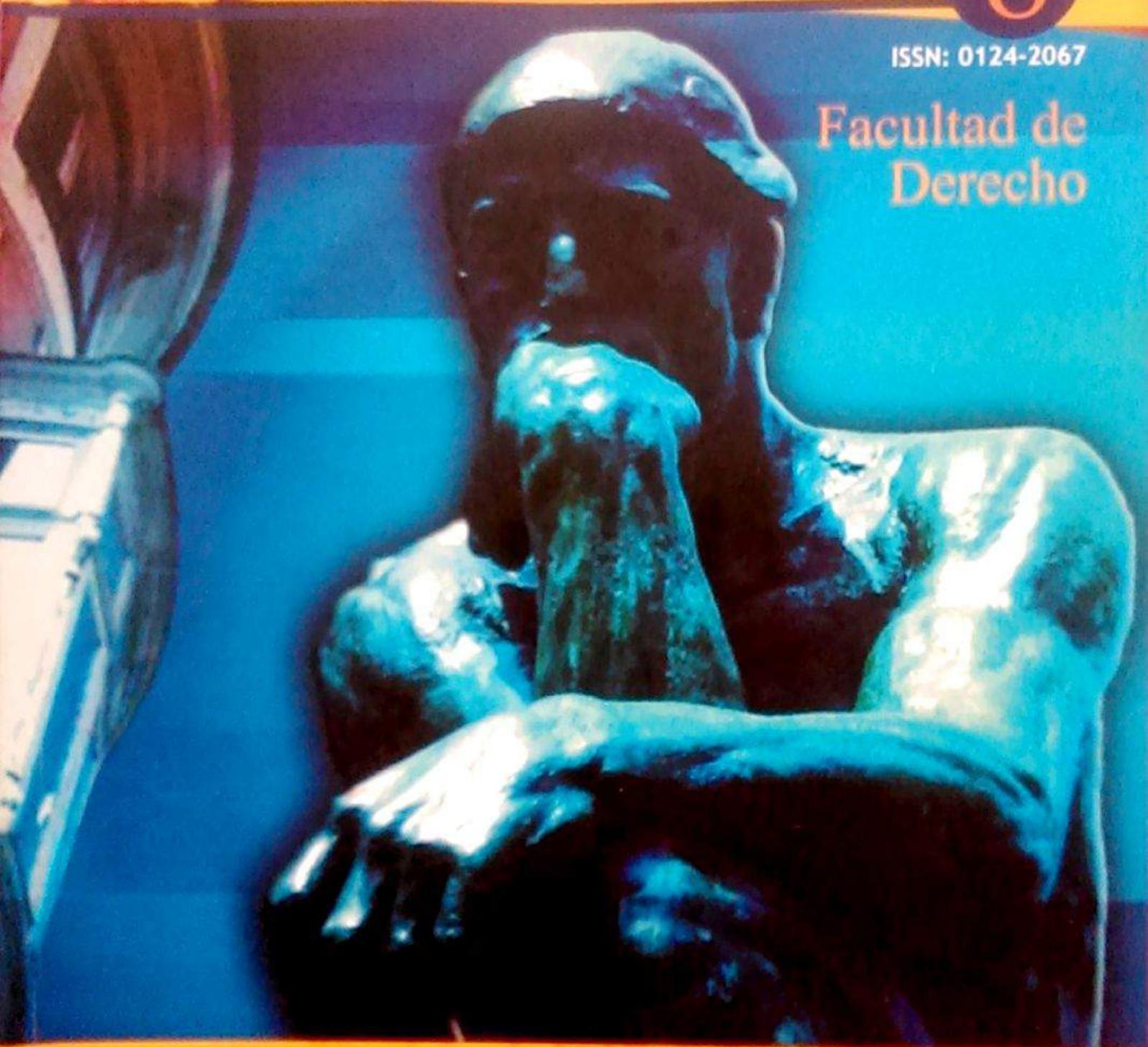


Principia IURIS

8

ISSN: 0124-2067

Facultad de
Derecho



Principia IURIS Tercer
Columbia N° 8 pp. 1 - 238 Julio
diciembre 2007 ISSN: 0124-2067



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO**

**PRINCIPIA IURIS
REVISTA DE DERECHO
No. 8**

TUNJA, 2007

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 8	pp. 1 - 236	Año Diciembre	2007	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	------------------	------	-----------------

Comité editorial

Germán Burgos
(Universidad Nacional, Colombia)

Germán Bernal Camacho
(Universidad Santo Tomás, Colombia)

Pedro Alonso Sanabria
(Universidad Santo Tomás, Colombia)

Vicente Landínez Lara
(Universidad Santo Tomás, Colombia)

Director

Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Victor Andrés Olarte Arcos

Comité científico

Juan Antonio García Amado
(Universidad de León, España)

Pierre Subra de Bieusses
(Universidad Paris X, Francia)

Pablo Guadarrama
(Universidad Central de las Villas, Cuba)

Jorge Arenas Salazar
(Universidad Nacional, Colombia)

Carlos Mario Molina Betancur
(Universidad Santo Tomás, Colombia)

Ricardo Rivero
(Universidad de Salamanca, España)

Cuerpo de Investigadores

Germán Bernal Camacho

Robinson Arí Cárdenas

Jean Arturo Cortés Piraván

Alfonso Daza González

Ciro Nolberto Güechá Medina

Hugo Fernando Guerrero

Martín Hernández Sánchez

Carlos Mario Molina Betancur

Victor Andrés Olarte Arcos

Jorge Enrique Patiño Rojas

Carlos Pérez Gil

**Cuerpo Directivo de la Universidad
Santo Tomás, Seccional Tunja**

**Rector seccional
Padre Carlos Mario Alzate Montes, O.P.**

**Vicerrector Académico
Padre Faustino Corchuelo Alfaro, O.P.**

**Vicerrector Administrativo y Financiero
Padre Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.**

**Decano de División
Padre José Antonio González Corredor, O.P.**

**Decano de Facultad
Abogado Ciro Nolberto Güechá Medina**

**Número de la revista
OCHO (8).
SEGUNDO SEMESTRE DE 2007**

**Periodicidad
SEMESTRAL**

**ISSN
0124-2067**

**Dirección postal
(correspondencia y canje)
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.**

**Teléfono
(8) 7440404 Ext. 1024**

**Dirección de correo electrónico
revistaderecho@ustatunja.edu.co**

**Nota: el contenido de los artículos es res-
ponsabilidad exclusiva de sus autores.**

**Diseño de carátula
Santiago Suárez**

**Traducción de textos
Departamento de Idiomas.
Universidad Santo Tomás seccional Tunja.**

CONTENIDO

Editorial	11
Sección I. Artículos de investigación. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas	
Limites constitucionales y legales de los funcionarios de Policía Judicial en la investigación del delito	15
Alfonso Daza González	
Las acciones contencioso administrativas frente a la anulación de los contratos administrativos: una propuesta de desaparecimiento de la acción contractual	29
Ciro Nolberto Güechá Medina	
Mecanismos de buen gobierno en la administración pública, bajo el enfoque de planteamiento estratégico	47
Hugo Fernando Guerrero Sierra	
Tomás de Aquino y Maquiavelo, ¿han influido en el Derecho Público Colombiano?	63
Róbinson Ari Cárdenas Sierra	
La conducta circunstanciada, garantía de la defensa frente a la técnica de la acusación, en el Estado social de derecho colombiano	77
Martín Hernández Sánchez	
Mecanismos jurídicos para mejorar la educación en Colombia	99
Carlos Mario Molina Betancur	
SECCIÓN II. Colaboradores nacionales	
La configuración de las políticas públicas como un campo de saber-poder: su relación con los proceso políticos, sociales y culturales, y su incidencia en la construcción de gobernabilidad y ciudadanía	133
Laura Milena Ballén Velásquez	

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 8	pp. 1 - 236	Julio Diciembre	2007	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	--------------------	------	-----------------

Estudios comparados: Una propuesta metodológica aplicada	149
Ethel Nataly Castellanos Morales	
Reflexiones constitucionales sobre las ventajas y riesgos de las acciones afirmativas	163
Yefferson Mauricio Dueñas	

SECCIÓN III. Colaboradores extranjeros

Gobernabilidad democrática e hibridismo administrativo en la gestión pública local	
- El caso Boliviano -	189
Iván Arandía	
El conflicto entre las bases filosóficas del derecho moderno y posmoderno.	211
Pablo Guadarrama	

EDITORIAL

Qué grato es presentar a la comunidad académica el número 8 de nuestra revista PRINCIPIA IURIS, que contiene los avances y resultados de las investigaciones que se adelantan en el Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Santo Tomás seccional Tunja.

Los docentes investigadores muestran los resultados del arduo trabajo que vienen realizando, con criterios de seriedad, rigorismo académico y convencidos de que la labor no ha sido en vano, sino que por el contrario, la misma trasciende al mundo del conocimiento a través de esta publicación, que sirve de instrumento de divulgación de los trabajos desarrollados.

La idea de consolidar la Revista Principia Iuris como una publicación con estándares de alta calidad, se viene dando en cada uno de los números que son puestos a consideración del medio académico; y esto es así, porque la nueva presentación de la revista que se dio en la edición anterior, se ve hoy ampliamente ratificada con los artículos que se publican, lo que demuestra la calidad de la misma.

No ha sido un trabajo fácil, sino que por el contrario, las dificultades se han presentado con la frecuencia que es obvia en escritos de esta naturaleza; pero las mismas, no han hecho que quienes participan en la elaboración de la revista desfallezcan, ya que el ánimo de sacar adelante la publicación sigue vivo y eso hace que se trate de mejorar cada vez que Principia Iuris llega con un nuevo número.

En esta oportunidad la revista aparece organizada en tres secciones y presenta once artículos. En la primera parte, correspondiente a los investigadores de nuestra Universidad, se presentan los artículos: Tomás de Aquino y Maquiavelo. ¿Han influido en el derecho público colombiano?, del profesor Róbinson Cárdenas; Límites constitucionales y legales de los funcionarios de policía judicial en la investigación del delito, del profesor Alfonso Daza; Las acciones contencioso administrativas frente a la anulación de los contratos administrativos: una propuesta de desaparecimiento de la acción contractual, de mi autoría; Mecanismos de buen gobierno en la administración pública, bajo el enfoque de planteamiento estratégico, del profesor Hugo Guerrero; La conducta circunstanciada, garantía de la defensa frente a la técnica de la acusación, en el estado social de derecho colombiano, del profesor Martín Hernández; y, Mecanismos jurídicos para mejorar la educación en Colombia, del profesor Carlos Mario Molina. La segunda parte, dedicada a los colaboradores nacionales, cuenta con tres artículos: La configuración de las políticas públicas como un campo de saber-poder: su

relación con los procesos políticos, sociales y culturales, y su incidencia en la construcción de gobernabilidad y ciudadanía, de Laura Ballén; Estudios comparados: una propuesta metodológica aplicada, de Ethel Castellanos; y, Reflexiones constitucionales sobre las ventajas y riesgos de las acciones afirmativas, de Yefferson Dueñas. La tercera parte, que corresponde a los colaboradores extranjeros, presenta los artículos: Gobernabilidad democrática e hibridismo administrativo en la gestión pública local. El caso boliviano, de Iván Arandía; y El conflicto entre las bases filosóficas del derecho moderno y posmoderno, de Pablo Guadarrama.

Sea esta la oportunidad para felicitar al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad y a los docentes investigadores que hoy presentan el resultado de sus esfuerzos, porque están demostrando que la generación de conocimiento desde nuestra facultad es posible. De igual forma, nuestros agradecimientos a los colaboradores nacionales e internacionales, por la confianza que han depositado en la revista, lo cual deja ver la seriedad en su elaboración.

Ciro Nolberto Güechá Medina
Director

EDITORIAL

It's grateful to present our magazine edition No.8 PRINCIPIA IURIS, which contents are based on the advances and results of investigations that Social Juridical Investigation Center of the Faculty of Law of Santo Tomás University in Tunja is working on.

The Researchers Teachers show the results of a hard work with serenity, academical demanding, criteria, and aware of this work has not been in vain, otherwise that this goes beyond the world of knowledge through this publication that works as an instrument of the divulgation of the works that have been developed.

The idea of compiling PRINCIPIA IURIS MAGAZINE as a publication with high quality standards has been shown in each edition that are considered in the academical environment, that's why the new presentation that was realized in the last edition is widely confirmed with the published articles which reflect the quality by itself.

It hasn't been easy to write these articles. The difficulties presented are the common ones people experienced in this sort of work. All of these have not stuck our work with this magazine, the people involved feel the same enthusiasm to keep devoting time for it, and the improvement of quality of PRINCIPIA NIURIS is clearly noticed by the ones who read it.

In this opportunity the magazine offers three sections with eleven articles. In the first part the following articles are presented: Tomás de Aquino y Maquiavelo. ¿Han influido en el derecho público colombiano?, del profesor Róbinson Cárdenas; Límites constitucionales y legales de los funcionarios de policía judicial en la investigación del delito, del profesor Alfonso Daza; Las acciones contencioso administrativas frente a la anulación de los contratos administrativos: una propuesta de desaparacimiento de la acción contractual, de mi autoría; Mecanismos de buen gobierno en la administración pública, bajo el enfoque de planteamiento estratégico, del profesor Hugo Guerrero; La conducta circunstanciada, garantía de la defensa frente a la técnica de la acusación, en el estado social de derecho colombiano, del profesor Martín Hernández; y, Mecanismos jurídicos para mejorar la educación en Colombia, del profesor Carlos Mario Molina. The second part, national writers present three articles: La configuración de las políticas públicas como un campo de saber-poder: su relación con los procesos políticos, sociales y culturales, y su incidencia en la construcción de gobernabilidad y ciudadanía, de Laura Ballén; Estudios comparados: una propuesta metodológica aplicada, de Ethel Castellanos; y, Reflexiones constitucionales sobre las ventajas y riesgos de las

acciones afirmativas, de Yefferson Dueñas. The third part, with international collaborators presents the articles: Gobernabilidad democrática e hibridismo administrativo en la gestión pública local. El caso boliviano, de Iván Arandia; y El conflicto de las bases filosóficas del derecho moderno y posmoderno, de Pablo Guadarrama.

I want to congratulate the Socio Juridical Investigation Leader and the Researcher Teachers that today present the results of their efforts demonstrating that the generation of knowledge is possible in this Faculty. Also I want to thank to the national and international collaborators, because they have believed in our magazine which shows the compromise to elaborate it.

Ciro Nolberto Güechá Medina
Director.

Sección I.
Artículos de investigación. Centro de
Investigaciones Socio-Jurídicas.

LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

Alfonso Daza González¹
Fecha de recibido: 19.9.07
Fecha de aceptación: 30.11.07

Resumen

Se estudian y analizan en éste artículo el conjunto de Derechos contenidos en la Constitución Política de 1991 y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Dicho cuerpo normativo establece los límites dentro de los cuales se deben mover los funcionarios de policía judicial en el desarrollo de sus investigaciones.

El desconocimiento de esos límites conlleva a que se declare ilegal la actuación, se excluyan los elementos materiales y evidencia física, obtenidos en dicho procedimiento, y dependiendo de la gravedad de la actuación, a que se compulsen copias penales y/o disciplinarias contra el servidor público.

Igualmente, el procedimiento realizado en tales condiciones da lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, y de contera a que éste inicie la acción de repetición contra el funcionario público.

Abstract

They are studied and they analyze in this article the group of contained Rights in the Political Constitution of 1991 and in the International Treaties of Human rights.

This normative body establishes the limits inside which the judiciary police officials should move in the development of their investigations.

The ignorance of those limits bears to that is declared illegal the performance, the material elements and evidence physics are

¹ Abogado, Especialista y Magíster en Derecho Penal y criminología de la Universidad Libre, Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor Investigador Universidad Santo Tomás Tunja. Desarrollo línea de investigación en Derecho Penal y Procesal Penal. adazaabogado@hotmail.com

excluded obtained in this procedure, and depending on the graveness of the performance to that penal and/or disciplinary copies are compared against the public servant.

Equally, the procedure carried out under such conditions gives place to declare the non-contractual liability of the State, and of chape to that this begins the repetition action against the officeholder.

Palabras clave

Bloque de constitucionalidad, captura, Constitución, derecho, derechos humanos, desaparición forzada, detención, debido proceso, dignidad, Estado Social de Derecho, exclusión, principio, garantía, igualdad, libertad, Policía Judicial, tortura, trato cruel.

Keywords

Block of constitutionality, captures, Constitution, right, human rights, forced disappearance, detention, due process, dignity, Social State of Right, exclusion, principle, guarantee, equality, freedom, Judiciary police, tortures, cruel treatment.

Introducción

El punto de partida de estudio del nuevo sistema procesal penal colombiano, y de manera particular del manejo de la escena del delito y de la cadena de custodia, lo constituye el principio del juicio como principal escenario del debate probatorio.

Y lo afirmamos con justa razón, porque el numeral 4° del Art. 250 de la Constitución Política de 1991, modificado por el Artículo 2° del Acto legislativo No. 03 de 2002, es claro al señalar que con base en el escrito de acusación que presenta el fiscal ante el juez de conocimiento, se da inicio al juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, con lo cual se advierte que el juicio oral se constituye en el principal escenario del debate probatorio, y por eso el Artículo 381 de la Ley 906

de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", determina que para condenar se requiere tener un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, el cual se obtiene de la prueba debatida en juicio.

Significa esto que, a diferencia del sistema procesal penal anterior, las diligencias practicadas en las etapas anteriores al juicio oral son meros actos de investigación o de preparación del juicio, y como tal no constituyen medios de prueba².

Para que los elementos materiales probatorios o evidencias físicas constituyan pruebas, se requiere que, previa su incorporación en el juicio, sean descubiertos por la parte que los va a presentar en el juicio oral, esto lo debe hacer la Fiscalía en el escrito de acusación³, y la defensa en la audiencia de formulación de acu-

¹ WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN. *Fiscalía Juez y Parte*, Prologo, s.l., Ediciones Librería del Profesional, 1996.
² Constitución Política de Colombia. Artículo 250, inciso final.
³ Ley 906 de 2004. Artículo 344.
⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 356.
⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 356.

sación⁴ y en la audiencia preparatoria⁵, luego de ello debe ser solicitada su admisión formalmente en la audiencia preparatoria⁶ y, una vez demuestren pertinencia, conducencia y legalidad, se decretará formalmente su practica en el juicio oral.

De ésta manera, los elementos materiales probatorios y evidencia física se convierten en pruebas.

En este punto es donde adquiere especial importancia el manejo de la escena del delito, y de manera particular, el manejo del lugar de los hechos y la cadena de custodia, porque si los procedimientos constitucionales y legales, así como las técnicas creadas por los manuales de criminalística no se cumplen frente en estos casos, pues simplemente esos elementos materiales probatorios y evidencia física allí descubiertos, identificados, recogidos, embalados, preservados, custodiados y enviados, no se convertirán en medios de prueba, y entonces con ellos no se podrá dictar sentencia condenatoria.

Por esa razón, éste Manual sobre la "Escena del Delito y Cadena de Custodia" no sólo estudia los procedimientos técnicos de criminalística que se deben observar frente a la escena del delito, el lugar de los hechos y la cadena de custodia, sino que también estudia el marco constitucional y legal dentro del cual deben moverse los servidores públicos encargados de la prevención, investigación, acusación y juzgamiento, con lo cual se define su rol.

De ésta manera, encontramos que el capítulo primero se dedica al estudio de los límites de la función pública en la prevención, investiga-

ción, acusación y juzgamiento de delitos.

Su importancia radica en el estudio y contextualización de los aspectos básicos que todo servidor público debe observar frente a los fines del Estado Social de Derecho, y en él sus obligaciones, los cuales al ser desconocidos generarán omisiones o extralimitaciones y con ellas las ilegalidades, exclusiones probatorias, y las consecuentes responsabilidades penales y disciplinarias.

El capítulo segundo, se dedica al estudio del sistema acusatorio. Para ello, parte del estudio de las reformas constitucionales y legales sobre el tema, y por eso se concentra en la definición de los roles de las partes e intervinientes en el proceso penal.

En ese sentido, el capítulo tercero se dedica al estudio del rol del primer respondiente.

Por su parte, el capítulo cuarto se limita al rol del funcionario de policía judicial. Destaca su responsabilidad frente a la escena del delito, el lugar de los hechos y la cadena de custodia. Finalmente, los capítulos quinto y sexto, se dedican, en su orden, al estudio de la escena del delito, el manejo del lugar de los hechos y la cadena de custodia, desde el punto de vista técnico, con la respectiva actualización legal.

En esas condiciones éste Manual espera ser ello: un Manual del servidor público de prevención, investigación, acusación y juzgamiento del delito, y le permita en consecuencia mejorar sus funciones frente a la escena del delito, el manejo del lugar de los hechos y la cadena de custodia.

1. Límites constitucionales de los funcionarios de policía judicial en la investigación del delito

Los funcionarios de Policía Judicial, como todos los servidores públicos, responden ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Art. 6° Constitución Política de 1991). Tal situación conlleva necesariamente a que se declaren ilegales los procedimientos, se excluyan los elementos materiales y evidencia física así obtenidos (Art. 29 inc. Final C.P. 1991, Art. 23, 232, 360 y 455 de la Ley 906 de 2004), se inicien las investigaciones penales y disciplinarias respectivas en su contra, se condene al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables (Art. 90 C.P. 1991), y a que éste repita contra el servidor público (Art. 90-2 C.P. 1991).

Sobre la prueba ilícita, es importante destacar lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005:

"Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humani-

dad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto".

"En efecto, tradicionalmente en el derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso⁷, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, "motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza."

Así las cosas, en primer lugar, los funcionarios de Policía Judicial deben cumplir con los mandatos establecidos en la Constitución Política de 1991, y con los señalados en los instrumen-

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 1° de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

tos Internacionales de Derechos Humanos, entre otros el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968)⁸, y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Ley 16 de 1972)⁹, los cuales forman parte del Bloque de Constitucionalidad (Art. 4º - 931 y 94 de la C.P. 1991)¹⁰.

Y en segundo lugar, deben cumplir con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

Frente al marco constitucional, deben velar porque se cumplan los fines del Estado, como son: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, 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 (Art. 2-1 C.P. 1991).

Así mismo, deben 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 (Art. 2-2 C.P. 1991).

En tales condiciones, deben observar que la protección de los Derechos Humanos constituye un deber (Art. 5º C.P. 1991), el cual se traduce a su vez en obligaciones específicas de respeto y garantía del ejercicio pleno de esos derechos¹¹.

Así las cosas, los servidores públicos de Policía Judicial deben respetar, proteger y garantizar, entre otros, los siguientes principios y dere-

chos: la dignidad humana, el derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, prohibición de desaparición forzada, la prohibición de la tortura, tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, derecho a la igualdad ante la ley, a la intimidad, a la libertad personal y a guardar silencio y no autoincriminarse.

a. La Dignidad Humana.

La Dignidad Humana¹², como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución¹³. Tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que si ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten varias restricciones¹⁴.

El respeto a la Dignidad Humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado. Por lo tanto, la Dignidad Humana constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal¹⁵.

La Dignidad Humana se erige como principio fundante, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano, por ello mismo, la dignidad no es una facultad de la persona, ni una concesión del Estado, porque la dignidad es un atributo esencial de la persona; el derecho fundamental es a que se le dé un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano. Es un derecho que implica tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer por parte del Estado¹⁶.

⁸ Suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968.

⁹ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Aprobada mediante Ley 16 de 1972.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1997, C-400 de 1998, T-588 de 1999 y C-1319 de 2001.

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 1. "Obligación de respetar los Derechos".

¹² Constitución Política de Colombia, Art. 1. Código de Procedimiento Penal, Art. 1.

¹³ Constitución Política de Colombia. Art. 1

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-792 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas.

¹⁵ Ídem. Sentencia T-401 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Ídem. Sentencia T-702 de 2001.

b. El Derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte.

El reconocimiento del derecho a la vida¹⁷ es esencial e indispensable para que todo ser humano se desenvuelva en sociedad. Al privarse de ella a alguien se le impide el ejercicio de todos sus demás derechos y libertades. En ese sentido, tanto la Asamblea General como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, han expresado su firme convicción de que todos los pueblos y todos los seres humanos tienen el derecho inherente a la vida, y a que la salvaguardia de este derecho primordial es indispensable para la aplicación del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos civiles y políticos¹⁸.

La esencia misma del derecho a la vida se encuentra establecida en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos¹⁹, en los cuales se señala que nadie puede ser privado arbitrariamente de ella, lo cual implica reforzar los condicionantes para la imposición de la pena de muerte, así como para proteger la vida frente a las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas llevadas a cabo por las fuerzas armadas, policiales o paramilitares, el uso excesivo de la fuerza o cualesquiera otros actos atentatorios contra este derecho²⁰.

c. Prohibición de la desaparición forzada.

La desaparición forzada esta considerada como un delito de lesa humanidad. Se encuentra pro-

hibida en la Constitución Política de Colombia²¹ y en los diferentes instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos²², que definen esta atroz práctica como todo acto en que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así de la protección de la Ley²³.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera a estas prácticas no solo como una violación del derecho a la vida, sino también como una de las prácticas que violan en mayor o menor grado todos los derechos fundamentales de las personas²⁴.

En similar dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las desapariciones forzadas implican una violación múltiple, a la vez que continuada, de numerosos derechos esenciales de la persona humana, de manera especial del derecho a la libertad personal, por cuanto el secuestro de la persona constituye un caso de privación arbitraria de la libertad, que vulnera además el derecho del detenido a ser conducido sin demora ante un Juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su detención. El derecho a la integridad personal, por cuanto el aislamiento prolongado y la incomunicación

¹⁷ Constitución Política de Colombia. Art. 11.

¹⁸ Resolución 37/189 - A del 18 de Noviembre de 1982 y Resolución 1982/7 del 19 de febrero de 1982. Actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, Nueva York: Naciones Unidas, 1986, p. 140

¹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 3. Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, Art. 1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 4 y 6. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 4 y 27.

²⁰ DANIEL O'DONELL. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1986, p. 1401

²¹ Constitución Política de Colombia. Art. 11.

²² Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 3. Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Arts. 4 y 6. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 4 y 27

²³ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Preámbulo. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992.

²⁴ Comisión Andina de Juristas. Protección de los Derechos Humanos, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 1999, p. 46.

coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, que constituyen lesiones a la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto de la dignidad inherente al ser humano.

También constituye una flagrante violación del derecho a la vida, por cuanto la práctica de las desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con la finalidad de no dejar ningún tipo de huella de la comisión del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron²⁵.

Generalmente, el destino último de las víctimas de desapariciones forzadas es la ejecución y el ocultamiento de sus cadáveres, a fin de evitar que se encuentren sus restos, o si esto se da, que no sea posible identificarlos plenamente. A diferencia de las ejecuciones arbitrarias, en donde el Estado sólo está obligado a identificar a los autores y procesarlos por homicidio, en las desapariciones forzadas le corresponde al Estado averiguar el paradero y destino de la víctima. Si se establece que ha fallecido, debe procesar y castigar a los autores materiales e intelectuales de tal hecho²⁶.

d. La prohibición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes.

Se garantiza este derecho en el Artículo 12 de la Constitución Política de 1991, al señalar que "nadie será sometido a desaparición forzada a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Si bien no existen criterios objetivos para distinguir entre la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, resulta importante resaltar que éstos se diferencian de la tortura, en tanto no buscan producir en una persona sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación o doblegar su resistencia física o moral.

La expresión tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes debe entenderse de tal forma que abarque la más amplia protección posible contra todo tipo de abusos, sean físicos o mentales incluido el de mantener a una persona en condiciones que le priven, temporal o permanentemente del uso de sus sentidos, como la vista o la audición, o de su idea del lugar en que se encuentra o del transcurso del tiempo. Asimismo, puede considerarse como una forma de degradación inducir a una persona a cometer actos contrarios a su moral, e incluso, contra sus valores culturales²⁷.

El Artículo séptimo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que la Constitución Política de Colombia²⁸ y los demás instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos²⁹, prohíbe las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Respecto a esta normatividad el Comité de Derechos Humanos³⁰ ha dicho que incluso en situaciones excepcionales no es posible suspender estas disposiciones, que tienen como finalidad proteger la integridad y dignidad de las personas³¹.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de Julio de 1988. Caso Velásquez Rodríguez.
²⁶ Comisión Andina de Juristas. Protección de los Derechos Humanos, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 1999, p. 48.
²⁷ Ídem. pp. 67 y 68
²⁸ Constitución Política de Colombia. Art. 12.
²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 1, 25 y 26. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 4, y 10. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 5 y 27.
³⁰ Comité de Derechos Humanos, creado a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 28.
³¹ Observación General No 7, relativa a las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Adoptada durante el 16° período de sesiones. 1982. esta observación fue remplazada por la Observación general número 20 aprobada en el 44° período de sesiones 1992.

e. Igualdad ante la Ley.

La no discriminación, junto con la igualdad ante la Ley y la igual protección de la Ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los Derechos Humanos³².

La igualdad ante la Ley³³ asegura que todos los ciudadanos estén sometidos a un mismo sistema jurídico, a las mismas normas. El Estado ha de asegurar que todas las personas sean iguales ante la Ley y que reciban el mismo tratamiento e igual protección. A la vez, ha de brindar un trato distinto a aquellos que se encuentren una situación de hecho o de derecho diferente³⁴.

La igualdad normativa ha de estar respaldada en una igualitaria aplicación de la Ley. La Carta ha señalado algunas razones de trato diferencial que se consideran sospechosas, como son, el sexo, la raza, la religión, el origen nacional o familiar, la lengua, la opinión política o filosófica, y otras, pues razones históricas señalan que tales motivos han estado detrás de formas de trato discriminatorio³⁵.

La igual aplicación del derecho y la igualdad ante la Ley se convierten en criterios interpretativos de la normatividad vigente, pues en los casos de tratamientos diferenciales por cualquier circunstancia, el operador del derecho está en la obligación de adecuar la interpretación de la norma a fin de garantizar el trato igualitario. En otros casos corresponde al Juez constitucional, en sede de control abstracto, remediar la situación.

Así como es necesario garantizar la igualdad ante la Ley y en su aplicación resulta exigible, en ciertos casos, brindar un trato distinto. El artículo 13 de la Carta dispone que el Estado tiene el deber de remover las causas que impiden una igualdad real. Tales causas, además de ser normativas, pueden responder a situaciones de facto. En tales eventos, la aplicación igualitaria de la Ley implicaría en la práctica un trato discriminatorio³⁶.

f. Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad personal y familiar encuentra suficiente sustento normativo en la Constitución Política de Colombia que la reconoce como un derecho fundamental³⁷ y en los diferentes instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos³⁸.

La palabra intimidad se emplea para hacer referencia al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que por su carácter personalísimo no se encuentran, por regla general o de ordinario, expuestos a la curiosidad y a la divulgación³⁹. El derecho a la privacidad protege tanto a la intimidad de la persona como la de su familia y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempos, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados.

La Intimidad ha sido entendida por la Corte Constitucional como aquel ámbito que las per-

³² Observación General número 18, relativa a la no discriminación. Aprobada en el 37° período de sesiones. 1989.

³³ Constitución Política de Colombia, Art. 13. Código de Procedimiento Penal, Art. 4.

³⁴ Jaime Bernal y Eduardo Montealegre. *El Proceso Penal*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Bogotá, 2004, p. 34

³⁵ Ídem. p. 35.

³⁶ Ídem. p. 36.

³⁷ Constitución Política de Colombia, Art. 15. Código de Procedimiento Penal, Art. 14.

³⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 12. Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 11 y 14.

³⁹ Mario Malo Garzabal. "Estudios sobre Derechos Fundamentales". En serie. Textos de divulgación número 11. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995, p. 59.

sonas reservan del conocimiento de los demás, aquel espacio exclusivo de cada uno, aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediante orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la Ley⁴⁰.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad protege precisamente la indebida injerencia en esta esfera privada del individuo y su familia, la cual está conformada por diversas situaciones y hechos reservados principalmente para sí o para el núcleo familiar, "y frente a los cuales no pueden interferir terceros"⁴¹.

En cuanto a la inviolabilidad del escenario íntimo, toda persona tiene derecho a que el Estado o los particulares no ingresen o permanezcan en su domicilio a menos que cuenten con su consentimiento o en casos sumamente excepcionales. Para el Comité de Derechos Humanos, domicilio se entiende como el lugar donde una persona reside o ejerce su ocupación habitual⁴².

En Colombia por virtud de lo establecido en el Art. 2 numeral 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación está facultada para "adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En esos 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".

Por ésta razón, el Artículo 14 de la Ley 906 de

2004, como marco de protección al derecho a la intimidad, establece que nadie puede ser molestado en su vida privada. En consecuencia se prohíbe la realización de registros, allanamientos e incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sin previa orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado.

Para efectos de la investigación, es importante señalar que los funcionarios de Policía Judicial en los procedimientos de registro deben observar lo establecido en los Arts. 219 a 231 C.P.P. so pena que se aplique la Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, sobre los requisitos que se deben observar en materia de registros y allanamientos señaló que "éstos, de acuerdo con lo previsto en la Ley 906 de 2004, artículos 220 y siguientes, solo podrán efectuarse previa orden del fiscal, (i) con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, caso éste que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva; (ii) deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o participe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con lo que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo; (iii) los motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosi-

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T - 696 de 1996.

⁴¹ Ídem. Sentencias SU - 1723 de 2000 y T - 696 de 1996

⁴² Observación General número 16 - Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Recopilación de observaciones y recomendaciones generales adoptadas por los órganos de los Derechos Humanos creados en virtud de los tratados, Naciones Unidas, Septiembre de 1992. p. 23.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-591-2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS.

militud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado; (iv) la orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados; (v) existen unos objetos no susceptibles de registro; (vi) la ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento; (vii) la diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en la ley; (viii) se debe tener en cuenta la regla particular si se trata de un allanamiento especial; (ix) procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la ley; (x) se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan, de la cual se expedirá una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan ⁴³."

Así mismo, enfatiza la Corte que, "conforme lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley 906 de 2004, la invalidez de la diligencia de allanamiento y registro, y en consecuencia los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor y serán excluidos de la actuación, cuando quiera que la orden expedida por el fiscal haya violando alguno de los requisitos esenciales previstos en el Código de Procedimiento Penal, establecidos en la ley. De tal suerte, que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación. En otras palabras,

de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente⁴⁴."

Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implica el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material, pero no como prueba de responsabilidad.

Sobre la retención de correspondencia y la interceptación de comunicaciones, la ley es clara al señalar los procedimientos y formalidades que se deben observar, en el entendido que intervienen en la esfera de protección del derecho a la intimidad, los cuales se abordarán en una unidad posterior dedicada a las actuaciones de la policía judicial que requieren orden del fiscal y control posterior.

g. Derecho a la libertad personal.

La libertad es considerada a la vez que un valor un derecho fundamental y, por lo mismo, goza de una amplia consagración normativa a nivel constitucional⁴⁵ y en los instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos⁴⁶.

⁴³ Ídem. Sentencia C-591-2005, M.P. Clara Inés Vargas.

⁴⁴ Constitución Política de Colombia, Arts. 13, 28. Código de Procedimiento Penal, Art. 2.

⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 3 y 9. Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, Arts. 1 y 25.

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 4, 9 y 11. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 7.

Contemporáneamente la libertad se desagrega en una amplia gama de libertades: libertad de expresión, de religión, de tránsito⁴⁷, dentro de esta gama encontramos la libertad personal que comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente⁴⁸.

En cuanto a la captura, es preciso señalar que solamente existen dos formas de capturar a una persona, la primera en situación de flagrancia (Art. 32 C.P. de 1991 en concordancia con el Art. 301 C.P.P.) y la segunda la constituye la orden de captura, bien sea proferida por un juez con funciones de control de garantías (Art. 297 C.P.P.), o proferida, excepcionalmente, por el Fiscal General de la Nación, o por un fiscal delegado (Art. 300 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Artículo 21 de la Ley 1142 de 2007).

Capturada la persona en flagrancia por la autoridad, ésta debe leerle sus derechos (Art. 303 C.P.P.). En el término de la distancia, que se entiende inferior a treinta y seis horas, salvo la excepción consagrada en el párrafo 3° del Artículo 289 de la Ley 906 de 2004 modificado por la el artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, debe conducirla ante la Fiscalía General de la Nación (Art. 302-2).

Es importante, luego de la captura llevar al capturado a un examen médico.

Tratándose de orden de captura, según lo preceptuado en el Artículo 297 de la ley 906 de 2004 modificada por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, ésta, por regla general, debe

constar en escrito proferido por un juez de control de garantías.

Es importante señalar que el Acto legislativo 03 de 2002 en su artículo 2°, numeral 1, inciso final señaló que el legislador tiene la posibilidad facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas excepcionales, y en ese sentido señaló que el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

En tales condiciones, el legislador a través del artículo 21 de la ley 1142, que modificó el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, consagró la posibilidad excepcional para que el Fiscal General de la Nación o su delegado pueda proferir orden de captura escrita y motivada en los casos en los cuales sea procedente la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, advirtiendo que es necesario que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan concluir razonablemente que el indiciado es autor o participe de la conducta investigada, y concurra como causal el riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación; la probabilidad fundada de alterar los medios probatorios o el peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

En todo caso, la regla general establece que quien tiene la facultad de restringir la libertad del imputado es el Juez con Funciones de Control de Garantías, tal como lo establece el Artículo 2° de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2007.

⁴⁷ Enrique Bernaldes Ballesteros. La Constitución de 1993. Instituto de Constitución y sociedad. Lima, s. Edr. 1996, p. 139.
⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C - 774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la ley 1142, que modifica el Artículo 39 de la Ley 906 de 2004, es al Juez de Control de Garantías del lugar donde se realizó la captura, a quien le corresponde la respectiva legalización.

En cuanto a la captura administrativa, es preciso señalar que ésta existió en cabeza de la Policía Nacional, pero ella ya no existe, según lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-176 de 2007, en la cual señaló:

"En el actual sistema jurídico colombiano, por regla general, la autoridad judicial cuya competencia determina la ley, es la única facultada para privar legítima y válidamente la libertad de las personas. Por consiguiente, la expresión "autoridad competente" prevista en el literal a) del artículo 56 del Código de Policía, resulta inconstitucional, en tanto que, conforme a la anterior filosofía constitucional que sirvió de fundamento a esa normativa, permite que otras autoridades, distintas a la judicial, y, en especial, las autoridades de policía a quienes está dirigida la normativa que contiene la regulación acusada, ordenen válidamente la privación de la libertad"⁴⁹.

Finalmente, se debe precisar que la detención arbitraria es aquella, que aun amparándose en la Ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho. Lo "arbitrario" constituye, de esta manera, un concepto más amplio, que incluye supuestos tanto de legalidad como de ilegalidad de la detención. En este orden de ideas, existen detenciones que pueden ser legales, pero que devienen en arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formalmente establecidas en el

ordenamiento jurídico pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos.

h. La no autoincriminación.

Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁰, como la Constitución Política de Colombia⁵¹ y el Código de Procedimiento Penal⁵² en sus normas rectoras, establecen claramente como parte integral del derecho a la Defensa los derechos a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad y a no auto incriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

Este derecho podrá ser renunciado siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, en este evento se requerirá siempre el asesoramiento de un abogado defensor⁵³.

Conclusiones

Los derechos contenidos en la Constitución Política de 1991 y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, establecen los límites dentro de los cuales se deben mover los funcionarios de policía judicial en el desarrollo de sus investigaciones.

El desconocimiento de esos límites conlleva a que se declare ilegal la actuación, se excluyan los elementos materiales y evidencia física obtenidos en dicho procedimiento, y depen-

⁴⁹ Idem. Sentencia C-176 de 2007 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵⁰ Estatuto de Roma, Artículo 55, Numeral 1, Literal a. Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, Artículo 14, Numeral 3, Literal g

⁵¹ Constitución Política de Colombia, Art. 33

⁵² Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, Art. 8, Lit. a y Art. 303 Num. 3.

⁵³ Idem. Art. 8, Lit. l.

diendo de la gravedad de la actuación, a que se compulsen copias penales y/o disciplinarias contra el servidor público.

Igualmente, el procedimiento realizado en tales condiciones da lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado y de contera a que éste inicie la acción de repetición contra el funcionario público.

Bibliografía

- BERNAL, J. y otro. El Proceso Penal, Bogotá D.C., Universidad Externado de Bogotá, 2004.
- BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993. Instituto de Constitución y sociedad. Lima, s. Edit. 1996.
- Comisión Andina de Juristas. Protección de los Derechos Humanos, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 1999.
- FERNÁNDEZ, W. Fiscalía Juez y Parte, Prologo, s.l., Ediciones Librería del Profesional, 1996.
- MALO, M. "Estudios sobre Derechos Fundamentales". En serie. Textos de divulgación número 11. Bogota, Defensoría del Pueblo, 1995.
- O'DONELL, D. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1986.
- Índice normativo y jurisprudencial.
- Constitución Política de Colombia.
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Preámbulo. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1003.
- Declaración Universal de Derechos Humanos Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.
- Observación General No 7, relativa a las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Adoptada durante el 16° periodo de sesiones. 1982. esta observación fue remplazada por la Observación general número 20 aprobada en el 44° periodo de sesiones 1992.
- Observación General número 16 - Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Recopilación de observaciones y recomendaciones generales adoptadas por los órganos de los Derechos Humanos creados en virtud de los tratados, Naciones Unidas, Septiembre de 1992.
- Observación General No 18, relativa a la no discriminación. Aprobada en el 37° periodo de sesiones. 1989.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Resolución 37/189 - A del 18 de Noviembre de 1982 y Resolución 1982/7 del 19 de febrero de 1982. Actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, Nueva York, Naciones Unidas, 1986.
- Corte Constitucional. Sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1997, C-400 de 1998, T-588 de 1999 y C-1319 de 2001.

---. Sentencia T -792 de 2005, M. P: CLARA INÉS VARGAS

---. Sentencia T-401 de 1992, M. P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

---. Sentencia T -702 de 2001.

---. Sentencia T - 696 de 1996.

---. Sentencias SU - 1723 de 2000 y T - 696 de 1996.

---. Sentencia C-591-2005, M.P. CLARA INÉS

VARGAS.

---. Sentencia C - 774 de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.

---. Sentencia C-176 de 2007. M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de Julio de 1988. Caso Velásquez Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.