecto.

Adicionalmente, se observa por la Corte que las actividades de incursión o seguimiento pasivo a que se refiere la disposición acusada no pueden ser de carácter permanente e indefinido, sino que necesariamente habrán de ser temporales y realizadas de manera razonable, de tal suerte que en ningún caso puedan significar hostigamientos abusivos, pues la política criminal del Estado ha de adelantarse siempre conforme a la Constitución.

---

<sup>169</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. (02, septiembre, 2017)

La declaratoria de inexecutable y el alcance que le da la Corte Constitucional a la palabra “Sospechosas”, es muy preciso y de fácil comprensión, pues aunque en el sistema de procedimiento mixto el rol de la fiscalía era preponderante ya que limitaba derechos a diestra y siniestra, esta no podía de forma arbitraria, abusiva, autoritaria e injustificada, seguir pasivamente a las personas sin motivos objetivos y razonables –en ley 906 se determina como motivos fundados-.

Ahora bien, en el sistema vigente y que rige actualmente, ley 906 de 2004, también se encuentra regulado el seguimiento pasivo a personas, ya que el artículo 239 lo establece de forma muy puntual y precisa.<sup>170</sup>

En sentencia C-881 de 2014 proferida por la venerable Corte Constitucional,<sup>171</sup> se definió el alcance del seguimiento o vigilancia pasiva a personas, procedimiento que contempla su realización por cualquier medio tecnológico entre otras tomar fotografías y filmar videos. El máximo tribunal constitucional se refirió al contenido y alcance de este procedimiento y entre otras cosas indico:

La medida es proporcional en sentido estricto, pues no solamente no afecta el núcleo esencial del derecho a la intimidad, sino que también está sujeta a una serie de controles y restricciones contemplados en el propio Código de Procedimiento Penal:

---

<sup>170</sup>ARTÍCULO 239. VIGILANCIA Y SEGUIMIENTO DE PERSONAS. Modificado por el art. 54 de la ley 1453 de 2011. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía Judicial. Si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos. En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar 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 a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros. En todo caso se surtirá la autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General. Vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. PARÁGRAFO. La autoridad que recaude la información no podrá alterar ninguno de los medios técnicos anteriores, ni tampoco hacer interpretaciones de los mismos.

<sup>171</sup>CORTE CONSTITUCIONAL., Sentencia C-881 de 2014. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub. (03, septiembre, 2017)

**(i)** En primer lugar, de acuerdo al propio texto de la norma, la decisión debe ser motiva de manera razonable.

**(ii)** En segundo lugar, la decisión debe estar fundada en los medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal, es decir, que requiere de un sustento basado en información recogida en el proceso.

**(iii)** En tercer lugar, la medida de vigilancia está limitada en el tiempo, pues si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

**(iv)** En cuarto lugar requiere autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General.

**(v)** Finalmente, vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Por lo anterior, la medida de vigilancia y seguimiento es constitucional pues constituye una limitación legítima del derecho a la intimidad, pues cumple con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad señalados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Nótese como el seguimiento pasivo a personas de forma alterna, como una pesca milagrosa, o a discrecionalidad, no es a voluntad y al azar del agente que vigila, y esto debe tenerse al tenor de la misma normatividad del artículo 239 de la ley 906 de 2004. De igual manera ese seguimiento no debe ser a personas por simple sospecha si no que debe estar cimentada en información previamente recogida, pues una cosa es que se vigile en sitio abierto al público y que esa vigilancia no trascienda y tenga efectos jurídicos, y otra cosa muy distante es que sin motivos fundados, se preste el seguimiento a personas para ejercer un control policial a discreción teniendo en cuenta un perfil del vigilado, y de forma posterior se eleven procedimientos que de igual manera no se sujetan a las reglas del código de procedimiento penal.

Lo anterior es para tener muy en cuenta, ya que en el procedimiento

aeroportuario, se hace un seguimiento y vigilancia a personas de manera discrecional, sin motivos fundados y con el objeto de practicar inspecciones corporales. Según lo que se sabe de estas medidas a discreción, ese seguimiento revela aspectos de nerviosismo, incomodidad, miedo, temor, que son de alto índice de “sospecha” de los viajeros y que por lo tanto son premiados con intromisiones a su intimidad y dignidad.

Por lo tanto, el inicio del procedimiento se encuentra viciado desde el momento en que los agentes policiales de vigilancia ponen el ojo de forma automática en cualquier persona que posteriormente lleve droga en su interior, pues precisamente porque carecen de motivos fundados para efectuar una vigilancia pasiva, se viola y quebranta el núcleo duro del derecho a la intimidad, pues ya que la simple sospecha quedó proscrita del ordenamiento jurídico patrio desde la legislación procesal mixta ley 600 del 2000, y dichas actuaciones no se compaginan con los verdaderos motivos fundados de la ley 906 del 2004, que deben surgir otros actos de investigación ya realizados con antelación.

El procedimiento ilegal de seguimiento pasivo conlleva a su vez a que los policiales practiquen un procedimiento o acto de prueba mucho más invasivo que el anterior, esto es la inspección corporal, debido a que después de firmar un consentimiento viciado como más adelante se mostrara, se somete a la persona a una observación del interior de su cuerpo, sin orden judicial previa y sin la presencia de un abogado.

La inspección corporal,<sup>172</sup> y la toma de muestras íntimas, el registro personal, el reconocimiento y examen físico de las víctimas de delitos sexuales o que afecten la integridad corporal, son actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, de acuerdo con la regla que al respecto se establece en los artículos 246 a 250 del Código de Procedimiento Penal<sup>173</sup>.

Sobre el contenido de la aludida normativa, la Honorable Corte Constitucional se pronunció al respecto en sentencia de constitucionalidad C-822 del 10 de agosto del 2005. En dicha providencia se demandaron los artículos 247, 248, 249 y 250 del

---

<sup>172</sup>**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.

<sup>173</sup> Disposiciones comprendidas en el Libro II, Título I, Capítulo III del estatuto procesal de la Ley 906 de 2004. Op., cit.

código de procedimiento penal colombiano, por estar en contravía de la Constitución política colombiana por transgredir los postulados de la dignidad humana (Art. 1, CP), a la intimidad (Art.15, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a no autoincriminarse (Art.33, CP) y a la presunción de inocencia, (Art.29, CP).

Se pregunta la Corte si a través de las disposiciones demandadas se transforma al individuo y su cuerpo en objeto de investigación penal, se desconoce su autonomía al someterlo a este tipo de medidas aún sin su consentimiento, se lo obliga a aceptar la práctica sobre su cuerpo de medidas invasivas, lesivas de su dignidad. Por último, si cuando se fuerza al imputado a aceptar este tipo de prácticas, se le está obligando a algo equivalente a declarar contra sí mismo.<sup>174</sup>

La posición de la Corte Constitucional es clara y polémica a su vez, pues declara la exequibilidad de los artículos demandados, condiciona su interpretación y aplicación a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, pero, puntualiza que se debe hacer un test de ponderación y que esta ponderación deberá lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas de otro lado, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales.<sup>175</sup>

Existe total desacuerdo con el planteamiento de la Corte, pues como sustento a constitucionalizar las medidas que atentan contra los derechos fundamentales alude al argumento populista de que se administre y se haga justicia. Idealismo que pisotea la constitucionalización del derecho penal, pues son argumentos de tendencia eminentemente inquisitoria.

Dichos argumentos no podían ser de otra manera, atendiendo el hecho de que a partir del Acto Legislativo No. 03 de 2002 en Colombia se abandonó el sistema de enjuiciamiento mixto para adoptar un modelo de juicio adversarial, oral, público, concentrado, con intermediación en el recaudo probatorio, es decir un modelo que se aproxima al sistema de enjuiciamiento acusatorio de estirpe “garantista”. Donde el sujeto pasivo de la acción penal es el imputado y/o acusado, y es a este sobre quien recae todo el poder punitivo del aparato Estatal, y es el más propenso a que se le lesionen sus bienes jurídicos.

---

<sup>174</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. (29, agosto, 2017)

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 36.

No se observa cuáles serían los fundamentos constitucionales serios que serían determinantes en un juicio de ponderación y que sean aludidos por quien solicita una inspección corporal del artículo 247 del procedimiento penal, lo cual no resulta plausible ni siquiera con la finalidad de “lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad” –como lo esgrime la Corte-, pues es lo cierto que so pretexto de la verdad, en épocas ya superadas de la historia judicial se llegó incluso a sacrificar la dignidad del ser humano mediante la aplicación de procedimientos hoy en día inconcebibles en el marco de un Estado social y democrático de derecho, con el fin de lograr a toda costa la confesión del imputado.<sup>176</sup>

Por lo anterior y en el razonable entendimiento de quien se encuentra sujeto al Estado de Derecho, los actos de investigación que se surtan bajo el modelo de tendencia acusatoria deben someterse a un concepto de verdad diferente al de la ley 600 del 2000 o de anteriores codificaciones inquisitivas, en los que la búsqueda de la verdad no admitía términos medios, pues en ese contexto no podía ser más que una. Se buscaba la verdad real, está siempre fue encontrada.

Debe entenderse y comprenderse que la verdad a que se condiciona al sistema acusatorio es sencillamente formal, dialéctica y procesal, obtenida como resultado de la tensión que surge entre acusación y su prueba, y refutación y su prueba, y no debe admitirse bajo ninguna circunstancia la obtención de pruebas en pro de una justicia idealizada y utópica.

El hecho de que un tercero, llámese juez de control de garantías pueda realizar un test de ponderación y lesione derechos del sujeto pasivo de la acción penal, materializa de igual manera la concreción de que nunca se abandonó el sistema mixto y gustan las prácticas inquisitivas. Es como si se le preguntara al verdugo en épocas medievales si permitiría el método de apalancamiento como fuente de obtención de la verdad. Por más de que exista un filtro, si este permite la practica probatoria, teniendo como sustento la justicia utópica o ideal, por más de que la medida se ajuste a requisitos legales y formales, esta nunca será legítima.

La tensión que se presenta entre los derechos fundamentales en cuestión y los derechos de las víctimas y el ideal de una justicia utópica, invita a hacer un análisis en esta sede, sobre qué es lo que está en juego en la práctica de una inspección corporal.

---

<sup>176</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo.El Derecho Penal en la Edad Media. Bogotá :Universidad Externado de Colombia, 2012. p.83.

Como se explicó en capítulos anteriores, se debe partir que la dignidad humana es un principio y un valor del ordenamiento jurídico colombiano y que todas las actuaciones patrias deben estar sujetas a la observación de este postulado. La Corte Constitucional invita a que se tome a la persona como un fin en sí mismo y pilar del Estado y no como un medio, empero estos postulados no son suficientes y el máximo tribunal constitucional contradice su jurisprudencia, ya que reduce a la persona como objeto de prueba, es decir, como medio para la obtención de un fin, mas no un fin en sí mismo, un medio para la obtención de evidencia física y/o elementos materiales probatorios en pro de una justicia quimérica.

Al parecer nunca se abandonó el pensamiento, ritual y tradición del sistema inquisidor, pues si en épocas de la edad media la persona era considerada una cosa, acá se ratifica que también se cosifica, si allá se podía ejercer sobre ella poder físico y psicológico, acá no se aleja de la misma coacción mental y física aunque se quiera darle legitimidad con el juez de control de garantías.

La inspección corporal se compara con la misma inquisición, pues los dos tienen en común la fuerza física o coacción, ya que destruye la conciencia de la persona, se apropia y deslegitima el interior del hombre y lo mantiene en un estado de sumisión imperativamente total, absoluto y despótico. Esa coacción soportada por un juez de garantías, radica en la capacidad de afectar la conciencia del ser humano en su más íntima profundidad siendo la expresión más lacerante de afectación psicológica, pues no puede autodeterminarse y aun pudiéndolo, su autodeterminación será rastrillada.<sup>177</sup>

Siguiendo con el análisis de la sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional profiere una sentencia interpretativa para agregar contenidos normativos que llenan los supuestos vacíos percibidos por el intérprete constitucional. Es decir, le agrega a las normas demandadas requisitos que a juicio de la corte el legislador omitió, por lo tanto, la corte Constitucional en vez de cumplir su rol de guardia de la constitución, se abroga funciones que no le competen y termina legislando, a favor de una política inquisitiva medieval.

Los contenidos normativos que integra la Corte son los siguientes para las inspecciones corporales:

---

<sup>177</sup>Ibid., p. 98.

1. El texto de la norma no especifica qué es la inspección corporal. Para determinar en qué consiste esta medida, hay que acudir, para empezar, al lenguaje empleado por el legislador en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, para determinar sobre qué recae la medida y qué es lo que se busca con ella, y contrastarlo con el empleado en el artículo 248 del Código. Mientras que en el artículo 247 se emplea la palabra “inspección”, el artículo 248 utiliza el término “registro.” El artículo 247 señala que tal medida tiene por objeto el “cuerpo”, mientras que en el artículo 248 se habla de “persona”. El artículo 247 expresamente establece que se trata del cuerpo del “imputado”, mientras que el artículo 248 comprende de manera amplia a “alguna persona relacionada con la investigación que adelanta”, incluido el imputado. Ambas medidas tienen como fin buscar “elementos materiales probatorios y evidencia física”, pero tales elementos deben ser “necesarios para la investigación” en el caso del artículo 247, mientras que no hay tal exigencia en el artículo 248. Este contraste indica, especialmente cuando ambas recaen en el imputado, que se trata de medidas distintas, y que existe entre ellas diferencias en la intensidad de la medida misma y en las exigencias para su realización.

La expresión “en el cuerpo”, indica que la inspección corporal envuelve una exploración del cuerpo del imputado, de sus orificios corporales naturales, de su interior. Ello armoniza con la denominación del procedimiento: se trata de una “inspección”, o sea de un “examen” o “reconocimiento” físico del cuerpo del imputado, más allá de la superficie de la piel.

Varios elementos permiten tal inferencia. En primer lugar, el empleo de la preposición “en”, que a veces se la emplea como sinónimo de la preposición “sobre”, pero también suele significar “dentro de.”

En segundo lugar, dado que las intervenciones corporales previstas en los artículos 247 -que regula la inspección corporal - y 248 -que se refiere al registro personal - de la Ley 906 de 2004, pueden recaer sobre el imputado, los términos empleados por el legislador en estas dos normas, indican que se trata de figuras distintas, que tiene objetos de exploración distintos y suponen un grado de intrusión distinto, siendo el registro la figura menos invasiva de las dos.

En tercer lugar, según la doctrina y el derecho comparado, el registro corporal supone una revisión de la superficie del cuerpo, mientras que la inspección corporal conlleva, por lo general, entre otros y según los fines de la investigación y las necesidades de la misma, la revisión de los orificios naturales.

Adicionalmente, dado que el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 se refiere expresamente a la extracción de muestras corporales que involucran el imputado, las cuales son elementos materiales probatorios a la luz de la definición del artículo 275 de la Ley 906 de 2004, y además, también se encuentran “en el cuerpo” del imputado, la inspección corporal que describe el artículo 247 de la Ley 906 de 2004 se emplea para la recuperación de elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentre en el cuerpo del imputado, pero que no hace parte natural de éste. Así, cuando se trate de la extracción de muestras como sangre, semen, saliva, etc., cuya obtención implica en principio algún tipo de inspección corporal, el procedimiento que debe seguirse es el previsto en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, y no el señalado

en el artículo 247.

2. El artículo 247 bajo estudio emplea de la expresión “imputado”, lo cual excluye que esta medida pueda ser practicada en el cuerpo de un tercero.

3. Dado que la figura conlleva la 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, etc., por lo general debe ser realizado por personal médico o especializado en ciencias de la salud.

4. 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 quirúrgico.

5. En cuanto a los requisitos materiales, la norma bajo estudio exige (i) que existan “motivos razonablemente fundados”;<sup>[55]</sup> (ii) que tales motivos surjan de medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal; (iii) que tales motivos lleven al “Fiscal o fiscal” –esto es al Fiscal General de la Nación o a su delegado– a creer que el elemento material probatorio o la evidencia física buscada se encuentra en el cuerpo del imputado; y (iv) que tal elemento material probatorio o evidencia física es necesario para la investigación. Por lo tanto, deben existir elementos objetivos y racionales que permitan al juez de control de garantías decidir sobre la autorización de la inspección corporal a solicitud del fiscal, el cual también habrá de señalar, cuál es el material probatorio buscado y explicar por qué cree que éste se encuentra en el cuerpo del imputado. En este sentido, no cumplen con los requisitos materiales las llamadas “pescas milagrosas”, ni la búsqueda de evidencia material indeterminada. Igualmente, dado que esta medida tiene como finalidad la búsqueda de elementos materiales probatorios y de evidencia física “necesarios” para la investigación, no puede ser utilizada para buscar elementos inocuos o que ya hayan sido obtenidos o puedan ser conseguidos por otros medios.

6. En cuanto al consentimiento del imputado, la norma no establece de manera expresa que éste sea una condición material para la solicitud o práctica de la medida. No obstante, cuando el imputado se niega a la práctica de esta medida, no por ello debe prevalecer su autonomía. El interés de persecución estatal y de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación no pueden quedar sujetos a la voluntad del imputado. La falta de consentimiento, o incluso la negativa del imputado a la realización de la inspección corporal conduce a un examen aún más estricto por parte del juez de control de garantías, para lo cual deberá tener en cuenta,

entre otros factores, la finalidad concreta buscada, la idoneidad y necesidad de la medida, el grado de afectación de los derechos que genera la inspección corporal, la gravedad del delito que se investiga teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la pena que podría imponerse en caso de demostrarse la responsabilidad del imputado, el número de víctimas y las condiciones de vulnerabilidad de las mismas, así como otras razones extraordinarias expresadas por el imputado para justificar su negativa.

7. En cuanto a los requisitos formales, la norma exige que la solicitud para la práctica de la inspección corporal la haga el Fiscal General o su delegado. Esta solicitud, de conformidad con lo dicho en la sección 5.1. de esta sentencia, se debe hacer previamente ante el juez de control de garantías. La norma no especifica que deba hacerse por escrito o si puede hacerse oralmente. En todo caso, dadas las exigencias materiales para la práctica de esta medida, al hacerse la solicitud el Fiscal sí deberá señalar expresamente los “motivos razonablemente fundados” que justifican su solicitud, los medios cognoscitivos a partir de los cuales tiene elementos de juicio que le permiten creer que el elemento buscado se encuentra en el cuerpo del imputado, así como las razones que muestran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de esa medida, así como la importancia del elemento probatorio buscado para la investigación.

8. De conformidad con lo señalado en la sección 5.1. de esta sentencia, quien decide si autoriza o niega la práctica de la inspección corporal es el juez de control de garantías, quien examinará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para autorizar su realización, y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de los derechos.

9. 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.

Entre las reglas más importantes y observaciones entregadas por la Corte se destacan las siguientes relevantes para el caso objeto de estudio: i) Que la inspección corporal tiende a practicarse en el cuerpo del imputado de forma interna o más allá de la superficie de la piel, previendo también su desarrollo en orificios naturales ii) Que esta inspección corporal se realice para recuperar

elementos de prueba en el interior del cuerpo del imputado y que no hacen parte de la naturaleza de este, iii) Que esta medida recaes sobre el cuerpo del “Imputado”, iv) que estos procedimientos deben realizarse por experto personal médico, v) Que la medida debe tener a como soporte unos motivos fundados, que surjan de los medios cognoscitivos o de conocimiento previstos en la ley 906 de 2004, vi) que esos motivos fundados lleven a la Fiscalía General de la nación a creer que existen elementos materiales de prueba en el cuerpo del imputado, vii) que la solicitud para inspección corporal debe hacerla el fiscal ante el juez de control de garantías por que esta reviste de un control previo, viii) y que la solicitud como la práctica de la inspección corporal se realice en la presencia del abogado defensor del imputado.

La Corte debió proferir la inexecutable de las normas acusadas pues al fijar esas exigencias para la práctica de las inspecciones corporales, también vulnera derechos como la Intimidad personal, y el carácter de autodeterminación que se encuentra implícito en este derecho. El consentimiento del ser humano se encuentra como parte en la autodeterminación que le es inherente en su ámbito íntimo, por lo tanto el consentimiento es un evento del propio ser que se refleja en manifestaciones de voluntad de actos que tienen efectos jurídicos.

Acá no se quiere hacer una apología al delito, ni más faltaba, se quiere mostrar es que existen actos de investigación menos invasivos, y la Corte debe conminar a la Fiscalía y su policía de vigilancia o judicial, a que hagan mano de procedimientos que se encuentran en el mismo estatuto procedimental criminal, claro está, después de un estudio del caso en concreto.

Por ejemplo para el caso de pasantes de droga o mulas del narcotráfico, se puede sugerir el análisis e infiltración de organizaciones criminales que trata el artículo 241, el agente encubierto del 242, la interceptación de comunicaciones del 235, el mismo seguimiento pasivo controlado de forma previa y posterior por el juez control de garantías, y por último la entrega vigilada normada en el 243 de la normativa procesal penal, teniendo en cuenta que estamos ante un delito cuya modalidad rompe fronteras, se puede actuar en concordancia con lo reglado en el artículo 487 que dispone que la fiscalía general podrá hacer parte de una comisión internacional o interinstitucional destinada a colaborar en la investigación del punible transnacional.

Tópico inverso, la Corte premia la negativa de la víctima a dejarse realizar una inspección corporal, empero castiga advirtiéndole, que si en caso contrario, el imputado o quien será sujeto a dicha práctica se niega a la misma, el juez de control de garantías deberá realizar un examen más exhaustivo para que se

realice la inspección, eso debe entenderse al tenor de “si no hace la inspección por voluntad propia esto será un indicio grave en su contra”. Pura practica inquisitiva.

Los alcances de la sentencia C-822 de 2005 son perversos, limita totalmente la autonomía personal del imputado, doblega su ser, lastima su autodeterminación, corroe su libre albedrío. No puede ser factible que mientras se establece la veracidad procesal de la situación fáctica que se presenta en un juicio, se incline la balanza desde el inicio a favor de la fiscalía y las víctimas. Esto rompe con el modelo de tendencia acusatoria que con esfuerzo se ha intentado implementar en el país, pues se recuerda que es en el fallo que emite el juez de conocimiento donde se puede indicar que efectivamente se cometió un delito, que existe una víctima y que el procesado es responsable de la situación fáctica.

La Corte limita el principio a la Dignidad Humana, y los derechos de la intimidad, autodeterminación, No autoincriminación, y olvida un aspecto vital y primordial, pues toma la dignidad humana como derecho fundamental de la carta de navegación política, pero no lo reconoce como principio fundante del Estado colombiano. Al no considerar la dignidad humana como principio y al colocarlo como derecho, le sirve de fundamento para aludir a la ponderación y al test de proporcionalidad, pues cuando existen derechos en conflicto se debe echar mano a este recurso para alivianar esa tensión.

Y es que la dignidad humana es un principio sobre el que se edifica y del que nace el Estado, y es este pilar el que sirve para interpretar los alcances y contenidos de las demás normas de rango constitucional,<sup>178</sup> por lo tanto es errada la lógica de la Corte pues invitan al juez de garantías a realizar un test de ponderación entre un principio del Estado y una justicia utópica, que si bien se encuentra como otro fin del Estado,<sup>179</sup> esta debe mirarse en cada caso concreto, y de forma muy precisa advertir que entre principios no puede realizarse un test de ponderación pues los principios deben coexistir como pilares de la misma estructura.

---

<sup>178</sup>**ARTICULO 1.** 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.

<sup>179</sup>**ARTICULO 2.** 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.

Trayendo a colación lo que FOUCAULT denominó como “anatomía Política”,<sup>180</sup> definida como el conjunto de los elementos materiales y de las técnicas que sirven de armas, de relevos, de vías de comunicación y de puntos de apoyo a las relaciones de poder y de saber que cercan los cuerpos humanos y los dominan haciendo de ellos unos objetos de saber, es inevitable que el cuerpo humano es en sí mismo el elemento más significativo de la dignidad humana y por lo tanto con estas prácticas de poder se repela lo digno y se le separa del cuerpo.

No obstante a la crítica de la sentencia C-822 de 2005, el procedimiento que establece esta providencia tampoco se cumple por los policiales de vigilancia de antinarcóticos, por lo tanto se procede en el siguiente cuadro a realizar un comparativo de las pautas trazadas por Corte Constitucional y de las actuaciones policiales:

Tabla 1. Comparativo de las pautas trazadas por Corte Constitucional y las actuaciones policiales

Requisitos para la Inspección Corporal.	Procedimiento en el Aeropuerto el Dorado.	Conclusión en sede de legalidad.
Se inspecciona el interior de cuerpo.	- Se le observa por placa de rayos X el interior estomacal del sospechoso, sin orden judicial. - En el Hospital se le hacen practicas inspectivas ya sean por líquidos intravenoso, medicamento o lavado estomacal, sin orden judicial.	-Ilegalidad del procedimiento.
Se debe realizar en el cuerpo del imputado más no de un tercero.	- Se realizan las inspecciones a discreción y arbitrio del policía, sin que este revista de la calidad de imputado.	-Ilegalidad del procedimiento.
La inspección debe realizarse por personal médico o especialista en ciencias de la salud	La realiza un policía de vigilancia antinarcóticos.	-Ilegalidad del procedimiento.
Se debe establecer si la inspección es invasiva y su grado de complejidad	No se observa ni se tiene en cuenta.	-Ilegalidad del procedimiento.

<sup>180</sup>FOUCAULT, Michael. Vigilar y Castigar. El Nacimiento de la prisión. Buenos Aires :Siglo veintiuno, Editores Argentina S.A., 2002, p, 29.

Deben existir motivos fundados previamente establecidos por otros medios de conocimiento que se encuentren en el C.P.	El único motivo fundado es una situación de sospecha, prescrita desde la ley 600.	-Ilegalidad del procedimiento.
Se debe hacer un test de proporcionalidad por parte del juez de control de garantías.	No se lleva ante el juez para que decrete la medida	-Ilegalidad del procedimiento.
La solicitud y práctica de la inspección corporal se debe hacer en presencia de un abogado.	Se hace en presencia únicamente del sospechoso.	-Ilegalidad del procedimiento.

Por lo anterior efectivamente y sin lugar a dudas se debe decretar la ilegalidad de las capturas realizadas a las “mulas”, “correos” o “pasantes” del narcotráfico que es su interior lleven sustancias psicoactivas, pues se actualiza nuestra hipótesis de que se actúa por fuera de los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal ley 906 de 2004 y de la sentencia establecida por la Corte Constitucional en su labor de intérprete de la constitución.

Es irracional la forma como actúa la policía antinarcóticos en estos casos, ellos creen que se encuentra vigente la ley 600 de 2000, en donde no existía juez de control de garantías, y los actos de investigación no gozan de control previo ni posterior, pues la coercibilidad de derechos fundamentales la realizaba el fiscal.

No se explica cómo no se acude al juez control de garantías para que autorice previamente la inspección corporal de rayos X, y peor aún, después de la placa abdominal, la persona sea llevada y sometida en un hospital a procedimientos clínicos, que van desde un lavado de estómago, sueros intravenosos o el suministro de un laxante, todo lo anterior de igual manera sin orden del juez de garantías.

También es común que presenten a los sospechosos un acta donde estos autorizan la realización del procedimiento de rayos X en el BodyScan. Lo anterior puede pasar inadvertido, pero el trasfondo es de una importancia tremenda, pues en primera medida ese consentimiento plasmado en el acta; puede ser un acto de autoincriminación y como segunda se tiene que la autorización de inspección corporal por el Bodyscan es un acto que debe estar sujeto a la presencia del abogado.

Como se ve en los procedimientos del Aeropuerto, mucha gente es constreñida por agentes de policía para que otorguen su consentimiento y se dejen practicar una inspección corporal, estos ejercen una fuerza psicológica, pues el ámbito donde policial donde se desarrolla, genera un impacto intimidatorio en la psiquis del sospechoso que termina por viciar la voluntad y el consentimiento de la persona, el miedo se apodera del ser humano, y las indicaciones policiales sosteniendo de que “es por su bien”, o “se le informa que es una constancia que se deja del procedimiento, pero fírmela”, “si usted no colabora se puede meter en problemas”, afecta visiblemente los derechos de la autodeterminación de las personas, y debe tacharse este procedimiento al estar viciado.

El Bodyscan, supone su vocablo en español como un escáner corporal, en términos de la rae, precisa que esto es la adaptación gráfica de la voz inglesa scanner, en electrónica, “dispositivo óptico que reconoce caracteres o imágenes”, en medicina, “aparato que produce una representación visual de secciones del cuerpo”.

Sobre cómo funcionan los rayos X en el cuerpo humano, se tiene que los rayos X viajan a través del cuerpo y son absorbidos en diferentes cantidades por diferentes tejidos, dependiendo de la densidad radiológica de los tejidos por los que pasan. La densidad radiológica se determina tanto por la densidad como por el número atómico de los materiales usados para las imágenes. Por ejemplo, las estructuras como los huesos contienen calcio, el cual tiene un número atómico mayor que la mayoría de los tejidos. Debido a esta propiedad, los huesos absorben rápidamente los rayos X y, por lo tanto, producen un gran contraste en el detector de rayos X. Como resultado, las estructuras óseas aparecen más blancas que otros tejidos contra el fondo negro de una radiografía. Por el contrario, los rayos X viajan más fácilmente a través de los tejidos menos densos radiológicamente, tales como la grasa y el músculo, así como a través de cavidades llenas de aire como los pulmones. Estas estructuras se muestran en tonos grises en una radiografía.<sup>181</sup>

En esa medida, este dispositivo así como ofrece beneficios ya que su carácter científico es innegable, también tiene efectos negativos, entre los cuales se tiene los efectos genéticos a futuro; puede producir daños directos sobre el embrión si el procedimiento se realiza a una mujer embarazada, que pueden llevar al nasciturus a la muerte, ocasionar un aborto y apariciones de malformaciones,

---

<sup>181</sup><https://www.nibib.nih.gov/espanol/temas-cientificos/rayos-x> consultado el 30 de agosto a las 07:00 pm.

puede ocasionar efectos en el sistema Hematopoyetico,<sup>182</sup> efectos en el testículo pues a causa de la irradiación se puede producir la despoblación de los espermatogonias o disminución de nuevos espermatozoides, o esterilidad temporal o permanente según la dosis que se reciba, efectos en los ovarios y por ultimo puede aparecer un cáncer producto de los rayos X.

Negar su carácter científico o medico rayaría en lo absurdo, no obstante se considera que debe valorarse el fin de la utilización del scanner como medio de prueba, y quien realiza su práctica, pues al ser un funcionario de policía judicial y no un galeno, no se garantiza la idoneidad ni autenticidad de los resultados, así como tampoco se cumple con lo dispuesto en la sentencia C-822 de 2005. Prueba de ello es el bodyscan o scanner, que es un aparato electrónico originario para inspeccionar tejidos óseos y tejidos blandos, que no son externos del cuerpo humano, en aras medicinales y científicas, por lo cual se le debe explicar al sujeto sobre las consecuencias negativas de la práctica de inspección en rayos X.

Otro aspecto violatorio de derechos fundamentales y en especial a la No autoincriminación, es el cual una vez se firma el consentimiento informado, al sospechoso se le es obligado a realizarse una placa abdominal de rayos X en el BodyScan, es decir que se le obliga realizarse un procedimiento invasivo e introspectivo y cual objeto es el interior de su cuerpo, es decir se le realiza un procedimiento de Inspección corporal.

El consentimiento y posterior sometimiento a la inspección corporal puede tener efectos disimiles, si en la placa abdominal realizada por un policía –no un médico– no se observa que el sometido al procedimiento lleve algo interno en su organismo, pues no hay ningún problema, no hay consecuencias adversas y no se produce ningún efecto jurídico. Por el contrario, si quien realiza la placa observa algún cuerpo extraño, inmediatamente se produce un efecto jurídico adverso para el sometido que compromete sus derechos humanos, el acto jurídico realizado por la policía se le comunica al inspeccionado en los siguientes términos: “Usted queda capturado.”

Lo anterior no queda allí nada más, pues se denota una clara irregularidad en la práctica de la captura, y que debe diferirse su ilegalidad. Pues como se explicó en el capítulo anterior, el fenómeno jurídico de la captura denota de características vitales para que sea ajustada a derecho. El primero se sustenta en que la persona

---

<sup>182</sup>Este es el sistema de tejidos y órganos del cuerpo especializado en la formación y maduración de los componentes de la sangre (glóbulos rojos, plaquetas, glóbulos blancos. Incluye la médula ósea y el bazo.

sorprendida en flagrancia debe encontrarse ejecutando la conducta punible, el segundo en que se deben respetar los derechos fundamentales del capturado, a la dignidad, integridad y autonomía personal ellos suponen la prohibición de ejercer actos de violencia innecesaria o de someterlo a tratos crueles, inhumanos, degradantes o discriminatorios, O de causar lesiones o torturas durante el acto de aprehensión o con posterioridad a este.

En los casos de las capturas en los aeropuertos, ninguno de los anteriores se actualiza, pues si bien el artículo 376<sup>183</sup> contiene verbos rectores que se someten a la mera conducta o de ejecución instantánea, tales como “llevar consigo” o “transporte”, cualquier tipo de estupefaciente o droga por esa estirpe, es imposible determinar a simple vista radiológica si una persona lleva efectivamente estupefacientes, que clase de narcótico y en qué proporción o gramaje.

Al hacer un análisis de la tipicidad objetiva al momento de la captura, esta será errónea por falta de elementos estructurales del tipo como se dijo anteriormente, pero las demás prácticas que le sobrevienen tratan de limpiar y llenar los campos vacíos en la tipicidad, se observa:

Sujeto Activo: Pasajero, viajero, persona a la que se somete al BodyScan.

Sujeto Pasivo: Sociedad, Estado.

Verbo Rector: Llevar consigo, Transportar.

---

<sup>183</sup> ARTICULO 376. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

Ingrediente Normativo Orgánico: Se desconoce la sustancia y su peso.

Se pueden configurar más elementos estructurales de la tipicidad objetiva, como condiciones de tiempo, modo y lugar, pero no hacen falta, pues con un elemento que no se cumpla es suficiente para observar que no se actualiza el mandamiento de captura que supone estar ante un hecho delictivo.

Ahora bien, en segunda medida, tampoco se cumplen con la garantía y respeto de los derechos fundamentales del pasajero, pues desde el momento en que se tiene en la mira por su comportamiento “sospechoso”, es decir sin motivos fundados preexistentes de los demás medios de conocimiento del código penal, se vulnera tangiblemente el derecho fundamental a la intimidad, al cabo que esto queda al arbitrio del policía de vigilancia en tanto pesca en río revuelto, a ver a quien capta para someterlo a los posteriores actos arbitrarios y de carencia en su justificación. De igual manera, se limita el derecho a la auto determinación al constreñir al individuo por medio de la fuerza y lograr un consentimiento que lo puede llevar a una autoincriminación y que debe realizarse para fines judiciales en presencia de un abogado.

No obstante, y después de realizar la captura, someten a un interrogatorio al capturado, sin presencia igualmente de un abogado, y le sacan a la fuerza datos que no tienen para completar la estructura típica que les hace falta, nada más lesivo a los derechos del “sospechoso”, pues acá compromete su derecho fundamental a la No autoincriminación también contraído por una fuerza psicológica que efectúa la policía nacional.

Sobre el interrogatorio al capturado la Corte Constitucional<sup>184</sup> ha despachado lo siguiente:

Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de

---

<sup>184</sup>CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia C-621 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. (17, septiembre, 2017)

hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados. (Se destaca)

Por consiguiente, los casos de captura que se dan en el aeropuerto, comparten el hecho de tratarse de interrogatorios incomunicados, en un ámbito claramente policial, de los cuales resultan confesiones auto inculpatórias realizadas sin información de derechos, pues aunque se les indica que cualquier declaración judicial puede ser utilizada en su contra, los policiales inician un interrogatorio que compromete el derecho a la No Autoincriminación.

Es claro que este tipo de interrogatorios en lugar policial cerrado tienen por objeto socavar la voluntad del detenido por cuanto la atmosfera en que se desarrollan lleva un sello de intimidación policiaca. Ciertamente no se trata de intimidación física pero igualmente es atentatorio contra la dignidad humana. La práctica del interrogatorio incomunicado no es compatible con uno de los principios más apreciados por nuestra nación a saber, que el ciudadano no puede ser obligado a declararse culpable de nada. Ninguna declaración obtenida del capturado puede ser verdaderamente producto de su libre voluntad, y menos sin una asesoría legal y profesional del abogado, salvo que se empleen medios que eviten la intimidación propia de las detenciones en ámbito policial.

Debe aplicarse en igual medida la exclusión de esta práctica tal como se indico en el caso estadounidense de Miranda vs Arizona, en donde la lección es que no se debe realizar un interrogatorio al capturado sin la presencia de su abogado, y peor aún, si las preguntas que se le hacen son incriminatorias y si efectivamente termina incriminando, este procedimiento deberá rechazarse por ser abiertamente ilegal.

Al tenor de las magnas jurisprudencias constitucionales que la Corte Constitucional realizo desde la promulgación de la constitución política de 1991, se difiere de una postura en especial, pues si bien puede decirse que no existen derechos absolutos y que estos pueden verse limitados en función de otros del mismo rango o en virtud de fines del Estado, existe la convicción de que eso no es del todo cierto. Piénsese por ejemplo al derecho a la no autoincriminación, en su sentido de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, surge una pregunta ¿en materia penal, algún funcionario judicial puede obligar al prójimo a declarar en su contra?, la palabra “obligar”, presenta una característica

absolutista, y es que la autodeterminación a no inculparse surge de lo más íntimo del ser y del cuerpo y nadie, absolutamente nadie puede vencer ni romper esa determinación a no exteriorizar palabra alguna. ¿Es o no es absoluto el derecho a no autoincriminarse?

Otra arista que surge es cuando el cuerpo es el que autoincrimina, como en el objeto de esta tesis, el artículo 8 de la ley 906 de 2004 denominado derecho de defensa trae dos numerales que si bien son similares, sus efectos prácticos son totalmente diferentes.

Mientras el Numeral A, indica que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, el numeral B, sostiene que y aplica a “No autoincriminarse”, curioso y distinto a su vez. El suscrito entiende esas proposiciones normativas de la siguiente forma: la primera en que no se puede obligar por escrito, ni verbalmente bajo confesión a dar una declaración que pueda surtir efectos inculpantes, mientras que la segunda es de forma tan generalizada que se debe entender a que el sujeto que se encuentra en curso de una acción penal y sobre el que recae la acción, no puede ser objeto de prácticas personalísimas que lo autoincriminen.

Si el legislador hubiese querido que los efectos de la autoincriminación se sometieran únicamente a la manifestación de las cuerdas vocales en una declaración, pues por lógica no hubiera incluido el numeral B del artículo 8 de la citada norma. Por lo anterior, esas manifestaciones auto inculpatorias realizadas en el bodyscan también comprometen principios rectores de la codificación procesal criminal, y son objeto de su declaratoria de ilegalidad por el juez de control de garantías.

Por último, así el capturado no indique si efectivamente lleva capsulas en su interior, se niegue a responder o confiese cuantos dadillos se comió, la policía no diferencia de ninguna de estas situaciones por lo tanto es igualmente conducido a un centro hospitalario, para que se le practiquen inspecciones corporales, consistentes en nuevas placas de rayos X, se le introduzcan vía intravenosa líquidos, se le suministren medicamentos o se le pueda hacer un lavado de estómago, todo ello en función de que expulse las capsulas que tiene en su interior y determinar cuál sustancia psicoactiva es la que transporta y su equivalente en peso, para así efectivamente judicializarlo y ponerlo a disposición del juez control de garantías, caso contrario si el “sospechoso”, resiste las actuaciones ilegales y no expulsa ninguna capsula, es dejado en libertad.

Un caso que se trajo a colación de los precedentes de Estados Unidos, y que

debe observarse ya que el sistema actual procesal penal es una copia mal hecha del norteamericano, es el de Rochin Vs California, caso emblemático en el cual un individuo que ingirió narcóticos ilegales es llevado al centro hospitalario y allí obligado a expulsar las capsulas consumidas. En esta sede se decidió excluir la evidencia por ser ostensiblemente ilegal y estar en contra de postulados constitucionales de la No autoincriminación y el debido proceso.

Esta sentencia debería aplicarse en las situaciones aeroportuarias, pues si bien la realidad surgió en otra nación, no es menos cierto que los mismos derechos que al señor Rochin le vulneraron, son violados por policiales de vigilancia antinarcóticos, cada día, o mejor aún en cada vuelo que parte de Colombia al exterior.

Por si fuera poco y como practica judicial común, el juez de control de garantías contrariando los anteriores postulados legales y constitucionales, decide en su entender declarar legal la captura, estas actuaciones deben ser sometidas al juez de conocimiento en sede de la audiencia preparatoria a un examen que genere su exclusión de incorporación en juicio por ser evidentemente antípodas en su producción, ya sea desde el seguimiento pasivo por medio tecnológico, el sometimiento al bodyscan y la llevada forzada al hospital a nuevas prácticas de inspección, por vicios en el consentimiento informado y en relación al interrogatorio que se somete a minutos posteriores de la captura.

Si lo anterior no se pudiese, el último recurso intelectual al que queda sometido el acusado y su defensa es alegar en sede de juicio oral, la inexistencia de las actuaciones por vicios y por la tajante ilegalidad, y si el fallo condenatorio se versa sobre esas actuaciones, no queda más que persistir y alegar esa misma inexistencia en sede del recurso extraordinario de casación, allí, y actuando en confianza con este órgano y con los magistrados que aportaron ciertas ideas para la elaboración de esta tesis, la justicia se materializara en pro del condenado y seguramente se dictara fallo de remplazo.

Para finalizar, las capturas ilegales que efectúan los policiales antinarcóticos del Aeropuerto el Dorado, carecen de sentido para combatir el fenómeno del transporte del fármaco prohibido, pues el pasante de estupefaciente si es capturado, no es de relevancia para la estructura criminal, simplemente lo remplazan, por otra persona con condiciones similares, carente de recursos, con necesidades económicas, familiares y hasta alimentarias.

Esta situación está empilada en un círculo vicioso, se tienen datos de hace varias décadas en que esta práctica se ha perseguido y se ha castigado, pero ¿esta ha

sido efectiva? En mi pensar esto no reduce en ninguna medida el narcotráfico y lo que premia son los positivos de capturas por esta modalidad de transporte de psicóticos, por lo que en consecuencia carece de efectividad para acabar con el problema de raíz.

Es ilógico pensar que con estas prácticas se les está atacando de frente a los narcotraficantes, es tan ingenua esa política criminal que de modo análogo, es como si un científico en vez de encontrar la cura para el cáncer, dispusiera que la eutanasia es el camino correcto para erradicar las diferentes patologías cancerígenas de los enfermos. En esa ruta se encuentra el país, este fenómeno será perpetuo desde que no se tome en serio una política criminal de persecución a los grandes narcotraficantes o a los mandos medios.

No es útil para el Estado seguir capturando a estos pasantes de droga si en cada vuelo son remplazados, sería de más utilidad y beneficio para una correcta postura político criminal, que antes de que se materialice la captura, estos correos humanos presten colaboración efectiva en pro de que no se les inicie un proceso penal, puesto que ya con el aparato jurisdiccional del Estado en marcha, será muy difícil que estos individuos declaren y/o presten una colaboración efectiva para la aplicación de un principio de oportunidad, pues los tentáculos del narcotráfico pueden llegar a acabar con la vida del delator o de su grupo íntimo familiar. Con esa situación es seguro que nadie delatará al mando medio o al capo del narcotráfico.

Mientras lo anterior siga en ese curso, pues se van a seguir realizando de manera ilegal las capturas, teniendo como punto de inicio un seguimiento ilegal, un consentimiento viciado por la intimidación de los agentes, una primera inspección corporal sin consentimiento de un juez de control de garantías, un interrogatorio al capturado sin presencia de su abogado, y nuevamente un sometimiento a prácticas médicas en centro hospitalario sin la intervención de un juez de control de garantías.

Las anteriores prácticas que rayan y chocan con postulados constitucionales, pues se perturba el cuerpo humano como medio para conseguir un fin, es decir que la dignidad humana ligada al cuerpo no se observa y se lesiona como principio fundante del Estado. De igual forma se ignora la intimidad personal y la autodeterminación de las persona, la no Autoincriminación y por último que si bien no se trató como un punto aparte, al ser ilegal la captura se lesiona también la libertad personal de los “sospechosos”.

Pero se debe resaltar con fuerza, para que estas propuestas lleguen al juez de control de garantías y que no se deje intimidar, pues la nueva figura de este servidor y administrador de justicia, debe velar por que respeten los derechos en primera medida del sujeto sobre el que el Estado ejerce el *Ius Puniendi*, pues es todo el aparato estatal contra un ser humano, un ser humano cuyo único escudo para esas embestidas ilegales, es su abogado y las leyes.

Por último, se debe tener en cuenta de igual manera la propuesta de la legalización de las sustancias psicoactivas, pues la mayoría de los problemas reales que provienen de las drogas son porqué estas son ilegales. Posiblemente si la legalización se permitiera, se reduciría notablemente la crisis carcelaria de sobrepoblación que llega en este momento al 50%, se tendría de igual manera una reducción significativa de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios, se reducirían las vendettas entre carteles, es decir que también se reduciría la tasa de homicidios.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup>Según Dejusticia, entre 2005 y 2014 en Colombia se capturaron más de 720 mil personas por porte, tráfico o fabricación de drogas, lo que equivale a capturar a nueve personas cada hora o a 80 mil personas por año, de igual manera mientras que entre 2000 y 2015 la población general del país se incrementó en un 19%, la población penitenciaria aumentó un 141% y la población encarcelada por delitos de drogas aumentó un 289%. Las penas establecidas para los delitos de drogas se acercan a las de delitos graves como el homicidio o la violencia sexual. Ver en <https://www.dejusticia.org/publication/cada-hora-son-capturadas-nueve-personas-por-delitos-de-drogas-2/> fecha de consulta 05 de octubre de 2017.

## CONCLUSIONES

1. El proceso penal colombiano fue pensado y estructurado sin lugar a dudas sobre la base y el respeto de los principios, derechos y garantías que imperan y le asisten a todo sujeto que pueda ser afectado penalmente por el Estado, y dichas prerrogativas no pueden ser menoscabadas ni negociadas atendiendo a criterios de índole personal de quienes realizan procedimientos establecidos en el código de procedimiento penal, por lo que conlleva a que se declare ilegal la captura cuando se violenten dichas garantías o preceptos.
2. El tráfico de fármacos ilegales y sus modalidades de importación y exportación, es un fenómeno de vieja data que se encuentra prohibido en diferentes tratados internacionales ratificados e incorporados por el Estado Colombiano, al tanto que los narcotraficantes idean nuevas formas de transportar estupefacientes fuera del país utilizando correos humanos, los cuales llevan en el interior de su cuerpo sustancias psicoactivas.
3. Se debe indicar que la dignidad humana es un principio fundante del Estado colombiano, por lo tanto se debe reconocer a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio para obtener de este evidencia física. Si bien el derecho a la intimidad puede limitarse, el derecho a la no autoincriminación tiene una arista absoluta al tanto de no declarar contra si mismo, mientras que al ser órgano de prueba queda abierta su discusión si es relativo este derecho. De igual forma, el consentimiento informado requiere de ciertos aspectos fundantes para que tenga plena validez.
4. El proceso penal que establece la ley 906 de 2004, fue edificado sobre la base del respeto a los derechos y las garantías del procesado, por lo anterior se establece que sea el juez de control de garantías quien realice un control previo o posterior a los actos de investigación que ejerce la policía judicial, así como la captura a un individuo. De igual manera se debe aplicar la cláusula de exclusión si los actos de investigación van en contravía de las propias formas de recolección de evidencia física o elementos materiales probatorios.
5. Previendo posibles excesos en las facultades investigativas de la policía judicial o la fiscalía general de la nación, el legislador incluyo en el sistema procesal penal, filtros previos y posteriores para que no se vulnere el principio a la dignidad humana, el derecho a la intimidad, y derecho a la no autoincriminación, a fin que se autorice un seguimiento pasivo de personas, la inspección corporal y no se contrainterrogue al capturado sin la presencia de un abogado. Una vez verificado por el juez de control de garantías que no se cumple con los requisitos legales previos de esos actos de investigación, este debe decretar la ilegalidad de la captura y excluir las evidencias físicas o sus derivadas.

## RECOMENDACIONES

Incluir una política criminal seria, que contemple los diferentes organigramas criminales para que se empleen todas las fuerzas a combatir al jefe mediato o inmediato del correo humano.

Relizar una reforma al artículo 247 de la Ley 906 de 2004, en donde se remplace la palabra imputado por la de indiciado.

Realizar una demanda de nulidad contra la sentencia C-822 de 2005 proferida por la Corte Constitucional.

Capacitar de manera efectiva a los Fiscales Seccionales que conocen de delitos de estupefacientes, y a los integrantes de la policía nacional para que tengan apego a la ley al realizar las prácticas de seguimiento pasivo a personas, consentimiento, inspecciones corporales e interrogatorios al capturado.

Capacitar a centros hospitalarios y personal médico en el sentido de que no tienen por qué permitir prácticas inspectivas del cuerpo sin orden judicial emitida por juez de control de garantías.

Legalizar el expendio de estupefacientes, en la medida que la prohibición genera más problemas, y el consumo personal va ligado a la libre determinación de la persona.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y ARTICULOS

ALVAREZ, Tiberio. *Algunas Historias en la Historia del Opio*. Revista Colombia Anestesia 8, Bogotá, 1980.

ARANGO, Maria Isabel. *A Propósito del Papel del Juez de Control de Garantías en la Audiencia de Formulación de Imputación*. Universidad EAFIT Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 75, Medellín 2010.

ARIZA LÓPEZ, Jhon Bayro. *Los principales medios probatorios en delitos sexuales con menor de 14 años*, Librería ediciones del profesional LTDA. Primera edición, Bogotá, 2017.

ARMENTA DEU, Teresa. *La Verdad en El Filo de la Navaja. Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita*. Revista IUS ET PRAXIS - N° 2, Girona, 2013.

BECCARIA, Cesare B. *De Los Delitos y de Las Penas*. Editorial Skla. Bogotá, 2011.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. *La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación, Escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses*, Bogotá, 2008.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal I, Fundamentos Constitucionales y Teoría General*, Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición, Bogotá, 2013.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal. II Estructura y Garantías Procesales*, Universidad Externado de Colombia, Sexta edición, 2013.

CAMARGO GALLARDO, Jorge Manuel. *La ilicitud e ilegalidad de los actos de investigación en el sistema penal acusatorio colombiano, Temas de defensa penal tomo III*. Dirección Nacional de Defensoría Pública. Bogotá 2015.

CASADO VILA, Ivan: *Nuevo Derecho Constitucional: Antecedentes y Fundamentos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, primera edición, Bogotá, 2002.

CASTILLO FABIO. *Los Jinetes de la Cocaína*. 1987.

CHAMBERS, Molly y BRITTO, Gabriel. *El Contexto Sociocultural Del Consumo De Drogas Y Sus Efectos En La Política Sobre Las Drogas, en Narcotráfico: dimensiones económicas y sociales*, Revista Internacional de Ciencias Sociales No. 169, septiembre de 2001.

DAZA GONZALEZ, Alfonso, *Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión*, Revista

*de derecho penal Legis No. 27 del 2009, Bogotá, 2009.*

*ESCOHOTADO, Antonio. Historia General de las Drogas. Alianza Editorial S.A. Madrid, 1998.*

*FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. Bogotá, Temis, 1982.*

*FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1995.*

*FIGUEROA CELAYA, Roberto. China y la Guerra del Opio. Instituto Tecnológico de Sonora. México.*

*FOUCAULT, Michael. Vigilar y Castigar. El Nacimiento de la prisión, Siglo veintiuno editores argentina s.a., Buenos Aires, 2002,*

*Gestión Administrativa en el Sistema Acusatorio Penal (SAP). Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2008.*

*GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El Derecho Penal en la Edad Media, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición Bogotá, 2012.*

*GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. El derecho a la intimidad y a la libertad de expresión.*

*JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del Imputado, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2007.*

*KANT, Emmanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Pedro M. Rosario Barbosa, Primera Edición, San Juan de Puerto Rico, 2007.*

*MADRID-MALO GARIZABAL, Mario. Derechos Fundamentales, Escuela Superior de Administración pública ESAP, Santafé de Bogotá, 1992.*

*MARGAROLI, Josefina y MACULAN, Sergio. Procedimiento Ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Cathedra Jurídica, primera edición, Buenos Aires, 2013.*

*MICHELLINI DORANDO J. Dignidad Humana en Kant y Habermas. Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas, Vol. 12 nº 1, Mendoza - Argentina, Julio 2010.*

*MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier. La Historia Detrás del Mito: a 45 años de Miranda vs Arizona. Revista del Instituto de la Judicatura Federal No. 33 año 2010.*

*MOJICA MEJIA, Juan Fernando. Conferencias de la Teoría del Negocio Jurídico y Obligaciones.*

*MORA HERNANDEZ, Carlos Breton. Los Derechos Humanos en Francisco de Vitoria, Enclaves del Pensamiento, vol. VII, núm. 14, julio-diciembre, 2013, pp. 35-62 Instituto*

*Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Campus Ciudad de México Distrito Federal, México*

*NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas, Temis, Bogotá, 1997.*

*NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos, Siglo Veintiuno, México, 1979.*

*POSADA MAYA, Ricardo, Una Aproximación Histórica a la Evolución del Proceso Penal en Colombia, Revista de Derecho Público No. 21, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.*

*POSADA MAYA, Ricardo. Estudios Críticos de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Tomo I, Grupo Editorial Ibáñez, primera edición, Bogotá 2016*

*SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas de Juicio Oral. Ediciones Nueva Jurídica. Quinta Edición. Bogotá, 2016.*

*URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal, Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, Bogotá 2011.*

*VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, tercera edición, Bogotá, 2004.*

*VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas, Legis Editores, décima edición, Bogotá, 2009.*

*ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho Dúctil", Editorial Trotta, Madrid, 1995.*

## **NORMAS Y LEYES**

*Constitución Política de Colombia de 1991.*

*Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.*

*Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004.*

*Ley 30 de 1986, Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes.*

*Ley 13 de 1974 por medio de la cual se aprueba la "Convención Única sobre estupefacientes."*

*Ley 43 de 1980 por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas."*

*Ley 67 de 1993 por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas."*

*Decreto 2467 del 22 de diciembre de 2015.*

*Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.*

## **NORMAS INTERNACIONALES**

*Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.*

*Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.*

*Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*

*Declaración de Derechos del Paciente (Asociación Americana de Hospitales 6 de febrero de 1973)*

*Cartas de Derechos del Paciente (Declaración de Lisboa de octubre de 1981)*

*Protocolo de Estambul del 9 de agosto de 1999.*

*Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.*

*Convención Única sobre estupefacientes de 1961 y su Protocolo de Modificaciones, de 1972.*

*Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, suscrito en 1971.*

*Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas, suscrita en 1988*

*Convención Internacional del Opio, Suscrita en la Haya en 1912.*

## **JURISPRUDENCIA**

### **Corte Constitucional**

*Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.*

*Corte Constitucional, Sentencia C-499 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

*Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.*

*Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.*

*Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

*Corte Constitucional, Sentencia T-517 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.*

*Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*

*Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.*

*Corte Constitucional, Sentencia T-227 del 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.*

*Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.*

*Corte Constitucional, Sentencia C-1092 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-640 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.*  
*Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-881 de 2014. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub*  
*Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.*

### **Corte Suprema de Justicia**

*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 46153 del 30 de septiembre de 2009. M.P. Patricia Salazar Cuellar*