



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 42

Bogotá, D.C., veintiuno de marzo de dos mil siete.

VISTOS

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación instaurado por el Fiscal 3° Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira, contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, el 2 de marzo de 2006, mediante la cual revocó la condena de 16 meses de prisión y multa en cuantía de \$5'085.395.00, así como la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso similar al de la restrictiva de la libertad, que el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de



Cabal le impuso a *BRAULIO ANTONIO ÁLVAREZ RIVERA* en fallo del 8 de febrero del mismo año, al hallarlo responsable de la conducta punible de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, y en su lugar lo absolvió de dicho cargo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los acontecimientos a los que se contrae la presente actuación, fueron plasmados en la sentencia del Tribunal de la siguiente manera:

“El 24 de agosto del 2005, a eso de las 3:30 de la tarde, en la Carrera 14 con Calles 18 y 19 de Santa Rosa de Cabal, al practicársele registro personal por parte de agentes policiales al señor BRAULIO ANTONIO ALVAREZ RIVERA, le fueron halladas 57 películas de video y 32 discos compactos, mercancía que de acuerdo a estudio pericial, no posee las características de impresión y calidad que identifican los originales producidos por las casas disqueras y cinematográficas, por lo que fue capturado.”

Dado el estado de flagrancia en que se sorprendió al infractor, los agentes del orden lo aprehendieron, cuya captura e



incautación del material decomisado, a petición del Fiscal 34 Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, fueron declaradas ajustadas a la legalidad el 25 de junio de 2005 por el Juzgado 2° Civil Municipal de dicha localidad con funciones de Control de Garantías. El 9 de septiembre siguiente, dicho despacho en audiencia preliminar declaró en contumacia a *ÁLVAREZ RIVERA*, y le formuló imputación por la conducta punible de “*defraudación de derechos de autor*” -sic-, y le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad. El 6 de octubre del mismo año la Fiscalía presentó escrito de acusación ante la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, y en la respectiva audiencia que tuvo lugar el 2 de noviembre de 2005 le formuló en concreto el cargo de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, conforme con lo regulado en el Art. 271 del C. Penal.

Celebradas la audiencia preparatoria el 23 de noviembre de la anualidad dicha y el 18 de enero de 2006 la audiencia de juicio oral, tras el receso pertinente la juez penal del circuito con funciones de conocimiento anunció que el sentido del fallo sería



de carácter condenatorio, cuya lectura se produjo el 8 de febrero siguiente en los términos y condiciones estipulados en el acápite inicial de esta providencia. Apelado el mismo, el Tribunal lo revocó para en su lugar absolver al acusado del cargo imputado, tal como allí de igual modo se dejó anotado.

LA DEMANDA

Primer cargo.

Al amparo de la causal primera, el censor denuncia la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los Arts. 271 del C. Penal de 2000 que describe y sanciona el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, y 381 de la Ley 906 de 2004 que establece los presupuestos para condenar, vicio que se configuró por la errada interpretación de los Arts. 248 y 301 de la Ley 906 de 2004, preceptos estos que, en su orden, definen el registro personal y la flagrancia, lo cual conllevó, en cada caso, a que se desfigurara su contenido o alcances.



Acorde a lo que la jurisprudencia de la Sala tiene decantado sobre la materia, luego de indicar en qué consiste el vicio en cuestión y tras citar los apartes pertinentes del fallo atacado, el censor sostiene que el *Ad-Quem* soportó su argumentación jurídica en el Art. 28 de la Constitución Política, para concluir que los derechos fundamentales no eran absolutos, advirtiendo sobre el punto que:

“No obstante que el Tribunal aceptó la viabilidad jurídica que el derecho a la libertad de las personas puede ser limitado y ser molestado en esos eventos por las exigencias de la convivencia social, le dio empero una interpretación diferente al entender indebidamente dándole un alcance equivocado a la sentencia de la Corte Constitucional C-822 de 2005, al aludir que esos registros personales eran detenciones momentáneas y añadiéndole los requerimientos de motivos fundados, pero además el deber ser de la Policía de hacerlos en caso de oposición con la autorización judicial correspondiente.”

La Corte Constitucional en la citada sentencia -agrega-, indicó que el registro corporal al que se refiere el Art. 248 del C. de P. P. supone una revisión de la superficie del cuerpo, y que como sinónimos de registrar se empleaban generalmente los



verbos tantear, cachear, auscultar y palpar, no sin aclarar que en dicho precepto se incorporaron tres figuras distintas, *“una de ellas era el registro realizado como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, no requiriendo esta de autorización judicial.”*

Tras extensa cita de lo que en el pronunciamiento de constitucionalidad dicho se denominan precisiones acerca de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, dada la referencia que se hace en el Art. 248 en cita a los registros realizados como parte de aquella labor en cumplimiento de su deber constitucional y a los registros incidentales a la captura, el actor itera que el Tribunal Superior de Pereira desfiguró el contenido o alcance del Art. 301 de la Ley 906 de 2004, como también las preceptivas del Art. 248 *ibidem*, porque, como allí también se dijera:

“En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará



la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma”.

Un tal razonamiento, aduce, resulta acorde a las previsiones de los Arts. 218 de la Carta Política, 1°, 2°, 5°, 29 y 30 del Código Nacional de Policía.

En aras de reforzar esas argumentaciones, del mismo modo se apoya el actor en la sentencia C-492 de 2002 de la citada Corporación, pronunciamiento que dice relación con las facultades de Policía en el Estado social y democrático de derecho, en el que se hace énfasis acerca de cómo la labor preventiva de la policía en una democracia es crucial para el cumplimiento de los postulados de convivencia, desde que una tal injerencia no sea arbitraria o ilegal, valga decir, *“los registros personales son absolutamente necesarios en el mantenimiento del orden público y precisamente para garantizar las libertades individuales y los derechos de los asociados.”*

Con la interpretación errónea que del pluricitado Art. 248 hizo el Tribunal, desconoció igualmente lo que en relación con el



punto se halla regulado en el Art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normatividad que hace parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento.

Si el Tribunal hubiera interpretado debidamente la actividad de policía respecto al registro personal y la obligación del Estado Colombiano en el cumplimiento de sus deberes internacionales, aduce el libelista a manera de colofón de sus planteamientos, habría entendido que ciertamente dicha diligencia practicada al procesado *ÁLVAREZ RIVERA* tuvo soporte en la normatividad interna e internacional, en acatamiento de la obligación de prevenir la violación de derechos humanos. Por consiguiente, solicita a la Corte corrija el entuerto con el fallo de reemplazo pertinente, es decir, de carácter condenatorio.

Segundo cargo.

Al auspicio de la misma causal primera, el casacionista acusa la sentencia impugnada de violar de manera directa la ley



sustancial, por falta de aplicación del Art. 271 del C. Penal de 2000 que tipifica el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, y los Arts. 381 y 339 de la Ley 906 de 2004 relativa a la prueba requerida para condenar.

Desconociendo que un juez de control de garantías había encontrado conforme a la legalidad el registro personal que se practicó a *ÁLVAREZ RIVERA*, el Tribunal Superior de Pereira analizó y valoró esa situación “*para concluir que había sido ilegal al carecer de motivos fundados y obsecuente a un proceder sin fundamento producto del azar (...)*”

Conforme al Art. 153 de la Ley 906 de 2004, en la etapa previa a la acusación todas las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en la audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán y decidirán ante los jueces de control de garantías a través de audiencias preliminares.



A juicio del demandante, el registro personal efectuado al procesado se produjo como consecuencia de la observancia de la normatividad nacional e internacional en la actividad de policía, como se dejó dicho en el acápite precedente. La juez de control de garantías, luego de la intervención de la Fiscalía, declaró conforme a derecho la captura del imputado y la incautación del material objeto del delito, por haberse efectuado en flagrancia.

Luego, el debate sobre supuestas irregularidades acaecidas con ocasión del registro personal practicado a *ÁLVAREZ RIVERA* caducó en el momento en el cual terminó la audiencia de formulación de la acusación, sostiene el casacionista, como quiera que de acuerdo a las previsiones del Art. 339 de la Ley 906/04, el traslado del escrito de acusación que una vez abierto el debate ordena el juez a los sujetos procesales, es “*para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere (...)*”.

Como nada de esto se presentó en la audiencia, constancia de ello se dejó en el acta pertinente. Y tras reiterar los



condicionamientos de los cuales se precisa para proferir condena según lo establece el Art. 381 del C. de P. Penal, el censor acota:

“(...) pareciera que el Tribunal era consciente de la prohibición legal de invadir esferas judiciales agotadas, porque así lo advirtió según decisión suya anterior, pero sin embargo incurrió impropiamente sobre ese terreno vedado aduciendo la necesidad de remediar estructurales violaciones de los derechos, igualmente soportado en un discurso confuso e incomprensible.”

Para demostrar su aserto, transcribe los apartes pertinentes del fallo, y seguidamente afirma que como consecuencia de ese error el Tribunal dejó de aplicar los referidos preceptos, con lo cual revivió *“un asunto ya concluido como lo fue la convalidación por la señora Juez de Control de Garantías del registro personal”*, normas que de haberse aplicado, impedirían volver sobre lo irreversible, esto es, decidir nuevamente sobre un aspecto jurídico correctamente resuelto en su oportunidad. De no haber operado la exclusión evidente denunciada, habría habido lugar a la confirmación del fallo de condena en cuestión.



De hacer carrera la equivocada tesis del *Ad-Quem*, denota finalmente, no sólo desnaturalizaría la esencia misma del proceso, sino también se propiciaría una impredecible inseguridad jurídica, irregularidad que la Corte está llamada a corregir en su importante misión de unificar la jurisprudencia nacional.

Tercer cargo.

Violación indirecta por error de hecho por falso raciocinio, es el fundamento de esta censura que al amparo de la causal tercera plantea el actor, la cual hace consistir en la errada valoración del registro personal debatido y la descalificación a la labor de la policía en su actividad, desconociendo de esta manera lo que la Corte Constitucional expuso sobre la materia en la sentencia C-822 de 2005.

Tras citar el Tribunal apartes del referido pronunciamiento que daba lugar a que el desprevenido lector pensara en la convalidación de la sentencia del Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, sorpresivamente y contrariando el alcance de los



razonamientos allí expuestos, e inclusive los que en apoyo de su determinación trae a colación del Tribunal Constitucional de España, arriba a una decisión opuesta, desacertada e ilegal. El juzgador de segunda instancia, entonces,

“(...) tomó un camino jurídico muy distinto inventándose unas exigencias foráneas a las comprendidas en la sentencia de la Corte Constitucional al imponer los requisitos de motivos fundados. Inclusive pretendió innovar un proceder policivo en eventos de oposición (...) Especulación y desviación argumentativa que inevitablemente condujo a la absolución. Descalificó así la conducta del agente Héctor Julio Ocampo y por extensión de su actividad policiva que fue ciertamente adecuada.”

Con razonamientos de esa índole, prosigue el casacionista, la Policía no podrá de ahora en adelante cumplir con su actividad derivada no sólo de la Constitución Política, sino también de las normas contenidas en los pactos y organismos internacionales ya aludidos. Seguidamente agrega:

“Mientras el operador jurídico valore subjetivamente los motivos fundados o mientras acuda a obtener la orden judicial para proceder al registro personal, conforme a la decisión del Tribunal



Superior de Pereira, el individuo que lleve consigo dinamita logrará su cometido impune de volar por los aires las edificaciones, arrastrando la estela de muerte de los inermes ciudadanos. O impunemente también habrá podido el delincuente agotar el delito de narcotráfico al llevar en su maletín importante cantidad de estupefaciente. Apenas dos ejemplos de la situación tenebrosa e irremediable que amenaza a la comunidad indefensa.”

Estimó pues el Tribunal Superior de Pereira, que el proceder del policía Héctor Julio Ocampo debía ser objeto de la cláusula de exclusión consagrada en el Art. 23 del C. de P. Penal, “*inferencia que implicaba un remedio de alto costo para la justicia porque con esa visión derrumbó estruendosamente el proceso al arribar a la equivocada decisión (...) En otras palabras, el Tribunal Superior de Pereira confundió el alcance contenido en su decisión extrema al concluir erróneamente que la sanción debía ser la exclusión del registro personal y de sus resultados*”, tema que la Corte Constitucional debidamente trata en la Sentencia SU-159/02 cuando se refiere a las condiciones de aplicación de las reglas de exclusión, cuyos apartes, en lo pertinente, transcribe el actor; todas esas enseñanzas fueron ignoradas por el *Ad-Quem*, lo que irremediablemente conlleva a la más absoluta impunidad.



La discrecionalidad del funcionario judicial tiene límites, de acuerdo con lo normado en el Art. 230 de la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos, señala finalmente; el servidor judicial que representa al Estado debe velar por los derechos de la Nación, y paralelamente por el de las personas cuando sea necesario limitarlos temporalmente. La citada Colegiatura con su decisión inobservó las reglas de la sana crítica que impone la valoración probatoria en conjunto. Su errónea apreciación de las pruebas, determinó su también errónea inferencia fundamento del fallo absolutorio cuestionado.

Como consecuencia de los yerros denunciados, solicita el demandante se case la sentencia recurrida para que en su lugar se dicte la que debe reemplazarla, la cual debe ser de carácter condenatorio por el cargo que se le dedujo en la acusación.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El Fiscal Delegado ante la Corte en su intervención, empieza por recordar los acontecimientos que dieron origen a



la presente actuación, y al efecto señala que los hechos tuvieron lugar en el Municipio de Santa Rosa de Cabal cuando un individuo que transitaba por su zona urbana, al advertir la presencia del patrullero de la Policía, Héctor Julio Ocampo Quintero, tuvo un comportamiento extraño, razón por la cual se le inquirió una requisita y en su bolso le fue hallado varios discos compactos y películas que finalmente resultaron ser una manera de defraudar los derechos patrimoniales de autor.

En relación con el primer reparo, dice el agente del ente acusador agregar a manera de argumentación adicional que el precepto cuya violación denuncia se refiere al *registro personal* como acto de investigación. La Fiscalía en su calidad de demandante quiere advertir -aduce- que el Tribunal Superior de Pereira confunde dramáticamente el registro administrativo o registro preventivo, con el registro investigativo o registro en ejercicio de función de policía judicial. Esta es la razón por la cual, al confundirlos, le puso una exigencia como era que el policía, quien actuaba en función preventiva y no investigativa, tuviera unos motivos fundados antes de actuar.



En eso consistió el error del Tribunal, deja entrever, fijarle un alcance diferente al Art. 248 de la Ley 906/04, supuesto que si la Policía actúa en función preventiva, no se exige un motivo fundado previo, sino que la actividad preventiva sea razonable; el motivo es la prevención que, con fundamento en la regulación contenida en el Art. 218 de la Constitución Política, es mantener el orden público, la seguridad, para efectos de garantizar así el ejercicio de las libertades y derechos democráticos.

El Tribunal desafortunadamente invocó la sentencia C-024 de 1994 que hace una exigencia de motivos razonables para proceder a la denominada captura de detención preventiva administrativa, que no es este caso porque de lo que aquí se trata es simplemente de un cacheo, de una requisa superficial o por encima de la persona cuyo registro personal se requiere, o a los objetos que lleve consigo. Esa definición del registro preventivo o administrativo, a diferencia del registro investigativo, es bien importante porque definitivamente es posible que las dos se confundan en una misma persona. Es lo que aquí sucedió con el agente Héctor Julián Ocampo Quintero, quien simplemente



actuando en función preventiva, en tal actividad de registro halló unos elementos que le dieron motivos para informar de la comisión de un presunto delito a los derechos patrimoniales de autor. La finalidad inicial del agente no era de labor investigativa, sino meramente preventiva, y a ese cometido dirigió su actuar de manera razonable al observar la actitud extraña de quien a la postre fue sometido a registro por el policial presente en el contorno. De ahí que lo requiriera para una requisa superficial, pero con respeto de su dignidad, con todas las limitaciones del poder de policía; aquí, lo razonable es la actividad y no el motivo previo que se exige -como bien lo dijo el Tribunal- para detenciones o capturas administrativas. En el caso de la especie, se pasó de una actividad preventiva a una situación que dio lugar a una captura en flagrancia derivada de aquélla.

Es cierto que el Art. 28 de la Constitución Política realmente exige orden de autoridad competente, pero para registros investigativos y capturas, mas no para registros administrativos o preventivos que se fundan en el artículo 218 *ibidem*, sostiene el



representante del ente acusador. Lo que finalmente hay que evaluar, es si la actividad preventiva es razonable o no.

En relación con el cargo segundo, el Fiscal Delegado de entrada advierte que la admisión de la demanda lo pone a salvo de cualquier defecto de orden técnico que presente la postulación de la censura, pues asume que éstos fueron superados de haber sido advertidos. Seguidamente hace ver cómo el Tribunal excluyó unas evidencias, a sabiendas de que en la audiencia preliminar donde se declaró conforme a derecho la captura, también se legalizó la incautación de los elementos decomisados por parte del juez de control de garantías. En dicha audiencia, o en una audiencia preliminar posterior, la defensa no sólo se abstuvo de intervenir, es decir, ninguna observación hizo en torno a la captura e incautación de esos elementos, sino que tampoco realizó solicitud alguna de exclusión de las evidencias obtenidas en la audiencia preparatoria conforme lo demanda el Art. 238 de la Ley 906 de 2004. Luego, si ello ocurrió de esa manera, el juez de conocimiento de primera o de segunda instancia debía estarse a lo que de acuerdo con el principio de las etapas preclusivas del



proceso, ya era una prueba legal, válida. La Corte Suprema de Justicia tiene dicho -afirma- que no solo hay falso juicio de legalidad cuando se admite una prueba que adolece de irregularidades sustanciales que ameritan calificarla de ilegal, sino que también hay falso juicio de legalidad cuando se declara ilegal una prueba a pesar de que no tenía esas irregularidades.

Esta, la segunda modalidad, es la que el demandante dice querer reivindicar, porque el Tribunal -mas no el juez de conocimiento- a pesar de que estaban agotadas las etapas de discusión sobre la validez de los elementos materiales probatorios y de la prueba, la excluyó con la obvia consecuencia de que siendo el único elemento o la única evidencia con que se contaba, absolvió, decisión esta que deviene arbitraria -Arts. 238 y 359- en cuanto el defensor si no intervino en la audiencia preliminar para hacer estas observaciones, ni tampoco lo hizo en una audiencia preliminar posterior, ni en la preparatoria, la oportunidad para hacerlo le precluyó. En esa medida, el Tribunal Superior de Pereira violó flagrantemente las reglas de producción de la prueba porque excluyó un elemento material probatorio que el



juez de control de garantías ya había validado, al ratificar la actuación investigativa de la Policía y de la Fiscalía.

Tras citar los apartes pertinentes del fallo mediante el cual la Corte Constitucional hizo el estudio de constitucionalidad del Art. 457, la Fiscalía a través de su Delegado reitera la petición de que se case la sentencia recurrida, teniéndose de presente la prueba ilegalmente excluida, a efecto de que la Corte dicte el fallo sustitutivo que no puede ser sino condenatorio.

2. El Ministerio Público representado por el Sr. Procurador Delegado para la Casación Penal, luego de referirse a los hechos que dieron origen a la presente actuación y a los aspectos puntuales de los fallos de primero y segundo grados, realiza la siguiente síntesis de la demanda de casación instaurada contra la sentencia del Tribunal por el Fiscal 3° Delegado ante la Corporación:

Denuncia en primer término, que se dejó de aplicar la norma pertinente que describe y sanciona el delito por el cual se le



formuló cargos al sentenciado, y la norma del Código de Procedimiento Penal que establece los requisitos para condenar, por dos motivos: Inicialmente aduce la violación directa en su sentido de interpretación errónea del Tribunal que consistió en haberle dado una dimensión desfigurada al Art. 248 de la ley 906 de 2004 que regula la actividad adelantada por la policía judicial, por lo que, en segundo lugar, también desfiguró el bloque de constitucionalidad como consecuencia de ignorar la normatividad internacional y por supuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en punto al tema del registro personal.

Aclara, que el argumento del fallo de absolución en parte se soportó en el artículo 28 de la Carta Política, y no tanto aceptando la viabilidad de la limitación al derecho de la libertad de locomoción de las personas, empero le dio una interpretación diferente debido a su entendimiento también equivocado de la sentencia C- 822 de 2005 de la Corte Constitucional, al aludir que los registros personales eran detenciones momentáneas, a lo que añadió el requerimiento de un motivo fundado. Adicionalmente



agrega, que se desfiguró el contenido del artículo 31 del mismo Código de Procedimiento Penal que regula la flagrancia.

En un segundo cargo, alega que se infringió la misma norma desde la misma forma directa en el sentido de falta de aplicación por falso juicio sobre la existencia de las normas procesales con efectos sustanciales que regulan el contenido del trámite de la audiencia pública de acusación, el conocimiento que debe tener el juez para condenar, por revivir un asunto ya concluido y desconocer la convalidación del juez de garantías de la legalidad de la captura del imputado; en su opinión, los preceptos de los artículos 339 y 381 obligaban al Tribunal a aceptar lo determinado en su momento por la autoridad competente porque ya se encontraban en firme.

Finalmente, el demandante con fundamento en la causal 3ª de casación, acusa la sentencia de falso raciocinio de la prueba sobre la cual se fundó la decisión contraria a la de condena que profirió el juzgado. Sostiene que el Tribunal tras acoger decisiones del Tribunal Constitucional de España, inventa la



exigencia foránea de los motivos fundados, extraña a los requisitos comprendidos en la sentencia de constitucionalidad C-822 de 2005 y, según expresa, esa especulación y desviación argumentativa condujo inevitablemente a la absolución porque descalificó así la conducta del agente Héctor Julio Ocampo y, por extensión, su actividad policiva que fue ciertamente adecuada.

El patrullero, primero, en su informe, y después, de viva voz en el juicio oral público, declaró que cuando rondaba en horas de la tarde por la carrera 14 entre calles 18 y 19 de Santa Rosa de Cabal, observó la presencia de una persona que portaba un maletín a quien abordó y solicitó que le enseñara el contenido del bolso, a lo cual, voluntariamente accedió; agrega el servidor público que halló en su interior las películas y los discos, y al preguntársele por ello no dio respuesta alguna, por lo cual, enseguida le leyó sus derechos y procedió a embalar y rotular los objetos incautados. El Tribunal jamás puso en cuestión la credibilidad del patrullero sobre la forma y las circunstancias que lo llevaron a practicarle el procedimiento de requisa al maletín de mano que portaba el aprehendido, y tampoco distorsiona su



testimonio cuando afirma que éste no refirió que tuviera una orden de sus superiores o cumpliera una misión institucional concreta en el sitio de la aprehensión, o tuviera un motivo fundado para proceder a la requisa, sino que simplemente era normal practicar esta clase de registros propios de su servicio de rutina.

La sentencia objeto de impugnación, no desconoce en modo alguno la verdad que resultó de la prueba allegada a la actuación, sostiene el Delegado del Ministerio Público, y no demanda mayor esfuerzo advertir de sus consideraciones, que la conclusión de la absolución a la que arribó obedeció a razones independientes del contenido de las pruebas aportadas que tuvieran que ver con la sana crítica propia del error de hecho en la valoración probatoria. El mismo recurrente aclara que la prueba se desestimó porque el Tribunal consideró que el proceder del policía, Héctor Julio Ocampo, debía ser objeto de la cláusula de exclusión que consagra el artículo 23 de la Ley 906 y, en ese orden, se trataría de un eventual error de derecho.



En realidad, incluida la violación directa por errores en la proyección de la prueba, todas las censuras que se postulan en cargos separados y autónomos, apuntan en diferente forma a poner en cuestión la decisión del juzgador de absolver al justiciable, con el único fundamento de la ilegalidad del procedimiento que lo sometió a un registro personal.

El sentenciador entendió que el único problema jurídico llamado a resolver era el de la admisibilidad de la restricción del derecho fundamental de la libertad de locomoción, y se pronuncia en contra de la legitimidad del registro personal practicado a un ciudadano, y con él, la incautación de evidencia física que permite su captura en flagrancia si no tiene el procedimiento motivos fundados, tras considerar que el registro personal de *BRAULIO ANTONIO RIVERA* se efectuó sin que operara esa exigencia, sino por meras sospechas del patrullero, al azar, lo cual fue ilegal y, como consecuencia, nulo de pleno derecho; y así mismo, de manera refleja, nula de pleno derecho la prueba o evidencia física que soportó la materialidad de la ilicitud.



La aplicación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria, con base en el efecto reflejo establecido en el artículo 23 de la Ley 906/04 por aplicación de la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado, por disposición legal, se requiere que sean consecuencia de las pruebas excluidas o solo pueden aplicarse en razón de su existencia; la fuente del hallazgo del material que prueba la materialidad del ilícito no es independiente del procedimiento del patrullero, y el Tribunal concluyó que era el único fundamento probatorio de la condena.

En este concreto asunto, el juez con función de control de garantías declaró la legalidad del procedimiento de captura del imputado, y la parte afectada no presentó reparos en la audiencia de acusación, ni en la preparatoria, como tampoco pidió la exclusión de medios de prueba ilegales por haberse conseguido mediante un registro personal ilegítimo; incluso, en la audiencia del juicio oral público, acordó con la Fiscalía estipulaciones probatorias para no discutir la experticia de grafología forense que determinó la falta de autenticidad de las películas y los discos, ni



la identidad de los mismos con el material depositado en la bodega de evidencias de la Fiscalía.

La ley determina, es verdad, que el momento procesal propicio para reclamar la exclusión de las pruebas por las partes y el Ministerio Público, es la audiencia preparatoria, la cual se realiza ante el juez de conocimiento de primera instancia, y por ello el recurrente se opone a que se considerara la ilegalidad del procedimiento policivo y, por reflejo también, nula de pleno derecho, la prueba derivada, por dos aspectos en lo fundamental: Considera la Fiscalía que un motivo, es el interés mayor del orden social y la seguridad pública que precisa la sociedad para su defensa y su existencia; y en segundo orden, porque le está vedado al juzgador acometer el estudio sobre la fuente de la cual se derivó la prueba, y desconocerla por ilegal, en vista de que la legalidad de la aprehensión del acusado ya había sido definida por la instancia competente; en firme esa decisión, no se la podía desconocer sin volver a revivir etapas precluidas y atentar, por contera, contra la seguridad jurídica.



Tras destacar cómo el desarrollo de la doctrina sobre el tema de la exclusión de la prueba ilegal es escaso en nuestro medio, pero pródigo en otras latitudes, especialmente en España, y de enseñar las discusiones y posiciones asumidas por la doctrina respecto de la materia objeto de debate en cuanto a la legitimidad e ilegitimidad de los procedimientos como el que aquí se examina, el agente del Ministerio Público sostiene que en este caso el uniformado aprehensor informó que laboraba en la estación de Santa Rosa de Cabal como Comandante de la patrulla de vigilancia, y en tal condición observó la presencia de una persona extraña en el sector que patrullaba, en respuesta al conainterrogatorio de la defensa; en forma más clara precisa que el sujeto al notar la presencia policiva, adoptó una actitud sospechosa; también afirmó que el transeúnte accedió voluntariamente a la requisita solicitada y justificó su proceder simplemente porque estaba facultado a realizar la requisita a una persona en cualquier lugar de la ciudad.

Por lo tanto, podría sostenerse, tras el examen ponderado de los hechos acaecidos, que si por sospechas actuó el agente



del orden, éstas no eran ilógicas ni irracionales, sino que se debió a la actitud extraña que mostró el transeúnte cuando advirtió la presencia policial, y lo prueba el hecho de que efectivamente se le encontraron elementos ilícitos. Empero, el asunto no se puede dejar librado al criterio de las más autorizadas doctrinas, sin tener en cuenta los propios desarrollos legales y jurisprudenciales nacionales, advierte el Delegado de la Procuraduría.

El artículo 248 de la Ley 906 de 2004 autoriza al Fiscal General de la Nación o sus Delegados a ordenar el registro de la persona relacionada con la investigación sobre la cual se tenga motivos razonablemente fundados para inferir que está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física. De otro lado, la Corte Constitucional mediante sentencia C-822 de 2005 declaró la inexecutable de la expresión *“sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la Fuerza Pública en ejercicio de su deber constitucional”*. Su fundamento es que tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía, y señaló que éstas continuaban aplicándose porque la inexecutable de la expresión no impedía que la



Fuerza Pública cumpliera con las funciones que le son propias, de acuerdo con las leyes vigentes. Así, estableció que en los casos en que en desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma.

Esto último es lo que dice en otros términos el artículo 208 de la Ley 906, el cual autoriza a los servidores de la Policía Nacional a recoger y embalar técnicamente los elementos probatorios y evidencia física que descubrieren en desarrollo del registro personal, inspección corporal, registro de vehículo y otras diligencias similares; sin embargo, no es la constitucionalidad del registro lo que se discute en el presente asunto, no es la constitucionalidad de la facultad que tiene la Policía de realizar capturas preventivas dentro de la función constitucional de preservar el orden público. La discusión gira es en derredor de si el cumplimiento de tales requisitos está acorde con los fines de la Constitución, señala el Delegado.



Las bases para el actuar la Policía Nacional dentro de esos precisos límites constitucionales fueron expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-024 de 1994 al revisar la exequibilidad del Código Nacional de Policía, y allí consideró esencial que esos procedimientos se deben efectuar con respeto a los derechos humanos, porque de ello depende no sólo la seguridad ciudadana y la legitimidad de la acción de las autoridades, sino incluso la propia eficacia de la investigación y la sanción de los delitos. Desde esa época ya anticipó la Corte Constitucional que las pruebas obtenidas con base en allanamientos o detenciones arbitrarias podrían luego ser excluidas de los procesos por las autoridades judiciales con base en la cláusula de exclusión consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, según la cual, es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

El principio general de la reserva judicial respecto de la afectación del derecho fundamental de la libertad por disposición también constitucional, tiene dos excepciones, acota el Delegado,



la captura en flagrancia que establece el artículo 32 de la Carta Política, y la detención preventiva administrativa del inciso segundo que corresponde al artículo 28 de la misma Constitución. La Corte Constitucional aclaró que esta última norma no se puede considerar se refiera únicamente al caso de flagrancia, puesto que este evento está regulado por otra disposición; el constituyente consagró una más amplia facultad de detención administrativa y no se puede confundir esta posibilidad con dos fenómenos que parecen similares, pero que son diversos, la detención preventiva decretada por los jueces cuando ya se ha iniciado un proceso, y la decisión administrativa que consagraba el artículo 28 de la vieja Constitución de 1886 que fue eliminada con justa razón por la Asamblea Nacional Constituyente al ser contraria con el estado Social de Derecho.

Además de la precisión del concepto, consideró aplicable a la realidad nacional los criterios expuestos sobre el tema por la jurisprudencia extranjera, y así determinó que la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados, mas no en la simple sospecha; la detención



debe estar basada en situación objetiva -motivo fundado- que permita concluir con cierta probabilidad que la persona está vinculada a actividades ilícitas.

En este orden, estimó la Corte Constitucional que una detención preventiva caprichosa, es decir, que no esté justificada por los fines constitucionales que competen a las autoridades de Policía, o no esté basada en motivos fundados, viola la Constitución, incluso, si en apariencia se respetan las limitaciones formales y temporales que regulan la materia.

En el asunto a examen, se procedió a la captura de una persona porque se le vio en actitud sospechosa y se le decomisó unos elementos de prohibida reproducción constitutivos de un delito. No obstante, es menester aclarar que lo que se legalizó en la audiencia de imputación por el juez de garantía fue la captura porque se realizó en flagrancia, pero allí no se determinó realmente por el juez de garantías sobre la legalización de las pruebas recaudadas o el decomiso; únicamente se estableció que la captura estaba sometida a los rigores constitucionales que



establece la norma pertinente, porque la aprehensión se había producido en flagrancia. Entender que ese acto de legalizar la simple captura de contera legalizaba la evidencia o el material recaudado, y suponer que en virtud de ello no podía el juez, al momento de dictar el fallo, desconocer esa legalidad de la prueba, es desconocer las facultades constitucionales que tiene también el juez de conocimiento para poder garantizar los derechos y garantías fundamentales, porque también a él compete esa facultad.

Tras sus propias elucubraciones acerca de la distinción que es necesario hacer de las conductas permanentes y el estado de flagrancia, el agente del Ministerio Público afirma que en el proceso penal la investigación de la verdad se halla limitada por valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho, la cual no puede ser obtenida en todo caso y a cualquier precio, por el contrario, la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por pruebas que hayan llegado con las debidas garantías al proceso. Así, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la



violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda que carece de validez.

De ahí que considere que en la situación como la aquí planteada, la de un individuo dedicado a la economía informal -la venta de unos pequeños elementos-, no se procedió conforme a los ritos de la Constitución ni de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en tratándose de detención administrativa, pues ésta debe obedecer a factores objetivos que tengan que ver con motivos fundados, y no que ella se finque en meras sospechas como ocurrió en el evento de la especie. En esas condiciones, el agente del Ministerio público sugiere que se desestime la demanda y no se case la sentencia objeto de impugnación en este caso.

3. De otra parte, el defensor del procesado señala en su intervención que con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad de la parte inicial del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal en donde se habla de la facultad preventiva de la Policía o la Fuerza Pública para realizar algunos procedimientos en las



requisas personales, el demandante ha expuesto que, como lo dijera la Corte Constitucional, ese aparte no debía estar dentro del Código de Procedimiento Penal porque la Policía no ejerce la labor investigativa, sino que podría actuar en procedimientos preventivos; luego, deberían estar dentro de las normas policivas, en su codificación especializada.

El demandante trae como sustento de uno de sus cargos y la crítica a la providencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, una serie de normas de derecho policivo concordadas con disposiciones de los tratados internacionales que tienen que ver con los derechos civiles y políticos suscritos por Colombia. En ninguna de las normas que han sido transcritas en la demanda se advierte, porque el lenguaje es muy claro de esas normas, que la Policía Nacional, *motu proprio*, pueda ejercer procedimientos de requisa personal o actos arbitrarios. Si con motivos fundados se sospecha de quien está ad portas de cometer un delito, o hay voces de auxilio, debe intervenir la fuerza pública proceder a detener momentáneamente a esa persona y efectuar la requisa personal pertinente, o de las cosas que lleve consigo. En tales



eventos, no habría ninguna ilicitud en esos procedimientos, sostiene la defensa. Pero, como lo advierte el Ministerio público, lo que impera en la sentencia del Tribunal es la garantía de los derechos fundamentales de las personas, la libertad, la dignidad humana y la presunción de inocencia.

No se puede pretender que la Fuerza Pública o la Policía Nacional a través de actividades preventivas, ejerza la función para la cual están instituidas, velar por el orden público, la salubridad, etc., puesto que con tales procedimientos, como lo advierte el tribunal, ciudadanos desprevenidos pueden ser afectados en su propia dignidad en cuanto que cualquier persona puede ser sujeto de una requisita personal o en sus elementos, sin que existan los motivos fundados, o la orden judicial previa. Con la decisión del Tribunal, se ampara el derecho que tiene todo ciudadano a su libre locomoción, al respeto de su dignidad y a la presunción de inocencia.

Diciendo estar conforme con la decisión de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de



Pereira, el defensor le solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Falta de aplicación del Art. 271 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, habida cuenta de que el Tribunal le dio “*una dimensión desfigurada al precepto 248 de la Ley 906 de 2004*”, es la censura que por la vía de la violación directa postula el libelista como primer reproche contra la sentencia recurrida, en cuanto el Tribunal en un entendimiento equivocado de sus preceptivas, alteró el sentido o alcance de esa disposición normativa que regula lo atinente al *registro personal*.

El Tribunal soportó su discurso jurídico en el Art. 28 de la Constitución Política, empero no obstante concluir que los derechos fundamentales no son absolutos, pues, refiriéndose puntualmente al derecho a la libertad de las personas admitió que dicha garantía puede ser limitada en atención a exigencias de



convivencia social, en entendimiento equivocado de lo que dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-822 de 2005 acerca de esos registros personales, le añadió el requerimiento de los “*motivos fundados*” cuando expresó:

*“(...) la respuesta para esta Sala al problema jurídico planteado, es que sí es legítimo el registro personal practicado por la policía a un ciudadano y, con él, la incautación de evidencias físicas, en que se funda la captura en flagrancia y posteriormente la imputación la acusación y la sentencia, **siempre y cuando el registro tenga motivos fundados.**”*

Desde esa perspectiva, la Sala entiende el planteamiento del actor que denuncia por la vía de la violación directa la exclusión evidente de la norma llamada a regular el caso -Art. 271 de la Ley 599 de 2000-, como consecuencia de la errónea intelección que el juzgador hizo del artículo 248 del la Ley 906 de 2004 que regula lo concerniente al registro personal, pero cuando se halla en curso una investigación y, por contera, del fallo de constitucionalidad contenido en la Sentencia C-822 de 2005 en relación con este último precepto, puesto que, a su juicio, lo que en el referido pronunciamiento se determinó fue que la Policía



puede hacer registros personales en cumplimiento de sus actividades constitucionales de policía, al expresar la Corte Constitucional que los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública:

“(...) corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía (...)”

Si bien cabe advertir que la demanda adolece de defectos de argumentación, la Corte en cumplimiento del mandato contenido en el inciso final del Art. 184 de la Ley 906 de 2004, atendiendo a los fines de la casación y dada la naturaleza de la controversia planteada, implícitamente asumió que debía superarlos a efecto de proceder a realizar el pronunciamiento de fondo pertinente.

2. Pues bien, conforme con lo establecido en el inciso 2º del Art. 218 de la Constitución Política, *“La policía nacional es un*



cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz (...)”.

Del mismo modo, el Código Nacional de Policía –Decreto-Ley 1355 de 1970– establece en su Art. 1° que “*La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se deriven, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho.*”; en tanto que el Art. 2° dispone que “*A la policía compete la conservación del orden público interno*”, cuya protección “*resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas.*”; el dispositivo 3° preceptúa acerca de que “*La libertad se define y garantiza en la Constitución y en las convenciones y tratados internacionales y la regulación de su ejercicio corresponde a la ley y a los reglamentos.*”; y el canon 5° de dicho



estatuto prevé en su inciso 1° que *“Las normas y los servicios de policía son medios para prevenir la infracción penal.”*

A propósito del estudio de constitucionalidad realizado sobre algunos preceptos del citado decreto extraordinario 1355 de 1970, en pronunciamiento de vieja data,¹ cuando esta Corporación ejercía la función del control constitucional, en determinación de Sala Plena advirtió cómo el Derecho de Policía resulta ser un mecanismo *“condicionante de la libertad”*, para seguidamente enfatizar que: *“El estatuto policivo es un instrumento sistemático de normas que regulan imperativamente comportamientos humanos, con carácter coactivo o preventivo, y excepcionalmente correctivo, coercitivo o represivo.”*

Para garantizar la libertad, el derecho debe regularla, *“en cuanto impida el abuso en su ejercicio y en la medida en que la encauce dentro de los derroteros del querer social, no la suprime ni la desconoce, sino que la protege, y en vez de debilitarla, la vigoriza, la hace posible (...)”* El Derecho de Policía -dijo la Corte

¹ C. S. de J., Sala Plena, Sentencia de 21 de abril de 1982, Expediente N° 893.



Suprema de Justicia en aquella ocasión, “es el orden jurídico en que se apoya el orden social, y que determina el ámbito del orden público, que, entre nosotros, apunta a la preservación de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad, de la moralidad, de la economía, del ornato y del sosiego públicos.”

Hizo la distinción, entonces, entre lo que constituye *poder de policía*, *función de policía* y *mera ejecución policiva*, en los siguientes términos:

“1. (...)

“a) El *poder de policía*, entendido como *competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional* (arts. 1º y 3º del Código), es la *facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad. En nuestro Estado de Derecho, conforme a las competencias que se señalarán adelante, lo ejercen únicamente quienes tienen origen representativo: el Congreso, el Presidente de la República, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales;*

“b) La *función de policía*, es la *gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida bajo los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde, de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de la policía;*



“c) En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía no son jefes de la policía, ya que estos son civiles (Art. 39 del Código); por lo tanto, aquéllos no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo debido a que no son actos jurídicos, por no tener competencia para expedirlos, pero están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son el ejercicio concreto de la función de policía, derivado de la competencia atribuida por el poder de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

“2. Colégese de lo precedentemente expresado que:

“a) El poder de policía es normativo: legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del Estado de Derecho, es, además preexistente;

“b) La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Mas repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación, ni de regulación de la libertad;

“c) La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza y está necesariamente subordinada al poder y a la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.

“3. Pero, aunque ni la función de policía ni la actividad de los miembros de los cuerpos uniformados de policía, son de carácter reglamentario de la libertad, sin embargo, sí son esencialmente reglamentables. De no serlo, dichas actuaciones quedarían sueltas, no serían siempre regladas y constituirían, ahí sí, seria amenaza contra el ejercicio de las libertades ciudadanas. O sea que, frente a la función y a la actividad



policial, el reglamento en vez de ser obstáculo o negación de la libertad, es una de sus fuentes válidas y legítimas de garantía; es, para mejor decir, su fundamental asidero.

“4. Ahora bien, en el avatar cotidiano de la acción estatal por preservar el orden público, la actividad material de los funcionarios y de los miembros uniformados de policía es permanente, inmediata, indeclinable, no se puede evitar ni aplazar, y constituye un constante asecho contra la libertad. Sólo la ley, o en su defecto el reglamento, nacional o local, autónomo o de la ley, que es el medio supletivo o apenas complementario de la tarea reguladora de aquélla, aunque necesariamente derivado de competencia explícitamente asignada, constituyen de consuno la base normativa que supedita dicha acción administrativa o material.

“Así las cosas, no se entiende cómo, por pregonar que frente a la Constitución sea únicamente la ley la reguladora legítima de la libertad, así no se expida, se descarte por inconstitucional la valiosa competencia autónoma, supletiva, complementaria o subsidiaria del reglamento de policía, por considerarlo atentatorio contra la libertad; siendo que, en la realidad, es mayor garantía para la libertad la acción policial reglada, que la que se despliegue sin supeditación a reglamentación alguna (...)”

Por manera que, la actividad de la policía entendida de la manera ya vista, es decir, como ejecución material del poder y de la función de policía que compete a la Policía Nacional, por su propia naturaleza, es de carácter preventiva, tal como se regula expresamente en el citado Art. 5° del Código Nacional de Policía, labor que tiene plena manifestación cuando de la conservación del orden público interno se trata, en la medida en que su protección resulta de *“la prevención y eliminación de las perturbaciones de la*



seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas” -Art. 2º-, a través de la implementación de mecanismos lícitos, razonables y proporcionados que garanticen el respeto de los derechos y libertades ciudadanos, fundamento y límite del poder de policía.²

3. En ejercicio de esa actividad policiva de prevención, los miembros de ese cuerpo de uniformados bien pueden realizar labores de registro de personas y de vehículos, sentenció la Corte Constitucional al ocuparse del examen de constitucionalidad del Art. 208 de la Ley 904 de 2006, pues, se trata “*de procedimientos de rutina autorizados por la ley y los reglamentos, que son ejecutados por la Policía Nacional con el fin de preservar el orden público, como quiera que en ellos están comprometidas la tranquilidad y la seguridad ciudadanas.*”³

En ello, ya había reparado la mencionada Corporación a propósito del estudio de constitucionalidad de los Arts. 247, 248,

² Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 27 de enero de 1994.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-789 de 20 de septiembre de 2006.



249 y 250 de la Ley 906 de 2005, cuando en la Sentencia C-822 de 10 de agosto de 2005, expresó:

“1. En cuanto a la definición de lo que es el registro personal, la norma bajo estudio no precisa expresamente en qué consiste esta figura. No obstante, tal como se señaló en la sección 5.2.1. el texto del artículo 248 permite inferir que se trata de una medida que implica un menor grado de incidencia que la inspección corporal, por el empleo de las expresiones ‘registro’, y ‘persona.’

“El término ‘registrar’, se emplea generalmente como sinónimo de ‘tantear’, ‘cachear’, ‘auscultar’, ‘palpar’ lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión ‘persona’, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia.

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

“El registro personal regulado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal, no prevenir la comisión de delitos. Como puede implicar una



incidencia media o alta en los derechos de la persona, debe mediar orden judicial previa que autorice su práctica, tal como se señaló en la sección 5.1. de esta sentencia.

“(..)

“5. Dada la referencia que hace el artículo 248 a los registros realizados como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional y a los registros incidentales a la captura, es necesario hacer algunas precisiones.

“En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía.

“Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión ‘Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional’, contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, será declarada inexecutable.

“Tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno esta sentencia. Por lo tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose sin que la inexecutable de la expresión señalada impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes.

“En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la



iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma.” -Se ha hecho énfasis-.

Vistas así las cosas, deviene evidente que el registro personal efectuado en desarrollo de la actividad de policía, difiere esencialmente del que se lleva a efecto dentro de una actuación penal, pues, mientras aquél corresponde al cumplimiento del deber que constitucionalmente le está asignado a la Policía Nacional -procurar la convivencia pacífica a través de las medidas pertinentes que propendan por el cabal ejercicio de los derechos y libertades públicas, e impedir la eventual ocurrencia de conductas al margen del ordenamiento-, el segundo dice relación con la obligación de investigar y juzgar comportamientos punibles.

*“(...) la facultad de **registro personal** que regula el artículo 208 bajo examen no es contraria a la Constitución pues, como se expuso anteriormente, tal norma no gravita en torno a lo que ha de realizarse en el curso de una investigación penal, sino que se circunscribe a la actividad preventiva que por mandato constitucional le compete ejercer a la Policía Nacional a fin de mantener el orden público, en facultad previsoras que, para el caso, con métodos no invasivos, permite la revisión externa y*



superficial de la persona y lo que lleva consigo, con el fin de dar seguridad al entorno, por lo cual su práctica no necesita autorización judicial previa.

“Ciertamente, el registro de personas es una de las medidas que persigue la realización del fin constitucional de garantizar la convivencia pacífica, la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, tarea asignada por mandato superior a la Policía Nacional, según ya se analizó (art. 218 Const.).

“Además, dicho registro es una actividad de policía, necesaria y eficaz para lograr la conservación y restablecimiento del orden público, en cuanto no exista otro procedimiento menos onerosos, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para buscar el fin buscado. En verdad, la palpación superficial, que no podrá extenderse a zonas erógenas, y la inspección sobre las prendas y otros objetos que las personas +n, que la policía hace directamente con las manos o con la ayuda de mecanismos magnéticos, radiológicos o electrónicos, permite determinar si el individuo lleva elementos que puedan perturbar los derechos y libertades públicas.

“Es, pues, un procedimiento usual, para prevenir la comisión de una conducta punible o que sea contraria a la convivencia y no para efectos de acopio o allegamiento de elementos materiales y evidencias con eventual aptitud probatoria para una instrucción penal en curso. Si casualmente son hallados, tal contingencia es la que dará lugar al consecuencial procedimiento debidamente estatuido en el artículo 208 de la Ley 906 de 2004, que es objeto del presente examen de constitucionalidad.



Igualmente, el registro personal no representa una medida excesiva, ya que por tratarse simplemente de una exploración externa que no conlleva auscultar intimidades naturales del individuo, no afecta desproporcionadamente sus derechos fundamentales. No escapa a la Corte que tal procedimiento puede significar molestia para las personas sobre quienes se practica; sin embargo, estos inconvenientes, por su menor entidad, pueden y deben ser sobrellevados por todos los coasociados para poder disfrutar de condiciones de seguridad y tranquilidad, razón por la cual la policía necesita contar con una actitud de colaboración ciudadana frente a su práctica, como expresión del deber constitucional de respeto y apoyo a las autoridades democráticas (art. 95 Const.).”⁴ -Se ha destacado-

4. En el asunto a examen, cabría pensarse que el reproche del censor puede tener vocación de prosperidad, si se tiene de presente que lo que en últimas reclama es el restablecimiento del orden jurídico en cuanto estima que el fallo impugnado deviene ilegal, habida consideración de que el Tribunal decidió absolver al procesado no empece encontrarse satisfechos los presupuestos que el Art. 381 de la Ley 906 de 2004 demanda para condenar.

⁴ *Ibidem.*



En efecto, el fundamento en que se finca el fallo cuestionado dice relación con la ilegalidad del procedimiento de registro personal practicado al procesado por parte del uniformado, y del cual se derivó el hallazgo de 57 películas de video y 52 discos compactos en su poder, elementos que una vez sometidos a la experticia pertinente, se determinó que carecían de las características de impresión y calidad que identifican los originales producidas por las casas disqueras y cinematográficas.

“Así las cosas -sentenció el Tribunal-, estamos, ante un registro superficial o cacheo, que de ninguna manera se efectuó por motivos fundados, sino por meras sospechas del patrullero de la policía (...) este tipo de actuaciones, afectan el derecho fundamental de la libertad, el derecho constitucional de la persona a no ser molestado, se trató de un proceder sin fundamento, al azar, y por tanto ilegal, resultando en consecuencia nulo de pleno derecho y con el, de manera refleja, nula también de pleno derecho la prueba o evidencia física que soporta la materialidad de la ilicitud, acorde con las voces del art. 23 del nuevo Procedimiento Penal (...)”

Estimó pues esa Colegiatura, que con el procedimiento policial de marras se habían conculcado al implicado sus derechos fundamentales a la libertad e intimidad.



Nada más ajeno a la realidad, porque conforme con las nociones jurisprudenciales que con antelación se dejaron vistas, esa tarea policial es la actividad consustancial a la función de prevención que por mandato constitucional le compete desplegar a los miembros de la Policía Nacional, a efecto de garantizar la convivencia pacífica, la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, valga decir, impedir la eventual ocurrencia de conductas punibles.

Se insiste, el *registro personal* establecido en el Art. 208 de la Ley 906 de 2004 hace relación a la labor preventiva que, por fuera del proceso penal, cumple la Policía Nacional como imperativo Superior a efecto de la preservación del orden público interno. En tanto que el regulado en el Art. 248 *ibidem* tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal en curso, mas no prevenir la comisión de delitos.

Por consiguiente, por no ser contrario a la Constitución el procedimiento establecido en el Art. 208 de la Ley 906 de 2004, tal



como se determinó en el pronunciamiento de constitucionalidad al que con antelación se hizo referencia, el cual permite el registro de personas y lo que éstas lleven consigo como actividad policiva de prevención, dicho registro no conlleva una afectación o restricción de derecho fundamental alguno que amerite la intervención judicial; y si en desarrollo de esa actividad los servidores de la Policía Nacional llegaren a descubrir elementos materiales probatorios o evidencia física *“como los mencionados en este código (...), los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente (...),”* y los pondrán de inmediato a disposición de la Policía Judicial.

Erró pues el Tribunal, ciertamente, en su tarea de estimación probatoria, en cuanto le negó validez jurídica a los medios de conocimiento que tuvo a su alcance, porque consideró que no reunían las exigencias formales de producción, cumpliéndolas de la manera como se dejó visto, con lo cual podría argumentarse que violó indirectamente la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de legalidad, vicio que conllevó, según lo denuncia el censor, a la falta de aplicación del Art. 271-1 de la Ley 599 de



2000 que tipifica el delito de “*defraudación a los derechos patrimoniales de autor*”, como también los Arts. 208 y 381 de la Ley 906 de 2004; y a la aplicación indebida del Art. 248 de la Ley 906 de 2004.

5. No obstante ese yerro, lo que cabe precisar es: ¿Puede reputarse punible el comportamiento que se le atribuye al procesado en su connotación de conducta típica, antijurídica y culpable conforme con lo reglado en los Arts. 6°, 9°, 10°, 11 y 12 de la Ley 599 de 2000?

Conforme con la doctrina constitucional, el principio de legalidad en sentido estricto -también denominado principio de tipicidad o taxatividad-, según el cual las conductas punibles y las penas no sólo deben estar previamente definidas en la ley, sino también de manera expresa, clara e inequívocamente, le impone al juez la labor de verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción comportamental que en forma abstracta define la ley. “*Sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo*



*así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. En efecto, únicamente si las descripciones legales son taxativas, pueden las personas conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos, y la labor de los jueces, en el proceso de adecuación típica, se limita a determinar si, conforme a los hechos probados en el proceso, el acusado cometió o no el hecho punible que se le imputa (...)*⁵

6. Para lo que es de interés a la decisión que en virtud del presente asunto debe adoptar la Sala, previamente es menester hacer las siguientes precisiones:

Los derechos de autor, entendidos como una categoría de propiedad intelectual, se encuentran amparados en el Art. 61 de la Carta Política, cuya regulación le compete al Congreso conforme con lo normado en el Art. 150-24 *ibidem*. Su protección penal se dispuso en un único Capítulo dentro del Título VIII del Libro Segundo, Parte Especial, de la Ley 599 de 2000, recogiendo de esta manera la legislación dispersa que en punto de las conductas

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-843/99.



penales atentatorias de los derechos de autor, se definieron en las Leyes 86 de 1946, 23 de 1982 y 44 de 1993.

Con apropiada técnica legislativa, la actual legislación penal sustantiva estableció distinción entre lo que constituye violación a los derechos morales de autor -Art. 270-, defraudación a los derechos patrimoniales de autor -Art. 271- y violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones -Art. 272-.

Según criterio de un sector de la doctrina, lo que se protege con los tipos penales que regulan el tema de los derechos de autor, *“es la preservación del equilibrio que debe existir entre el interés privado de los autores, intérpretes, productores fonográficos, etc., y el interés público y social de acceder en condiciones justas y de competencia leal al disfrute de todas aquellas manifestaciones en que se concreta la creación del intelecto.”*⁶

⁶ Rengifo García, citado por Vicente E. Gaviria Londoño, Delitos contra los derechos de autor, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, 2003.



7. Pues bien, de acuerdo con la acusación, a **BRAULIO ANTONIO ÁLVAREZ RIVERA** se le formuló cargo por el delito de “Defraudación a los derechos patrimoniales de autor, en la modalidad de conservar”, tipificado en el Art. 271-1 del C. Penal, y de esta manera fue juzgado y condenado al declarársele penalmente responsable de la referida ilicitud, por cuanto, como ya quedó dicho, en el acto de registro personal que se le practicó por parte de un policial en desarrollo de la labor preventiva propia de su función, *portaba*, es decir, *llevaba consigo*, 57 películas de video y 52 discos compactos que, al someterlos a experticia, resultaron ser ilegales.

Dicho precepto establece:

“Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley:

“1. Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca,



adquiera para la venta, o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

“(...)”

Con el referido tipo penal, quiso el legislador reprimir lo que comúnmente se ha denominado “*piratería*”, conducta que comporta la copia de todo lo original y lo que está en el dominio público, pero, no obstante, se le atribuye al autor la paternidad de la obra.⁷

A diferencia de lo que ocurre con lo que usualmente se conoce como “*plagio*”, conducta con la que el sujeto agente da por propia la creación ajena, en los eventos de “*piratería*” el infractor no desconoce la paternidad de la creación de la obra ajena en cuanto simplemente efectúa reproducciones ilícitas; como que en momento alguno se atribuye su autoría, ya que, por el contrario, acepta que se trata de creación que no le pertenece, pese a lo cual no respeta los derechos patrimoniales que la autoría otorga, cuya explotación es derecho exclusivo del autor.⁸

⁷ *Ibidem*, pág.564.

⁸ *Ibidem*, págs. 565 y 566.



8. Como bien cabe observar, dentro de las conductas alternativas por medio de las cuales se puede llegar a infringir el tipo penal que reprime la reproducción ilícita de la creación intelectual de su autor, no se halla contemplada la que describe la acción de portar, entre cuyas acepciones y para lo que es de interés en la solución del caso, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española -vigésima primera edición, Madrid, 1992- le asigna el significado de “Llevar o traer”, en tanto que conservar -modalidad conductual atribuida a *ÁLVAREZ RIVERA*- denota, entre otras acciones, la de “Mantener una cosa o cuidar de su permanencia (...) Guardar con cuidado una cosa.”

“La técnica legislativa de los denominados tipos alternativos surge de la fenomenología de ciertas conductas, porque si bien en la mayoría de los hechos delictivos el resultado reprochado se produce de cualquier manera sin importar la modalidad comportamental que se haya utilizado para obtenerlo, hay otros en los que la afectación del bien jurídico tutelado se logra en virtud de la realización de diversos comportamientos que son excluyentes entre sí, de tal manera que si no se busca una solución gramatical que lo comprenda a todos -mediante la diversidad de verbos rectores- la ausencia de cualquiera de ellos



constituye lo que los autores han denominado un espacio de libertad, pues al no estar concretamente incluido el verbo rector que incluya esa determinada modalidad del obrar es claro que, se estará en presencia de una **conducta atípica**.

“(…)

“La creación de conductas alternativas en un mismo tipo penal es entonces una técnica legislativa que se requiere para la debida y completa protección de un bien jurídico tutelado, que puede ser vulnerado sucesiva o simultáneamente por plurales comportamientos que no están comprendidos en un mismo verbo rector, como sí ocurre con la mayoría de hechos delictivos (...)”⁹ -Se ha destacado-

La modalidad de comportamiento por el cual se le infligió condena al aquí procesado *-conservar-* no da la idea, conforme con las nociones gramaticales que se dejaron vistas, de la conducta que efectivamente desplegaba *ÁLVAREZ RIVERA* en el momento en que se le sometió a registro personal *-llevar consigo-* que, como sinónimo de *portar* no se encuentra incluido entre los verbos rectores que tipifican el delito de *defraudación a los derechos patrimoniales de autor*. Por consiguiente, su conducta deviene ATÍPICA.



9. Lo anterior significa que el yerro denunciado y en el que, ciertamente, incurrió el Tribunal, resulta intrascendente, por lo que se impone desestimar la demanda.

En mérito a lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

⁹ Corte Constitucional, Sentencia de 9 de febrero de de 1994.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Página 64 de 64
Casación sistema acusatorio N° 25.583
BRAULIO ANTONIO ÁLVAREZ RIVERA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria