

**LAS ESCUCHAS ILÍCITAS, UN COMODÍN QUE SUPLE LAS EXIGENCIAS DE LOS
MODELOS TARIFADOS DE VIGILANCIA Y RESTRICCIÓN**

HILDA ASTRID CARVAJAL QUINTERO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

BOGOTÁ D.C.

2016

**LAS ESCUCHAS ILÍCITAS, UN COMODÍN QUE SUPLE LAS EXIGENCIAS DE LOS
MODELOS TARIFADOS DE VIGILANCIA Y RESTRICCIÓN**

HILDA ASTRID CARVAJAL QUINTERO

Tesis de grado para optar al título a Magister en Derecho Penal

Director

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS PhD

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

BOGOTÁ D.C.

2016

PAGÍNA DE ACEPTACIÓN

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

REFLEXIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES COMO ACTO DE INVESTIGACIÓN

- 1. Consideraciones Preliminares**
- 2. De la Interceptación de Comunicaciones**
- 3. Mecanismos Tecnológicos para Interceptar las Comunicaciones**
- 4. Descripción Normativa de Tipo Exegética en Materia de Interceptación de Comunicaciones en Colombia**
 - 4.1. Constitución de 1886
 - 4.2. Decreto 409 de 1971
 - 4.3. Decreto 050 de 1987
 - 4.4. Constitución Política de 1991
 - 4.5. Decreto 2700 de 1991
 - 4.6. Ley 600 de 2000.
 - 4.7. Acto legislativo 003 de 2002.
 - 4.8. Ley 906 de 2004
 - 4.9. Decreto 075 de 2006
 - 4.10. Ley 1142 de 2007
 - 4.11. Ley 1395 de 2010
 - 4.12. Ley 1453 de 2011

4.13. Ley estatutaria 263 de 2011

4.14. Decreto 1704 de 2012

4.15. Ley estatutaria 1621 de 2013

5. Estándares Internacionales de Derechos Humanos en Materia de Interceptación de Comunicaciones

6. Tratamiento de la Interceptación de Comunicaciones en la Jurisprudencia Constitucional

6.1. Sentencia SU-159 de 2002

6.2. Sentencia C-1092 de 2003

6.3. Sentencia C- 816 de 2004

6.4. Sentencia T- 787 de 2004

6.5. Sentencia C- 979 de 2005

6.6. Sentencia C-591 de 2005

6.7. Sentencia C- 210 de 2007

6.8. Sentencia C- 336 de 2007

6.9. Sentencia T- 233 de 2007

6.10. Sentencia C- 025 de 2009

6.11. Sentencia C- 131 de 2009

6.12. Sentencia C-334 de 2010

6.13. Sentencia C – 540 de 2012

6.14. Sentencia C- 594 de 2014

6.15. Conclusiones del tratamiento de la interceptación de comunicaciones en la jurisprudencia Constitucional

CAPITULO II

LA PRUEBA ILICITA

- 1. Definición de Prueba y de Prueba ilícita**
- 2. Concepto de Eficacia de la Prueba**
- 3. La Prueba Ilícita en el Proceso Penal**
 - 3.1. Clasificación de las pruebas ilícitas
 - 3.2. Antecedentes Jurisprudenciales
- 4. Nulidad Derivada de la Prueba Ilícita, una Categoría Irreconciliable con el Derecho Constitucional de cara a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.**
- 5. Exclusiones Probatorias**
 - 5.1. Exclusiones Probatorias en Colombia
 - 5.2. Condiciones de aplicación de la regla de exclusión en Colombia
- 6. Exclusiones Probatorias en el Derecho Comparado**
 - 6.1. Exclusiones Probatorias en los países de tradición Anglosajona
 - 6.2. Exclusiones Probatorias en los países de tradición Romano-Germánica
 - 6.2.1. *Exclusiones Probatorias en los países de tradición Romana*
 - 6.2.2. *Exclusiones Probatorias en los países de tradición Germánica*
- 7. Prohibiciones Probatorias y Derecho Penal del Enemigo**

CAPITULO III

¿LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES SON UNA AMENAZA A LA EFICACIA DEL PROCESO PENAL?

- 1. Ponderación de Derechos**
- 2. Intimidación vs. Eficientismo Penal**

2.1. Principios de la intimidad

2.1.1. *Principio de libertad*

2.1.2. *Principio de ponderación*

2.1.3. *Principio de necesidad*

2.1.4. *Principio de veracidad*

2.1.5. *Principio de integridad*

2.2. Intimidad vs. Eficacientismo Penal en el derecho comparado

2.2.1. *En los países de tradición anglosajona*

2.2.2. *En los países de tradición romana*

2.2.3. *En los países de tradición germánica*

3. No Autoincriminación vs. Impunidad

4. Sociedad de Riesgo y el Discurso de la emergencia

CONCLUSIONES

**RECOMENDACIONES RESPECTO A LA INTERCEPTACIÓN DE
COMUNICACIONES COMO ACTO DE INVESTIGACIÓN.**

REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

La interceptación de las comunicaciones en Colombia, constituye un acto de investigación que cuenta con un mínimo de regulación legislativa, una profusa construcción doctrinal tanto nacional como internacional y una creciente evolución jurisprudencial y convencional. Información que constituye en su totalidad, una esfera de conocimiento, que a su vez, hace parte del engranaje jurídico de la tradición jurídica colombiana, que merece ser evaluada de manera acuciosa.

El objeto de estudio de la presente investigación, parte de la hipótesis de que en Colombia, la interceptación de comunicaciones como acto de investigación, es un acto arbitrario por parte del estado, que adolece de la autorización constitucional y previa que justifique la restricción de los derechos fundamentales tanto de las personas que están siendo investigadas, así como los terceros interlocutores que nada tienen que ver con la investigación que adelanta la fiscalía. Por lo anterior, se considera que este acto torna irrita la actuación y debe ser excluido del proceso penal.

De ésta hipótesis debe preguntarse: ¿El acto de interceptación de comunicaciones es un acto que viola los derechos fundamentales de los investigados y terceros, razón por la cual debe ser excluido del proceso?

Resolver el anterior planteamiento resulta pertinente y justificado, gracias a que el artículo 250 No. 2 de la constitución política de 1991 reformado por el actor legislativo 002 de 2003, faculta a la Fiscalía General de la Nación para adelantar interceptaciones de comunicaciones y luego someter al escrutinio de un juez constitucional los resultados de dicho acto de investigación. Intervención que en principio constituye un significativo despojo de las facultades jurisdiccionales

propias del modelo de justicia con tendencia inquisitiva, pero que resulta ser insuficiente; toda vez que se ha tornado, en la práctica, como la patente de corso para la vulneración indiscriminada de garantías sustanciales.

De lo anterior, se puede extraer cuatro temas de suma importancia que generan controversias frente a la aplicación de este acto de investigación:

1. La garantía sustancial “*nemo tenetur se ipso accusare*” o de no autoincriminación de la que es acreedor el ciudadano que está siendo investigado, pues la interceptación de comunicaciones arbitraria puede constituirse en una tortura con miras a obtener una confesión.
2. La violación del derecho a la intimidad y debido proceso a los que se ven expuestos los interlocutores ajenos al proceso, terceros que resultan víctimas de las prácticas eficientistas del Estado.
3. La legalidad de la prueba de cara a los estándares internacionales que exigen como requisito para la trasgresión de Derechos Fundamentales una orden judicial debidamente motivada.
4. La valoración probatoria y la sanción que ha desarrollado el derecho comparado, conocida como cláusula de exclusión, debido a la violación de derechos fundamentales.

De tal suerte que resulta conveniente poner al descubierto una amenaza tan latente a derechos como el de intimidad, no autoincriminación, y el cabal ejercicio del derecho de defensa, y poner en marcha un modelo de retaliación jurídica que replantee el sistema axiológico de administración justicia y ubique al ciudadano como fin y no un dócil medio de obtención de resultados que elevan los índices de popularidad de la descreída administración de justicia de manera directamente proporcional a la reducción de las tasas de impunidad, que tanto reprocha la

sociedad, directo beneficiario de la situación; toda vez que en el imaginario colectivo se asume que la defensa de las garantías sustanciales, procesales y orgánicas no es más que un embeleco altruista que contribuye a la impunidad de las conductas que debieran ser castigadas bajo los más rigurosos esquemas del estado de faida o de la venganza en la evolución del derecho penal.

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo analizar si la interceptación de comunicaciones, realmente es un acto de investigación previsto en la legislación penal colombiana que se ajusta a los postulados de raigambre constitucional; a través del estudio legislativo, constitucional, y jurisprudencial; o, por el contrario, es una expresión efficientista propia del derecho penal del enemigo; entendiendo por efficientismo, la obtención a toda costa de sentencias condenatorias, convirtiéndose en una regulación más allá de todo límite razonable, otorgándole al derecho penal un papel predominante para lograr el control social. Esta corriente surge de una visión escéptica de los derechos y garantías, los cuales se ven como un obstáculo para el ejercicio de la función penal. En Colombia, la constitución ha sido permanentemente suspendida en virtud de la excepción, ello ha generado un derecho penal altamente politizado, funcionalizado de acuerdo a los avatares de las coyunturas y dirigido a ciertos actores específicos según sea la dinámica de su actuación en el contexto general de la violencia del país. Por eso se trata más de un derecho penal del enemigo, donde el investigado es procesado y juzgado haciendo abstracción de sus derechos y garantías.

Lo anterior parte de un problema jurídico planteado que se aborda a partir de la integración, organización y evaluación de las fuentes del derecho, haciendo énfasis en la investigación de las posibles soluciones que se pueden plantear a los núcleos problemáticos y especialmente a la tensión que se genera entre la garantía y la eficiencia, no solo en el ordenamiento interno, sino en

el derecho comparado y el sistema de convencionalidad, lo cual permite analizar las semejanzas, diferencias y tendencias del fenómeno materia de estudio.

De ésta manera, se puede hacer una valoración crítica desde el punto de vista técnico, probatorio y constitucional, ajeno a toda consideración política; es decir, que verifica las normas jurídicas que regulan el acto de investigación por sus deficiencias, vacíos, grados de vinculación y esferas de aplicación. Las decisiones de los jueces desde la coherencia interna y externa, y la doctrina, desde el análisis científico de los aportes formales a la construcción de una aproximación conceptual y teórica en torno de la figura jurídica elegida para nuestros efectos investigativos, que no es otra que la interceptación de las comunicaciones como acto de investigación, su validez constitucional y su vigencia procesal en un modelo altamente sesgado por las tendencias de vigilancia líquida y panópticos sociales, como factores legitimantes de los esquemas de tolerancia cero y apasionamiento por la seguridad ciudadana.

La interceptación de comunicaciones constituye un acto de investigación que excede los límites constitucionales de vigencia probatoria, no solo respecto de las personas que están siendo investigadas, sino también cuando afecta intereses de terceros no participantes en la conversación.

El anterior problema puede entenderse en tres dimensiones: la axiológica, la normativa y la fáctica, lo cual a su vez tendrá dos maneras de ser afrontado: desde el método dogmático de investigación o desde el método socio-jurídico. En cuanto a la primera, la axiológica, diremos que es un cuestionamiento o valoración social realizada al derecho en búsqueda de un soporte desde “lo correcto”, desde el deber ser. Revelando así, los grandes vacíos a nivel de protección de derechos humanos llevando a la conclusión que el acto investigativo, tal y como está regulado en Colombia, torna irrito lo actuado y por ende debe ser excluida del proceso.

Por otro lado, la dimensión normativa, busca la confrontación del derecho sobre el mismo derecho, en un metalenguaje que cuestiona y reflexiona el mismo ordenamiento jurídico, sus incongruencias; el problema objeto de estudio se centra en cuestionar la validez formal y material de la norma jurídica; asimismo reflexionar sobre el alcance, vigencia y posibles ausencias conceptuales o de interpretación de la misma.

Por último, la dimensión fáctica, en este caso se analiza el hecho social en dos vías: de un lado, los hechos que dan nacimiento al acto de investigación de la forma en la que se encuentra regulado actualmente, y de otro lado, el impacto del acto de investigación en la sociedad. Este tipo de enfoques son desarrollados a través del método socio-jurídico de investigación, el cual no necesariamente requiere trabajo de campo, dado que, el método socio-jurídico puede ser teórico-documental o teórico-práctico.

La presente investigación cuenta con un enfoque estructural funcionalista desarrollado a través de la técnica de análisis de textos, normas y jurisprudencia del orden nacional y derecho comparado. Este enfoque fija su atención en la sociedad como un sistema complejo cuyas partes son micro estructuras interdependientes entre sí, que funcionan de manera armónica en la medida que van evolucionando, para brindar al sistema mayor estabilidad y cohesión. Este enfoque se centra tanto en la estructura social como en las funciones sociales, dentro de las cuales tenemos un conjunto de elementos constitutivos que resulta pertinente analizar. Tales, como las normas de carácter legal y social, las decisiones de los jueces, las instituciones que engranan el andamiaje de la justicia, las demandas de las micro-esferas sociales y por último, de las tradiciones y costumbres, entre otros.

LAS ESCUCHAS ILÍCITAS, UN COMODÍN QUE SUPLE LAS EXIGENCIAS DE LOS MODELOS TARIFADOS DE VIGILANCIA Y RESTRICCIÓN

CAPITULO I

REFLEXIONES CONCEPTUALES ENTORNO A LA INTERCEPTACION DE COMUNICACIONES, UN ACTO DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO.

*“La hipermodernidad es la instauración de
una civilización de la mirada”*

Gerard Wajcman

El ojo absoluto

1. Consideraciones Preliminares

La implementación de un modelo de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria en Colombia, generó serias expectativas sobre el proceso de desmonte de la cultura inquisitiva en la forma de obtención y recolección de la evidencia, las nuevas formas de terminación anticipada del proceso y las técnicas de juicio, entre otros aspectos.

La reforma constitucional del artículo 250 mediante el acto legislativo 003 de 2002, representó el mayor despojo de las funciones jurisdiccionales con las que contaba la Fiscalía General de la Nación. Nótese que al agente instructor se le exige tramitar una autorización para adelantar actos de investigación que eran de su resorte en el anterior modelo de justicia ante un

juez con funciones de control de garantías, que evalúa su pretensión con el lente de los derechos fundamentales, condiciona su ejecución y posteriormente evalúa su cumplimiento.

La lógica constitucional de implementar estos controles previos y posteriores está en garantizar que la restricción de derechos fundamentales de los afectados opere en un marco de legalidad formal y sustancial, a efectos de evitar excesos contrarios a la administración de justicia; sin embargo, causa extrañeza que el numeral 2° del artículo 250 de la Constitución Política señala que la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de sus funciones, puede “*adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones*” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Lo que se traduce en que el Juez Constitucional interviene solo para ejercer el control posterior de las órdenes expedidas por el fiscal de turno y su cumplimiento.

¿Estos actos de investigación no restringen una garantía constitucional muy cara como lo es la intimidad?

Por supuesto, las intromisiones que se producen mediante los registros, interceptaciones y allanamientos dentro del proceso penal riñen con las previsiones del artículo 15 constitucional, que desarrolla una línea de protección al derecho a la intimidad y el habeas data.

Esta importante excepción del legislador a la hora de reglar las funciones de la fiscalía en el artículo 250 de la carta política, no es cuestión de poca monta, es una válvula de escape de las garantías fundamentales, que resulta necesaria a la hora de implementar un andamiaje de persecución que reporte resultados, estadísticas y cifras de reducción de impunidad que generen una sensación de bienestar y seguridad a una sociedad a la que no le interesa ceder parte de sus derechos con tal de sentirse protegido.

Es así como se dispone de panópticos modernos y esquemas de vigilancia al mejor estilo del “gran hermano” que describe Orwell en su obra 1984. Unos modelos de supervisión que no

ofenden a los ciudadanos, sino cuando son víctimas de las restricciones injustificadas en su vida íntima.

La interceptación de comunicaciones es un modelo de vigilancia que predica la restricción al derecho de privacidad de las comunicaciones y por ende de la intimidad con el propósito de satisfacer necesidades de mayor entidad, como la eficacia de los procesos penales a bajo costo; ya que una orden de interceptación de comunicaciones libera el personal de policía judicial de las labores de campo y recolección de evidencias, para ubicarlo como testigo de las presuntas confesiones que haga el ciudadano investigado a lo largo de sus diálogos espontáneos con terceros de su confianza. El asunto, es que en dichas conversaciones hay un intercambio de información muy dinámico, que plantea un importante dilema para el operador jurídico: ¿Qué mecanismos se pueden implementar para proteger al tercero de las indebidas injerencias de una investigación?

La respuesta debe ser ninguno, los equipos terminales de redes de comunicación no pueden silenciar los mensajes que transmitan los interlocutores de buena fe a lo largo de sus conversaciones con los investigados, las reglas de juego de las afectaciones a la intimidad se ajustan elásticamente al discurso de la vigilancia estatal, un compromiso de todos en procura de la seguridad.

2. De la Interceptación de Comunicaciones

La intervención de las comunicaciones es un acto de investigación que afecta derechos constitucionales de manera reglada y excepcional, tal como se procede a verificar en el artículo 235 del estatuto procesal penal:

2.1. Autoridad que expide la orden: Fiscal General de la Nación o sus delegados.

- 2.2. Propósito de la intervención: Buscar elementos materiales probatorios, evidencia física y ubicación de procesados.
- 2.3. Técnica implementada: Interceptación de comunicaciones mediante grabaciones magnetofónicas o similares.
- 2.4. Objeto de la intervención: Comunicaciones que cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información útil para la investigación.
- 2.5. Condiciones de ejecución: Los operadores técnicos encargados de procesar la intervención deben hacerlo inmediatamente después de la notificación de la orden, los costos de medida deben ser asumidos por la autoridad que ejecuta la interceptación, debe fundamentarse por escrito e impone la obligación de guardar la respectiva reserva a los operadores de la misión de trabajo.
- 2.6. Prohibiciones: En manera alguna se podrán interceptar las comunicaciones del abogado defensor.
- 2.7. Vigencia: Máxima de seis (6) meses
- 2.8. Prórroga: El fiscal puede prorrogar la orden de manera indefinida, si subsisten los motivos fundados que la originaron.
- 2.9. Control previo de legalidad: La ejerce el Juez de Control de Garantías a petición del fiscal, solo en caso de requerirse la prórroga de la orden.
- 2.10. Control posterior de legalidad: La ejerce el Juez de Control de Garantías en todos los eventos dentro de las 36 horas siguientes.

Como se viene de precisar, la intervención de los Jueces Constitucionales se restringe a la fase ex post de la labor del fiscal, un estadio en el que pese los errores que pudiese hallarse en la orden y su ejecución, la afectación a la intimidad del investigado y sus interlocutores ya se ha causado, generando entonces una importante pregunta sobre el alcance de la ilegalidad y la legitimidad del Juez de Control de Garantías para excluir de la investigación el material recaudado, por cuanto ello ocurrió con violación de garantías fundamentales. Asunto, que será objeto de una mayor consideración y análisis en el siguiente capítulo.

Ahora, a la hora de intervenir de manera previa en la prórroga de la orden de interceptación, el Juez de Garantías deberá evaluar la exposición del fiscal sobre la persistencia de los motivos razonablemente fundados para justificar la necesidad de mantener la limitación del derecho a la intimidad del investigado. Control que deberá ejercer de manera rigurosa a fin de evitar que dicha orden se prorrogue de manera indefinida e ilimitada.

3. Mecanismos Tecnológicos para Interceptar Comunicaciones

“Los cambios tecnológicos suelen alterar presunciones largamente establecidas sobre el alcance de determinados derechos. La privacidad, sin duda, es el derecho que más tensiones enfrenta en el entorno digital. A pesar de esto, en la regulación y en la jurisprudencia subsisten lagunas sobre cómo la tecnología impacta el ejercicio de derechos fundamentales” (Cortés Castillo, 2014, pág. 10).

La intervención de las comunicaciones ha debido ajustarse a las necesidades propias de los modelos tecnológicos que dinamizan la forma de interlocutar de los ciudadanos; sin embargo, los operadores de justicia y el legislador se han mantenido al margen del desafío de regular de manera

expresa el tema de la tecnología digital y los métodos subyacentes de vigilancia global en tiempo real: El espectro electromagnético.

Los servicios de telefonía celular se valen para su funcionamiento de las ondas electromagnéticas que fluyen a través del espectro electromagnético y las frecuencias radioeléctricas que son asignadas por las autoridades estatales a los operadores de comunicación móvil. Compañías que cuentan con la infraestructura que le permite identificar cada uno de los dispositivos, su localización, el plan de suscriptor adquirido por el beneficiario de las líneas y las redes de comunicación asociadas ha dicho equipo. Unos panópticos al alcance de los propósitos de vigilancia y control ciudadana por parte del Estado del cual no hay conciencia social, por el contrario, la cultura de la auto exposición virtual ha congestionado las redes sociales con información privada que deja huellas digitales de fácil recuperación en macro servidores de fácil acceso y afectación en tiempo real.

“Hosein y Wilson identifican tres tipos de tecnologías para la vigilancia de las comunicaciones, desarrolladas e implementadas alrededor del mundo: i) las ofensivas de uso dirigido, ii) las dirigidas y semi-dirigidas para comunicaciones móviles, y iii) las de vigilancia masiva en Internet” (Cortés Castillo, 2014, pág. 19)

Los precitados autores refieren que las tecnologías ofensivas de uso dirigido se pueden adelantar sin tener acceso directo al equipo, a través de un mecanismo denominado (backdoors) “puertas traseras” del sistema que se abren camino con la implantación de un software maligno o troyano. De ahí el adjetivo de “ofensivo” de esta tecnología.

De otro lado, afirman que las tecnologías de uso dirigido y semi-dirigido permiten monitorear en tiempo real las comunicaciones que se surten a través de teléfonos móviles. Lo que

indica que puede operar de manera específica frente a un usuario del servicio en particular o varias personas que se ubiquen en una zona determinada.

Por último, frente a las tecnologías de vigilancia masiva en la red, los autores Holsein y Wilson manifiestan que el objetivo de éste mecanismo de vigilancia es recolectar buena cantidad de información para analizarla posteriormente y decantar la que le resulte útil para el proceso. Para ello, acuden al proveedor de servicios para que se constituya un colaborador de la vigilancia o en su defecto, acuden a través de puntos estratégicos de la red que permite el tráfico de información. En algunos casos el monitoreo se vale de las dos opciones, en tanto que no resultan excluyentes.

Como anteriormente se afirmó, los operadores de justicia hacen caso omiso de estas realidades de intervención. Nótese que la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2007 declara la exequibilidad condicionada del artículo 244 de la Ley 906 de 2004 e impone a la fiscalía, la obligación de acudir de manera previa ante Juez de Control de Garantías para que imparta aprobación constitucional a las solicitudes de información reservada que se eleve a entidades del sector público o privada a efectos de garantizar el respeto por la intimidad del ciudadano investigado; sin embargo, el artículo 44 de la Ley 1621 de 2013 de Inteligencia reza lo siguiente:

“Los operadores de servicios de telecomunicaciones estarán obligados a suministrar a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, previa solicitud y en desarrollo de una operación autorizada y siempre que sea telefónicamente viable, el historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recae la operación, así como la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y cualquier otra información que contribuya a su localización...” (Congreso de la República, 2013)

Esta información debe ser controlada por un Juez Constitucional, de lo contrario, estamos otorgando validez al ejercicio arbitrario de vigilancia ciudadana por parte del Estado. Puede afirmarse que estamos frente a un contexto diferente al de un proceso penal y por lo tanto las agencias gubernamentales no deben someterse a sus leyes; ya que se trata de un tema de seguridad nacional, y de la prosperidad de operaciones autorizadas. Esta es una expresión arbitraria, que suelen utilizar algunos operadores jurídicos.

La Agencia Privacy International ha realizado un informe que circula en las redes, en el que se afirma que durante los últimos diez años, Colombia ha estado creando un esquema de vigilancia masiva, al margen de la constitución y la ley, bajo la égida de conservación de los esquemas políticos y gubernamentales vigentes. Se informa en el reporte que el mejor insumo para realizar las labores de control y contención del conflicto es la interceptación de comunicaciones que se realiza desde las salas de monitoreo Esperanza, que funciona con el auspicio de la Fiscalía General de la Nación y otras agencias de seguridad del Estado. (Privacy International, 2015)

Se dice que es una vigilancia masiva, por cuanto permite eliminar, decantar, filtrar, monitorear y analizar todas las comunicaciones antes de almacenarlas en unas bases de datos para su posterior examen o borrado. Un esquema absolutamente diferente al que estábamos acostumbrados, que era selectivo y particular.

4. Descripción Normativa de Estirpe Exegética en Materia de Interceptación de Comunicaciones en Colombia

En este capítulo se procederá a hacer un análisis objetivo de las normas que han desarrollado el tema de interceptación de comunicaciones en Colombia, por medio del cual se verá como en un principio las comunicaciones gozaban de una protección absoluta dado que eran inviolables, pero a medida que avanza el desarrollo legislativo, la necesidad estatal de vigilancia obliga a que esta protección deje de ser absoluta para volverse relativa, hasta hoy que es casi nula.

4.1. La Constitución de 1886

La dinámica de los procesos penales y las investigaciones de presuntos responsables de conductas penales contaba con exigencias muy simples para los entonces jueces penales de instrucción criminal no se referían a la inviolabilidad de las comunicaciones, sino que al tenor de la constitución, disertaban sobre la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos y correos. En este sentido la regla consagraba que *“(Art. 43) las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados, sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales”* (Los Delegatarios de los Estados Colombianos, 1886)

El primer Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 94 de 1938, regulaba la interceptación de la correspondencia privada postal o telegráfica en los siguientes aspectos: **i)** permitía que el operador jurídico ordenara la detención de la correspondencia que el procesado recibía o remitía (Congreso de Colombia, 1938), **ii)** autorizaba al agente instructor para solicitar copias de los telegramas transmitidos o recibidos en las oficinas telegráficas cuando resultara útil para la investigación y se contara con la respectiva orden motivada.

En tal sentido, la Constitución Política de 1886, contaba en materia de interceptación de comunicaciones con la particularidad de exigir como requisito de procedibilidad para la restricción del derecho a la intimidad e inviolabilidad de comunicaciones, que cuente previamente con una orden motivada expedida por una “autoridad competente”, que no necesariamente debía ser judicial, lo cual dejaba la posibilidad de que el gobierno ordenara interceptaciones telefónicas en estados de excepción previo decreto gubernamental.

4.2. El Decreto 409 de 1971

Esta norma reguló por primera vez la figura de interceptación de comunicaciones exigiendo como requisito para su realización que tenga como fundamento de la práctica de la prueba, una orden expedida por la autoridad judicial. Una vez obtenida grabación de las escuchas, se trasladan al proceso con un certificado del juez. (Congreso de Colombia, 1971)

4.3. Decreto 050 de 1987

Esta norma consagró de manera expresa que el instructor podía ordenar de manera motivada la interceptación de grabaciones magnetofónicas de manera limitada; toda vez que se prohibió afectar las comunicaciones del defensor, se definió que el objeto de la práctica era la identificación de las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso de grabación y por último, se conserva la regla de aportar las grabaciones al expediente por medio de escrito certificado por el juez. (Congreso de Colombia, 1987)

4.4. Constitución de 1991

La nueva constitución extendió la garantía de la inviolabilidad a todas las *“formas de comunicación privada”*, de manera tal que su interceptación o registro sólo pueda realizarse *“mediante orden judicial”*, lo que restringe la competencia para ello a los funcionarios de la rama jurisdiccional, pero con una limitación establecida por el legislador, pues ellos no pueden ordenar la interceptación o registro sino *“en los casos y con las formalidades que establezca la ley”* (Sentencia de Constitucionalidad, 2002)

En el artículo 15 consagra el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y la obligación del Estado de respetarlos y hacerlos respetar y en su inciso tercero consagra la inviolabilidad de las comunicaciones habida cuenta de su privacidad; sin embargo se pueden interceptar mediante orden judicial. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

4.5. Decreto 2700 de 1991

Este decreto reguló la interceptación de comunicaciones señalando que *“el funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso”* (Congreso de la República, 1991). Sin embargo, teniendo en cuenta que la constitución separó las funciones instructivas de las judiciales a través de la creación de un ente autónomo, como lo es la Fiscalía General de la Nación y la dotó de funciones investigativas, se determinó que la recolección de escuchas telefónicas debía ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías, exigiendo simplemente que la decisión se fundamente por escrito.

Adicionalmente, tal y como sucedía en el Decreto 050 de 1987 se estableció que: **i)** no se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, **ii)** el instructor dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso de grabación y **iii)** las grabaciones se trasladarán al expediente por medio de escrito certificado por el juez, Artículo 351.

4.6. Ley 600 de 2000

Este código de procedimiento penal dispuso en su artículo 301, lo siguiente:

“el funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, tienen la obligación de realizar la misma dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la orden.

Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación la decisión debe ser remitida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

El funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para

identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación.

Tales grabaciones se trasladaran al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario” (Congreso de la República, 2000)

Adicionalmente, se señala que las providencias motivadas mediante las cuales se disponga la interceptación no se darán a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir en el desarrollo de la respectiva diligencia (Artículo 293).

4.7. Acto Legislativo 003 de 2002

El cambio de modelo de enjuiciamiento criminal en Colombia luego de la constitución de 1991, se dio a partir de éste acto legislativo, que modificó el artículo 250 de la constitución en el siguiente sentido:

“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a (...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez” (Congreso de Colombia, 2002)

Muy a pesar de los cambios que introdujo la implementación del sistema acusatorio en Colombia, tales como el despojo de funciones jurisdiccionales por parte de la Fiscalía General de la Nación, para el caso de las intervenciones en las comunicaciones se le dota de la facultad de

expedir una orden que se presume debe estar dotada de los extremos de constitucionalidad para que se lleve a cabo y su resultado deberá ser expuesta a un juez de control de garantías para que realice un control posterior a más tardar en las treinta y seis (36) horas siguientes a efecto de que determine su validez.

Algunos operadores de justicia han entendido que la Fiscalía al ser parte de la rama judicial, sus órdenes constituyen una auténtica decisión judicial y por ello el legislador no le llevó a tramitar la validez de esta orden de manera previa ante un Juez de control de garantías. Una interpretación bastante desafortunada que ha llevado a la incorporación de un modelo de intervenciones que tal cómo se expresó al iniciar éste capítulo es arbitrario e irrespetuoso de las garantías estandarizadas para éste modelo de intervención.

4.8. Ley 906 de 2004

Este código de procedimiento penal regula la figura de interceptación de comunicaciones de la siguiente manera:

- (i) El artículo 114 le atribuye a la Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, la facultad de: *“Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”* (Congreso de Colombia, 2004).

- (ii) El artículo 146 exige que la interceptación de comunicaciones sea registrada y reproducida mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad.
- (iii) El artículo 154 requiere que se tramite en audiencia preliminar *“El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”*. (Congreso de Colombia, 2004)
- (iv) El artículo 155 señala que serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre la interceptación de comunicaciones.
- (v) El artículo 235 desarrolla la regla constitucional 250 y de ésta manera es el fiscal quién cuenta con la facultad jurisdiccional de expedir la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares de manera motivada por una vigencia máxima de tres (3) meses, prorrogable previo juicio del Juez de Control de Garantías en caso de contarse con los motivos fundados que la originaron, que no son otros que buscar elementos materiales probatorios y evidencia física cuya información tenga interés para los fines de la actuación.

4.9. Decreto 075 de 2006

Definió las obligaciones que les asisten a los operadores de servicios de telecomunicaciones en procura de optimizar la labor de investigación de los delitos por parte de las autoridades competentes; sin embargo, ésta norma que requiere estar en consonancia con la legislación vigente. (Congreso de Colombia, 2006)

4.10. La Ley 1142 de 2007

Esta ley realizó algunas modificaciones puntuales al régimen de interceptaciones contemplado en la Ley 906 de 2004, bajo la égida de prevenir y reprimir la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, tal como se procede a exponer:

- (i) En primer lugar, efectuó una pequeña reforma al señalar que la interceptación se puede ordenar no solamente con el objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, sino también para la búsqueda y ubicación de imputados o indiciados (Congreso de Colombia, 2007)¹.
- (ii) En segundo lugar, consagra que la orden expedida por el Fiscal para efectuar la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares tiene una vigencia máxima de tres meses, prorrogables hasta por otro tanto si, *a juicio del fiscal*, subsisten los motivos fundados que la originaron. (Sentencia de Constitucionalidad, 2009).

En este sentido, faculta al Fiscal para que “*a su juicio*” prorrogue la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, hasta por otros tres meses, siempre que subsistan los motivos fundados que la originaron. Para tal efecto deberá tener presente los parámetros

¹ Artículo 235. Interceptación de Comunicaciones Telefónicas Y Similares. El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados o indiciados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden. En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor. La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

establecidos en el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, sobre el respaldo probatorio para los motivos fundados. (Sentencia de Constitucionalidad, 2009)²

- (iii) Modifica el artículo 237, según el cual la audiencia de control de legalidad posterior se debe llevar a cabo dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

4.11. Ley 1395 de 2010

Esta ley introduce una modificación al artículo 78 a la ley 793 de 2002, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 12-A. Durante la fase inicial y con el exclusivo propósito de identificar bienes y recaudar elementos materiales probatorios que fundamenten la causal a invocar, el fiscal podrá utilizar las siguientes técnicas de investigación:

- *Registros y Allanamientos.*
- *Interpretaciones de comunicaciones telefónicas y similares.*
- *Recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios*

² La Corte Constitucional declaró exequible la expresión “a juicio del fiscal” del artículo 15 de la Ley 1142 de 2007 Por medio del cual se modificó el 235 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que en todo caso, la orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá estar sometida al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías

- tecnológicos que produzcan efectos equivalentes; y Vigilancia de cosas.

Cuando se decrete la práctica de las anteriores técnicas de investigación se deberá proferir decisión de sustanciación que contenga las razones o motivos fundados para su práctica.

Se cumplirá con las exigencias previstas para ellas en la Ley 906 de 2004” (Congreso de la República, 2010)

4.12. Ley 1453 de 2011

Esta importante ley modifica varios de los institutos propios del modelo acusatorio, entre ellos la interceptación de comunicaciones en el siguiente sentido:

- i) Ampliar de manera indefinida los actores que pueden participar en las operaciones de intervención de comunicaciones, pero de manera indefinida, colocando simplemente “autoridades competentes”
- ii) El mismo modo, amplía la vigencia de la orden de interceptación, de tres (3) a seis (6) meses prorrogables, siempre que a juicio del fiscal, subsistan los motivos fundados que la originaron y el Juez de control de garantías imparta validez a ésta solicitud.
- iii) Agregó la ubicación de los condenados como otras de las finalidades de la interceptación, adicionando la expresión *“las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación”* (Congreso de la República, 2011)
- iv) Así mismo se agregó un párrafo según el cual: *“La orden del fiscal de prorrogar la*

interceptación de comunicaciones y similares deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías”. (Congreso de la República, 2011)

4.12. Decreto 1704 de 2012

Este decreto dispone obligaciones para los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones con el objeto de apoyar de manera eficaz y oportuna la labor de interceptación de comunicaciones que adelanten las autoridades competentes, previa definición de la figura de interceptación de comunicaciones tal como se procede a citar:

“Artículo 2°. Deber de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que desarrollen su actividad comercial en el territorio nacional deberán implementar y garantizar en todo momento la infraestructura tecnológica necesaria que provea los puntos de conexión y de acceso a la captura del tráfico de las comunicaciones que cursen por sus redes, para que los organismos con funciones permanentes de Policía Judicial cumplan, previa autorización del Fiscal General de la Nación o su delegado, con todas aquellas labores inherentes a la interceptación de las comunicaciones requeridas.

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán atender oportunamente los requerimientos de interceptación de comunicaciones que efectúe el Fiscal General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el presente decreto y en el régimen legal vigente, para facilitar la labor de interceptación de los organismos

permanentes de policía judicial.

Parágrafo. *El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá, en los casos en que lo estime necesario, definir las especificaciones técnicas de los puntos de conexión y del tipo de tráfico a interceptar e imponer a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, mediante resoluciones de carácter general, modelos y condiciones técnicas y protocolos sistemáticos a seguir, para atender las solicitudes de interceptación que efectúe el Fiscal General de la Nación.*” (El Presidente de la República, 2012)

4.13. Ley Estatutaria 1621 de 2013

Esta ley regula las actividades de inteligencia y contrainteligencia, dentro de las cuales está la intervención de las comunicaciones telefónicas privadas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, las cuales deberán someterse a los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales. (Congreso de la República, 2013)

El desarrollo legislativo que se ha dado en Colombia respecto de las comunicaciones, ha dejado entrever que para el estado, resulta más conveniente para el amparo de los esquemas políticos y gubernamentales, que estas no gocen de protección absoluta; toda vez que su prioridad es mantener en constante vigilancia a los “enemigos” del estado, sin tener que argumentar ante un tercero imparcial la necesidad de vigilancia de las personas.

Pese los intentos por retrotraer los efectos inquisitivos que se postuló con el acto legislativo 003 de 002, la fiscalía mantuvo la facultad jurisdiccional de emitir órdenes para interceptar

comunicaciones sin autorización previa de un juez de control de garantías, lo que se traduce en la falta de voluntad legislativa para regular la restricción del derecho a la intimidad.

La anterior afirmación también se soporta en el análisis de los dos proyectos de ley propuestos por el partido cambio radical (radicados en 2006 y 2007 por los congresistas German Vargas lleras y Juan Carlos Vélez Uribe), radicados con el fin de introducir modificaciones al Código Penal en materia de telecomunicaciones. Ambos proyectos de ley buscaban que todo funcionario público que tuviera atribuciones para interceptar cualquier tipo de comunicaciones, debía, de manera previa al al ejercicio de dicha atribución, obtener por escrito la autorización de un juez de la Republica, de tal suerte, que las interceptaciones que se realizaran sin cumplir el citado requisito, carecerían de validez como medio de prueba. Estos proyectos de ley que sin razón aparente fueron archivados luego del primer debate con cambio de legislatura.

5. Estándares Internacionales de Derechos Humanos en Materia de Interceptación de Comunicaciones

El proceso penal, es la suma de escenarios jurídicos en los que está en juego la materialización o la restricción de los derechos fundamentales por parte de los distintos actores que en el intervienen, pero el rol constitucional que cada uno desempeña no es de libre configuración legal. Del mismo modo, para los diversos Estados parte del sistema interamericano, existe un compendio de normas que deben respetar, unas premisas estructurales básicas impuestas por la comunidad de naciones.

Entre los estándares mínimos impuestos por la comunidad internacional en materia de protección de los derechos fundamentales relevantes en el proceso penal y la Constitución Política

existe una clara relación de complementariedad que permite optar, según el caso, por el estándar más alto de protección pues en *“toda situación en la cual existen dos normas aplicables, una más garantista que la otra hay que aplicar la norma que da mayor protección a los derechos de la persona, conforme al principio pro homine”* (Urbano Martínez, La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal, 2014, pág. 83)

En materia de interceptación de comunicaciones, los convenios internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y reconocen su existencia a través de los siguientes tratados: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) indica: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”* (Congreso de Colombia, 1968). Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11) señala: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”* (Congreso de Colombia, 1972).

Al respecto, tenemos para citar los casos siguientes tres (3) casos entre otros, dada su relevancia en la obiter dicta o regla de vinculación que deben cumplir los estados parte en materia de intervención de escuchas:

- 5.1. Caso Escher y otros Vs. Brasil: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la interceptación, monitoreo y divulgación de conversaciones telefónicas de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y

Celso Aghinoni, por parte de la Policía Militar del estado de Paraná. Los hechos del presente caso se producen en un contexto de conflicto social relacionado con la reforma agraria en varios estados de Brasil, entre ellos Paraná. Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni eran miembros de dos organizaciones sociales, ADECON y COANA. La primera tenía como objetivo el desarrollo comunitario y la integración de sus asociados a través de actividades culturales, deportivas y económicas, mientras que la segunda buscaba integrar a los agricultores en la promoción de las actividades económicas comunes y en la venta de los productos.

Miembros de la policía presentaron a una autoridad judicial una solicitud de interceptación y monitoreo de una línea telefónica, instalada en la sede de COANA, en tanto presumían que en dicho lugar se estarían realizando prácticas delictivas. La solicitud fue otorgada de manera expedita.

Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni interpusieron una serie de recursos judiciales a nivel nacional para que destruyesen las cintas grabadas. Sin embargo, las solicitudes fueron rechazadas por las autoridades judiciales de Brasil.

Dentro de la sentencia proferida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla el principio convencional previsto en el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que *“el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.*

Como esta Corte ha señalado anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.

El artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto a su honor, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra y reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.

Como las conversaciones telefónicas de las presuntas víctimas eran de carácter privado y dichas personas no autorizaron que fueran conocidas por terceros, su interceptación por parte

de agentes del Estado constituyó una injerencia en su vida privada. Por tanto, la Corte debe examinar si dicha injerencia resulta arbitraria o abusiva en los términos del artículo 11.2 de la Convención o si es compatible con dicho tratado. Como ya se indicó (...), para que resulte conforme a la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la Convención.”. (Caso Escher y otros VS. Brasil, 2009)

La Corte señala que aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. Ese dispositivo legal protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.

De esta manera, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos a los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.

En cuanto a la interceptación telefónica, teniendo en cuenta que puede representar una seria interferencia en la vida privada, dicha medida debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos.

5.2. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por los actos de tortura y asesinato de pobladores en el municipio de Ituango, así como a la falta de investigación para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables. Los hechos del presente caso se contextualiza en el municipio de Ituango, donde la incursión de grupos armados disidentes en la zona generó un incremento de la actividad de las estructuras denominadas paramilitares o de “autodefensa”, así como una mayor presencia del Ejército Nacional. El 11 de junio de 1996 cerca de 22 miembros de un grupo paramilitar se dirigieron al corregimiento de La Granja, Ituango, donde asesinaron a un grupo de pobladores. A pesar de los recursos judiciales interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables. La Corte consideró que no obstante no haberse alegado, *“se consumó una violación de especial gravedad del derecho a la propiedad privada por la quema de los domicilios de los pobladores de El Aro”*. Por ello precisa con relación a la inviolabilidad del domicilio y la vida privada, desde la perspectiva del artículo 11.2 de la Convención, lo siguiente:

“[...] La Corte considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros

o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada. ” (Caso de las Masacres de Ituango VS. Colombia, 2006)

Esta regla no solo tiene aplicación a las restricciones al derecho a la intimidad que operen en el marco del registro domiciliario, sino a todas las expresiones de limitación de arbitraria de la vida íntima, tal como ocurre en el caso de las escuchas telefónicas, que constituye unos de los actos de vigilancia con mayor transgresión de la vida personal.

Tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012, cualquier técnica de investigación que afecte derechos fundamentales como la intimidad y el habeas data, o implique registros del domicilio de una persona, *“debe ser ordenada por una autoridad judicial competente, de forma escrita y con cumplimiento de las formalidades que establezca la ley. Tal orden, además, (i) debe basarse en un motivo previsto por la ley; (ii) si se refiere a registros, debe determinar los lugares donde se hará efectiva la medida y, en caso de no ser posible, una descripción detallada de ellos; y (iii) debe contener una evaluación de la proporcionalidad de la medida”*. (Sentencia de Constitucionalidad, 2012)

5.3. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la divulgación de una conversación telefónica de Santander Tristán Donoso, así como por la condena penal impuesta debido a sus declaraciones. Los hechos del presente caso se relacionan con el señor Santander Tristán Donoso, abogado que en junio de 1996 se desempeñaba como asesor legal de la diócesis de Colón y Kuna Yala. Durante ese período, el Obispo de Colón, Monseñor Carlos María Ariz, le solicitó al señor Santander

Tristán Donoso que apoyara con servicios de asesoría legal a la familia Sayed. En aquel entonces el señor Walid Sayed se encontraba detenido como parte de una investigación que venía desarrollando el Ministerio Público sobre la presunta comisión del delito de lavado de dinero.

El 7 de julio de 1996 un diario publicó un artículo periodístico titulado “Circula presunto ‘narcocheque’ donado a la campaña de Sossa”. El señor José Antonio Sossa Rodríguez es un ciudadano panameño que fue nombrado Procurador General de la Nación. El día siguiente, 8 de julio de 1996, se produjo una conversación telefónica entre el señor Santander Tristán Donoso y el señor Adel Sayed, padre del señor Walid Sayed. En dicha conversación se hacía referencia al ofrecimiento recibido para obtener la libertad personal del señor Walid Sayed, a un artículo periodístico en torno a la procedencia de un cheque presuntamente donado al Procurador General de la Nación en 1994 por la compañía Simar Joyeros y a una reunión que debía realizarse con una autoridad de la Iglesia Católica en Panamá. Esta conversación fue interceptada y grabada.

El señor José Antonio Sossa Rodríguez divulgó el contenido de dicha conversación telefónica. Debido a ello fue abierto un proceso penal por delitos contra el honor como represalia a las denuncias del señor Tristán Donoso sobre este hecho. Finalmente se le condenó a una pena de 18 meses de prisión, la cual fue reemplazada por la obligación de pagar 75 días-multa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla nuevamente un esquema de protección del artículo 11 de la Convención, que tal y como lo hemos venido de decir prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas y enuncia diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. La Corte sostiene que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las

mismas deben perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

De éstos tres casos que se trae a colación en la investigación a guisa de ejemplo, se deja ver de manera clara, que Colombia siendo estado parte del esquema de justicia interamericano, se ha abstraído de dar cumplimiento a las reglas de vinculación dispuestas por la Corte Interamericana en tres sentidos: a) Implementar una regulación legal rigurosa en materia de intervención de comunicaciones que resulte coherente con el principio 11 convencional, b) Disponer el esquema de expedición de la orden de intervención por un juez constitucional que ejerza el control previo de legalidad del acto de intervención, c) Restringir el uso de dicho de investigación a casos absolutamente excepcionales, en los que se considere que la única forma de obtener dicha información sea esa y no otra menos lesiva de la vida privada del investigado.

Esta última circunstancia llama poderosamente la atención de cualquier observador constitucional; toda vez, que la interceptación de comunicaciones se ha ubicado en la regla de menor costo investigativo y mayores resultados insumos para nutrir la cargas probatorias enfiladas para desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados.

6. Tratamiento de la Interceptación de Comunicaciones en la Jurisprudencia Constitucional

Luego del desglose normativo realizado, resulta pertinente hacer una exposición de las principales decisiones que ha proferido la Corte Constitucional en materia de interceptación de comunicaciones, así como el derecho a la intimidad, prueba ilícita y exclusiones probatorias; toda vez que, es importante fincar la posición que ha tenido la Corte Constitucional a raíz de la expedición del acto legislativo 003 de 2002 y determinar si efectivamente el alto tribunal funge como garante de los derechos fundamentales o simplemente actúa como un instrumento más a cargo del estado

para flexibilizar el proceso penal, adoptando practicas eficientistas. Situación que lleva a una mínima reflexión judicial a la hora de implementar este acto de investigación en los procesos penales, muy a pesar de ponerse en vilo garantías fundamentales bastante caras, buscando mínimos índices de impunidad en la sociedad.

6.1. Sentencia SU- 159 de 2002:

Esta es una de las decisiones con mayor riqueza descriptiva en materia de interceptación de comunicaciones, derecho a la intimidad, prueba ilícita, regla de exclusión y su tratamiento en el derecho comparado

Tiene como antecedente, la acción de tutela que propuso el abogado del entonces Ministro de Comunicaciones, Saulo Arboleda Gómez contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, invocando la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad y debido proceso, apoyándose al efecto en los hechos que a continuación se resumen:

1. La revista “Semana” en su edición No. 798, correspondiente al período del 18 al 25 de agosto de 1997, publicó el artículo “Conversación entre ministros” en la cual dio a conocer una comunicación telefónica donde el Ministro de Minas y Energía, Rodrigo Villamizar, hablaba con el Ministro de Comunicaciones, Saulo Arboleda, sobre la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali, a Mario Alfonso Escobar Izquierdo.
2. La Fiscalía General de la Nación ordenó apertura de la investigación preliminar mediante Resolución del 20 agosto de 1997, motivando la decisión en la noticia difundida por los medios de comunicación.
3. Después de adelantarse la correspondiente investigación preliminar se ordenó la iniciación

formal de la investigación, la cual culminó con la acusación de Rodrigo Villamizar y Saulo Arboleda, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, en calidad de determinador y autor respectivamente, mediante Resolución del 21 de octubre de 1998. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición el cual fue definido el 17 de noviembre de 1998 mediante resolución adversa a la defensa.

4. La etapa del juicio se llevó a cabo ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y culminó el 25 de octubre de 2000 con sentencia de condena para el señor Saulo Arboleda por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, a la pena principal de 54 meses de prisión y multa equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al establecido para la pena de prisión.
5. Si bien la Fiscalía acusó a los ministros Saulo Arboleda y Rodrigo Villamizar, la Sala Penal durante la etapa del juicio, en especial en la sesión del 14 de mayo de 1999 dentro de la audiencia pública, declaró la nulidad parcial del diligenciamiento en lo concerniente a la actuación adelantada contra el doctor Villamizar por considerar que éste carecía del fuero establecido en el artículo 235 de la Constitución.

Los ejes temáticos que desarrolla esta sentencia son los siguientes:

- A. Distinción conceptual entre pruebas inconstitucionales e ilícitas: *“La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado”* (Sentencia de Unificación, 2002)
- B. Estudio del derecho comparado en materia de reglas de exclusión de la prueba ilícita del proceso penal. De éste análisis, la Corte se inclina por el tratamiento que da el sistema

norteamericano a la prueba ilícita, asumiendo como fines de la norma constitucional los efectos disciplinantes o preventivos –*deferrent effect*- que esta tiene sobre sujetos públicos y privados, para desalentar la actividad de persecución penal contraria a los principios constitucionales; esta se considera la tesis dominante que ha asumido la Corte Suprema de los EE. UU. sobre la regla de exclusión.

- C. Excepciones a la regla de exclusión, adoptando las excepciones desarrolladas por la Corte Suprema de Estados Unidos, el alto tribunal describe la fuente independiente, vínculo atenuado y descubrimiento inevitable que se aplicarán a los procesos en Colombia.
- D. Desarrolla una cláusula de interpretación del debido proceso constitucional previsto en la regla 29 previo estudio de las actas de la asamblea constituyente, para afirmar que los delegatarios se propusieron “*incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos*” (Sentencia de Unificación, 2002)

Dispositivo de interpretación que indiscutiblemente da cuenta del método que debe implementarse a la hora de obtener información con vocación demostrativa en el marco de un proceso penal.

Es en este punto donde comienza la Corte a adherirse a la tradición angloamericana de tratamiento de la prueba ilícita,

Por último, como elemento a resaltar del análisis que se hace en la sentencia a partir del derecho comparado, la Corte menciona las diferentes excepciones que ha construido la

jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU.: *la doctrina de la atenuación, la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del acto de voluntad libre*. Es precisamente en estas excepciones en que se basa la Corte para resolver el caso concreto, indicando que la prueba de la interceptación ilegal fue correctamente excluida del proceso por parte de la Fiscalía y la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, las pruebas subsistentes y que de alguna forma tuvieron una relación de causalidad con la originaria –ilícita- son aceptadas en el proceso, argumentando o que se trata de pruebas independientes, o con un vínculo atenuado o irrelevante, o que fueron obtenidas en un acto de voluntad libre.

En consecuencia, en concepto de esta Corporación no es atendible la tesis del tutelante en el sentido de que las pruebas que sirvieran de fundamento a las decisiones judiciales, ahora impugnadas por vía de la acción de tutela, estuvieran viciadas por derivarse de la grabación ilícita tantas veces referida. Como anteriormente se ha mostrado, se trató de pruebas separadas e independientes cuyo vínculo con la grabación se revela o bien inexistente, o bien roto por la ocurrencia de decisiones libres o hechos autónomos, o bien muy tenue y lejano. Además, como se demostró, las pruebas impugnadas como derivadas no lo fueron realmente y tampoco fueron determinantes para fundar la resolución de acusación o la sentencia condenatoria, lo cual lleva inevitablemente a la conclusión de que ni la Fiscalía General ni la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en vías de hecho por defecto fáctico.

6.2. Sentencia C-1092 de 2003

En esta sentencia, la Corte Constitucional estudia la primera demanda instaurada contra el Acto Legislativo 003 de 2002, por medio del cual se reforma el artículo 250 de la Constitución.

En los antecedentes de la demanda se señala que el accionante presentó demanda contra el numeral segundo y el parágrafo del artículo 2, el numeral tercero del artículo 3 y el inciso primero del artículo 5 del Acto Legislativo No. 03 de 2002, norma por medio de la cual se reforma el artículo 250 No. 2, sosteniendo que las disposiciones acusadas vulneran el artículo 375 constitucional; ya que contienen vicios de procedimiento en su formación, pues durante el trámite legislativo no se surtieron los debates que exige el citado artículo constitucional, debido a que en la segunda vuelta se introdujo la frase: “...*al solo efecto de determinar su validez...*”, lo que a su juicio cambia el fondo del control de legalidad de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones efectuados por la Fiscalía General de la Nación, sin el previo mandamiento judicial como lo exige la Constitución Política, lo que a juicio del accionante genera que la norma deba ser declarada inexecutable.

Al desarrollar las consideraciones, la Corte señala como ejes temáticos, pertinentes a este trabajo investigativo, los siguientes:

- A. Función del juez de Control de Garantías. Respecto a este tópico, esta sentencia señala que en todos estos eventos, dado el impacto que la actuación de la Fiscalía produce sobre tales derechos, se contempló la valoración dentro de las 36 horas siguientes, por parte del juez de control de garantías:

“En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos

constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.

(...)Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.

(...)Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento” (Sentencia de Constitucionalidad, 2003)³.

³ En este caso se observó que en el séptimo debate surtido en la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, se estableció que el contenido de dicho control de garantías a cargo del juez se circunscribiría al solo efecto de verificar su “validez”, acotación normativa que la misma sentencia C-1092 de 2003 declaró inconstitucional por vicios de procedimiento. Esta decisión empero, redundó en definitiva en el refuerzo de la garantía judicial reconocida, al eliminar la limitación del alcance de la función del juez de control de garantías en tales actuaciones.

Es claro que en este art. 250 CP, lo que el Constituyente concibió fue una excepción a la regla de la reserva judicial, conforme a la cual toda restricción de los derechos fundamentales en el marco de los procedimientos judiciales, aunque permitida a los efectos de su ponderación con otros bienes jurídicos e intereses legítimos, debe ser autorizada por el juez, siguiendo a más de la Constitución, los parámetros establecidos por el legislador.

B. Interceptación de comunicaciones, como actuación que supone afectación de derechos fundamentales deberán contar con la autorización previa del juez. Un control judicial que ha de verificar la necesidad, oportunidad e intensidad de la actuación del ente acusador, de modo que la intervención que ésta suponga sobre el o los derechos fundamentales del sujeto de derechos (del indiciado o investigado, de sus familiares, también de las víctimas del delito), únicamente opere cuando sea indispensable y sólo en el grado que resulte plenamente justificado (Sentencia de Constitucionalidad, 2005).

La interceptación arbitraria de comunicaciones es, a todas luces, una práctica contraria a los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales. Por ello, la interceptación de comunicaciones, sólo puede ser realizada bajo las condiciones y procedimientos expresamente señalados en la Carta y en la ley, como garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad.

6.3. Sentencia C- 816 de 2004

Esta sentencia encuentra su génesis en dos escritos separados presentados por más de ciento treinta (130) ciudadanos, quienes demandaron la inconstitucionalidad del Acto Legislativo

Número 02 de 2003, “*por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo.*” Por lo que La Sala Plena de esta Corporación, resolvió la acumulación de las dos demandas para que fueran decididas en la misma sentencia.

Argumentan los accionantes que a través de las reformas aditivas contempladas en los artículos 1°, 2° y 3° del acto legislativo acusado se afectan valores esenciales al sistema democrático, como la dignidad humana y la libertad en sus distintas manifestaciones, si se tiene en cuenta que dichos derechos conllevan un deber de abstención por parte del Estado “*en el sentido que la mejor protección que éste les puede brindar es precisamente no hacer, para que ellos puedan ser desarrollados en plenitud por el ser humano.*” (Sentencia de Constitucionalidad, 2004)

Afirman en la demanda que las limitaciones impuestas al Estado colombiano por el Derecho Internacional, para reformar la Constitución, dependen de la naturaleza de la obligación internacional asumida por Colombia: si se trata de una obligación prevista en un instrumento internacional del cual hace parte el Estado colombiano, este debe retirarse del instrumento, siguiendo las reglas previstas en el mismo o las del derecho internacional general, para no incurrir en incumplimiento de sus obligaciones; pero si se trata de una obligación de derecho internacional imperativo o de *ius cogens*, el Estado colombiano no puede desconocerla. Lo anterior, por cuanto tanto el principio *pacta sunt servanda* como las normas imperativas de *ius cogens* son obligatorias para Colombia en virtud de lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por otro lado, la procuraduría manifiesta su oposición respecto del acto legislativo 003 de 2002 en materia de registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones. Dentro de su

escrito, argumenta que el acto legislativo incorpora dentro del régimen de normalidad una medida que según la normativa internacional, resulta admisible únicamente dentro de los estados de excepción y de manera temporal, tal y como es la restricción de las mencionadas libertades sin la garantía de la orden judicial previa. En cuanto a la temporalidad de la medida en el presente caso, el concepto advierte que *“a pesar de que el artículo 5° indique que las limitaciones (o suspensiones en los casos concretos de actos terroristas), de los derechos a la libertad personal, el domicilio, locomoción y a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada se permiten por el término de cuatro (4) años, no existe realmente un límite temporal a la vigencia de estas medidas pues la misma norma autoriza que puedan prorrogarse indefinidamente por el Congreso de la República.”* (Sentencia de Constitucionalidad, 2004)

Todo lo anterior evidencia que *“en virtud de las disposiciones en cita no se está limitando sino suspendiendo una garantía esencial para el cabal ejercicio de derechos tales como el de la intimidad y el de la libertad”*, garantía que consiste en que estos derechos no pueden ser limitados sin previa orden de autoridad judicial competente. Suspensión que resulta inconstitucional porque, como asegura el procurador, *“rompe con el esquema de derechos y garantías acogido en la Carta Política como esencial dentro de un Estado social de derecho en normalidad, el cual, maximizando la protección que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4 y la Declaración Americana de Derechos humanos, artículo 276, brinda a los derechos fundamentales mencionados, impone que ni en los estados excepcionales es posible esa suspensión según el artículo 214, numeral 2°.”* (Sentencia de Constitucionalidad, 2004)

Resalta el procurador en su argumentación que, el Estado colombiano no puede desconocer los artículos 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 276 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a los cuales, a modo de ver del

procurador, los Estados “*solo puede abstenerse de respetar los derechos y garantías reconocidas en el derecho internacional, por un período clara e inequívocamente determinado, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, cuya existencia haya sido proclamada oficialmente... es decir únicamente dentro de los estados de excepción.*” En virtud de la aplicación del bloque de constitucionalidad y del principio *pacta sunt servanda*, el Estado colombiano está obligado a respetar estos límites.

En este orden de ideas, concluye en este aparte el procurador, la reforma vulnera los artículos 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque: (i) pretende suspender derechos inherentes a la libertad sin recurrir a la declaratoria del estado excepcional; (ii) no fija con exactitud y certeza la vigencia de las medidas adoptadas; (iii) la normatividad colombiana impide la suspensión de derechos fundamentales en todo tiempo, marco de protección que el Acto Legislativo no tienen en cuenta, y que era obligatorio respetar en virtud del principio *pro homine* recogido en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

El eje temático principal estudiado en esta sentencia, por parte de la Corte Constitucional es el de los derechos fundamentales, en especial, aquellos que tienen relación directa con la limitación de las libertades de correspondencia y comunicación, de locomoción, el derecho a la intimidad, la libertad personal y la garantía de inviolabilidad del domicilio.

Afirma la corte que “*el Estado debe agotar ciertos requisitos insalvables, que en el caso colombiano se traducen en la existencia de una orden judicial, en la que un funcionario que por definición es imparcial, analice si los motivos aducidos por la autoridad ejecutante para limitar tales prerrogativas son ajustados a los principios de razonabilidad, necesidad y*

proporcionalidad y como tal no resultan lesivos de la dignidad reconocida a todo ser humano.”
(Sentencia de Constitucionalidad, 2004)

La Corte hace un análisis sobre el conflicto que se presenta entre las normas demandadas y los derechos fundamentales, concluyendo que *“En caso de conflicto entre las normas que establecen los principios fundamentales y otras normas de la Constitución, deben prevalecer los principios fundamentales. La decisión del constituyente de establecer unos principios constitucionales y denominarlos así, además de simbólica, quiere significar que esos principios son fundamentales para el modelo de Estado que el constituyente escogió y que por lo mismo deben permanecer; es por lo tanto de un gran realismo normativo ya que le fijan un límite al reformador de la Constitución.*

Los principios fundamentales pueden ser expresos o implícitos. Son expresos los que el Constituyente definió de ésta manera; en nuestro caso el título primero (I) de la Constitución; que quiere significar que lo primero es lo primero: Los principios fundamentales son el fundamento del estado que el Constituyente eligió. Son principios implícitos aquellos que pueden deducirse lógicamente de los señalados expresamente” (Sentencia de Constitucionalidad, 2004)

A pesar del análisis anterior, concluye la Corte que el Acto Legislativo 003 de 2002 es adecuado, y que contrario a lo afirmado por los demandantes y la procuraduría, este Acto debía ser declarado exequible; demostrando que a pesar de existir argumentos de sobra para oponerse a estos actos de investigación sin control previo por parte de un juez de control de garantías, la motivación del Estado en todas las esferas de poder, es mantener control y vigilancia de los ciudadanos sin restricciones.

6.4. Sentencia T- 787 de 2004

Sentencia mediante la cual la corte desarrolla ampliamente el derecho a la intimidad de las personas y ha sido usada como referente en varias sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia en casos que este derecho es tema fundamental.

Los antecedentes de la sentencia, derivan de una acción de tutela interpuesta por la señora Rosa Estelia Peña Carabalí, por medio de la cuál solicita que se le proteja el derecho a la intimidad personas, al buen nombre y a la honra, presuntamente vulnerados por el señor Caleb Antonio Avendaño Mosquera a partir de la fijación y publicación de la caricatura de su autoría denominada “La Flor del Trabajo” en diferentes centros educativos, en el establecimiento comercial “La Barraca” y en el periódico “ABC”

Manifiesta la accionante que las afirmaciones expresadas en la caricatura son falsas y alejadas de la realidad, por lo que el accionado se ampara de manera irresponsable en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, para vulnerar flagrantemente sus derechos a la intimidad, honra y buen nombre.

A juicio de la actora, los eventos reflejados en la caricatura hacen alusión directa a su vida personal, puesto que revelan algunos acontecimientos que efectivamente tuvieron lugar, tal y como ocurrió con las repetidas incapacidades producto de su intervención quirúrgica. Sin embargo, por intermedio de la caricatura no se transmite la información completa, pues simplemente se presta para interpretaciones subjetivas. En efecto, lejos de hacer una clara referencia a las verdaderas causas que conllevaron al incumplimiento de sus deberes con la docencia, simplemente se alude a dicha circunstancia, para expresar irresponsablemente una opinión sobre su comportamiento.

Como núcleo duro de la sentencia, el M. P. Rodrigo Escobar Gil, desarrolla los diferentes grados de intimidad que tiene una persona, y cuando se vulneran estos grados. Es así como el togado afirma que el derecho a la intimidad *“supone la existencia y goce de una órbita reservada a cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. En efecto, aun cuando se reconoce en el hombre la tendencia natural hacia la socialización, no por ello en un Estado social demócrata puede obligarse a las personas a darle publicidad a los aspectos más íntimos y propios de su proyecto de vida personal, pues en ciertas ocasiones los individuos prefieren el ser dejados solos y adoptar comportamientos como el guardar silencio ante las inquietudes de los demás.”* (Sentencia de Tutela, 2004)

Luego de planteados los grados de intimidad, la sentencia se indica que el aspecto personal permite la salvaguarda del derecho *“a ser dejado solo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizados aspectos íntimos de su vida”*, mientras que a nivel familiar, apunta a la privacidad del núcleo familiar, dentro de estas el derecho a la inmunidad penal. A su vez, el grado social alude a las relaciones del individuo con sus congéneres y el gremial se relaciona con las libertades económicas.

Igualmente, esta sentencia señala las formas de vulnerar el derecho a la intimidad, donde señala que:

“La primera forma de vulnerar el derecho a la intimidad es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la

presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre.

La intromisión en la intimidad de la persona, sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado. Es un aspecto material, físico, objetivo, independientemente de que lo encontrado en dicho interior sea publicado o de los efectos que tal intrusión acarree. Cabe en este análisis la forma en que el agente violador se introduce en la intimidad del titular del derecho y no tanto el éxito obtenido en la operación o el producto de la misma, que se encuentran en el terreno de la segunda forma de vulneración antes señalada.” (Sentencia de Tutela, 2004)

Siguiendo la misma línea desarrollada por el Magistrado Ponente, es dable indicar que las limitaciones al derecho a la intimidad, al igual que de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el contexto del sistema democrático.

6.5. Sentencia C-979 de 2005

Esta sentencia desarrolla el control jurisdiccional frente a medidas que afectan derechos fundamentales, a partir de la cláusula de control automático que ejerce el juez de control de garantías; ya que la creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional.

Los actores Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza y Julián Andrés Puentes afirman que las normas parcialmente demandadas vulneran el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 31, 113, 189, 229, 230, 250 y 251 de la Constitución; los artículos 2, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 8, 23, 24, 27 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por ello solicitan que sean excluidas del ordenamiento jurídico. Los fundamentos de la demanda, respecto de los temas que nos compete, son los siguientes:

- A. Colombia ha suscrito y ratificado la mayoría de los pactos, protocolos y convenciones internacionales relacionadas con los Derechos Humanos y con el Derecho Internacional Humanitario, los que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 214 superiores, tienen prevalencia en el orden interno.

Se trata de una clara vinculación de la investigación a la garantía de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen así como límites de la investigación. El lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, se traslada al ámbito de la investigación penal

Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la

administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima. (Sentencia de Constitucionalidad, 2005)

En conclusión, la creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional, por eso, el Acto Legislativo 003 de 2002 al desconocer esta necesidad, pone en vilo una vulneración masiva y sistemática de los derechos fundamentales que se ven afectados sin autorización judicial.

6.6. Sentencia C-591 de 2005

En la sentencia C-591 de 2005 la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de algunas normas del sistema penal diseñado en la Ley 906 de 2004, gracias a la demanda interpuesta por la señora Stella Blanca Ortega Rodríguez, quien en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241 y 242-1 de la Constitución Política, solicita al alto tribunal que declare la inexequibilidad de algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004.

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujeron modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal. Lo anterior, *“Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria”*. En efecto, se diseñó un sistema de tendencia acusatoria, pero sin que pueda afirmarse que el adoptado corresponda a un sistema acusatorio puro.

De igual forma, en la mencionada providencia, la Corte analizó los cambios trascendentales introducidos por el Acto Legislativo 03 de 2002, adelantando algunas precisiones, no exhaustivas sino meramente enunciativas, sobre: (i) las fuentes del derecho aplicables; (ii) el *status* de los órganos estatales que intervienen en el proceso; (iii) los principios fundamentales que rigen el proceso; (iv) los actores que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal; (v) los rasgos estructurales del nuevo procedimiento penal; y (vi) los poderes atribuidos a quienes participan en el mismo.

Dentro de las disposiciones analizadas, como núcleos temáticos pertinentes a este trabajo de investigación, se encuentran las referentes al modelo de exclusión de pruebas ilícitas y sus excepciones. En el entendido de la demandante, la Constitución Política en su artículo 29 no consagra excepciones a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación al debido proceso, esto quiere decir que son nulas de pleno derecho tanto las pruebas obtenidas en desmedro del proceso constitucional y legalmente establecido, como aquellas que de estas se desprendan. (Sentencia de Constitucionalidad, 2005).

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, la Corte señala que en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por **vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la **fuentes independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el **descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito.

Para la Corte Constitucional se trata de criterios que permiten establecer un vínculo entre una prueba que se obtiene a través de una conducta antijurídica y una de la cual no se conoce su adecuación con el ordenamiento jurídico y específicamente con el debido proceso penal, es decir, si una prueba “ilícita” tiene relación con otra prueba que se pretende hacer valer en el proceso. Se trata pues de un mecanismo de detección de cuando estamos ante una prueba derivada, es decir, aquellas “que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo pueden explicarse en razón de su existencia”

Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

6.7. Sentencia C- 210 de 2007

Esta sentencia encuentra su génesis en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad por parte del ciudadano Guillermo Otálora Lozano, quien demandó la totalidad de los artículos 97 y 118 y algunos apartes de los artículos 92, 119, 232 y 327 de la Ley 906 de 2004.

El actor afirmó, respecto al tema que nos compete en este escrito de investigación, que la expresión del artículo 232 de la Ley 906 de 2004 impugnada, referida a la utilización de las pruebas provenientes de registros o allanamientos declarados nulos para fines de la impugnación, vulnera

el artículo 29 de la Carta, en cuanto permite que algunas pruebas obtenidas con violación al debido proceso sean consideradas en una actuación dentro del proceso penal, lo cual es, a todas luces, inconstitucional, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2005.

Atendiendo a los planteamientos señalados por el ciudadano, la corte constitucional entra a analizar como ejes temáticos la prueba ilícita, la regla de exclusión y la función del juez de control de garantías respecto al tema, sobre lo que señala:

“La prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia.

Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación. Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa

del proceso penal. De todas maneras, es importante advertir que la prohibición de valorar evidencias o elementos materiales probatorios objeto de los allanamientos o registros ilegales o inconstitucionales no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de los elementos materiales hallados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos que puedan ser objeto de investigación.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2007)

De lo anterior, aparece claro que una vez evaluada por el juez la ilicitud o ilegalidad de la prueba, la Constitución señaló un efecto jurídico claro para aquella que ha sido obtenida con violación del debido proceso: su invalidez y, en consecuencia, su inmediata exclusión de la investigación o del proceso penal, pues se trata de suprimir las actuaciones que nunca nacieron a la vida jurídica y restablecer las cosas al estado anterior a la violación de la Constitución. Así, la prueba ilícita no produce ningún efecto jurídico y menos puede demostrar hechos relevantes en el proceso debido penal.

Precisamente, por su condición de garante de los derechos constitucionales y de supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal, el juez de control de garantías, un juez constitucional por excelencia, tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto.

De esta manera, es evidente que el control judicial de garantías en la investigación penal garantiza la eficacia de los derechos al debido proceso, de defensa, a conocer la verdad y a obtener justicia con el restablecimiento de los derechos afectados, mediante la inmediata depuración de los materiales probatorios o evidencias o diligencias que no pueden tener validez en el desarrollo del proceso. En otras palabras, el control de legalidad y constitucionalidad respecto del recaudo de los elementos materiales probatorios y de evidencia física, no sólo tiene como objetivo impulsar la

investigación penal sino excluir aquellos que vulneren las reglas previstas en el ordenamiento jurídico; de ahí que la exclusión de la prueba, evidencia o elemento probatorio ilícito recaudado en la diligencia de registro y allanamiento inválida o de una interceptación de comunicaciones que se hace de manera irregular, pueda ejercerse desde el mismo momento en que se recolecta o con posterioridad a ello. De hecho, la Corte dijo que *“la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”*. ” (Sentencia de Constitucionalidad, 2007)

6.8. Sentencia C-336 de 2007

En esta sentencia, se estudió como ejes temáticos la constitucionalidad de algunos apartes de los artículos 14 (intimidad), 244 (búsqueda selectiva de bases de datos) y 246 (regla general aplicable a las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización) de la Ley 906 de 2004. En ese pronunciamiento se indicó que el numeral 2° del artículo 250 de la Constitución *“adscribe directamente a la Fiscalía la potestad de ‘adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones’, actuaciones que están sometidas al control posterior del Juez de Control de Garantías, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, a efecto de que se realice un control amplio e integral de esas diligencias”*. (Sentencia de Constitucionalidad, 2007)

Acorde con esos planteamientos, para dicha corporación esa regulación resulta distinta a la contenida en el subsiguiente numeral 3° del referido artículo 250, como quiera que en él se establece que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde, en ejercicio de sus funciones, asegurar los elementos materiales probatorios y garantizar la cadena de custodia mientras se ejerce

su contradicción, al tiempo que cuando sean necesarias medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, se requiere la autorización previa por el Juez de Control de Garantías para proceder a tal fin.

En lo sucesivo, y a más de concretar la importancia⁴ que tiene el funcionario encargado de velar por las garantías fundamentales dentro del proceso penal, tratándose de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, se puntualizó que la Constitución faculta a la Fiscalía para hacerlo directamente, sometiendo la orden y lo recabado a un control integral posterior, dejando los demás eventos sujetos al condicionamiento de una autorización previa del Juez; toda vez que no se considera que la flexibilización que el numeral 2° del artículo 250 de la Constitución, se puede explicar en la necesidad y oportunidad del recaudo de la información, *“en cuanto se trata de diligencias que generalmente están referidas a realidades fácticas que pueden estar propensas a cambios repentinos, o que podrían eventualmente ser alteradas en desmedro del interés estatal de proteger la investigación”* (Sentencia de Constitucionalidad, 2007). Lo que refleja el inadecuado ejercicio del legislador a la hora de justificar la intervención de la intimidad, fuera del resorte de la orden judicial previa.

6.9. Sentencia T- 233 de 2007

Esta sentencia desarrolla, como ejes fundamentales, el derecho a la intimidad, la interceptación de comunicaciones, la prueba ilícita y su consecuente sanción aplicada en la regla de exclusión. Lo anterior, con base en los argumentos del apoderado judicial del demandante indica

⁴ Sintetizando lo expresado en las sentencias C-1092 de 2003, ya citada, y C-979 de septiembre 29 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

que las providencias por virtud de las cuales fue hallado responsable por el delito asignado, incurren en defecto fáctico, ya porque valoraron ilegítimamente la prueba recaudada ilícita e inconstitucionalmente, ya porque tomaron como fundamento pruebas derivadas de la prueba ilícita, que no fueron producto de la interpretación sino de la arbitrariedad judicial.

A su juicio, la prueba ilícita puede derivar su irregularidad del desconocimiento de la Constitución y la ley, casos ambos en que debe ser excluida del proceso, bien si la prueba actúa como prueba principal u originaria, o bien si las pruebas derivadas de la prueba principal intentan hacerse valer en el proceso. Acogiendo la jurisprudencia pertinente, el apoderado judicial aduce que la finalidad de la exclusión de la prueba ilícita es evitar que el procesado sea juzgado con fundamento en un elemento de valoración contrario al debido proceso.

En igual sentido, el abogado del tutelante, argumenta que resulta indudable que todas las pruebas recaudadas son valoradas según su concordancia con el contenido del video, con lo cual se cumple el requisito de invalidez señalado por la Corte Constitucional al advertir que la incidencia de la prueba viciada debe ser determinante de lo resuelto en la providencia cuestionada.

De otro lado, considera que la prueba aportada fue obtenida con violación del derecho a la intimidad personal y al debido proceso, pues la grabación se hizo sin el consentimiento de Miguel Ángel Pérez Suárez.

Respecto a los argumentos esgrimidos por el abogado, la corte hace las siguientes apreciaciones que giran en torno a los ejes fundamentales:

- A. Prueba ilícita y Cláusula de exclusión: *“Valorar una prueba no necesariamente implica admitir su contenido. La valoración de la prueba es, precisamente, el procedimiento previo que permite establecer si el contenido de lo que se prueba puede ser admitido como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica.*

No toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad y es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado. La Corte Constitucional ha establecido como regla inicial que la simple transgresión de las normas procesales que regulan la inclusión de pruebas en las diligencias no implica afectación del debido proceso. Estas irregularidades menores se refieren a la afectación de las formas propias de los juicios, pero dada su baja intensidad en la definición del conflicto, no quedan cobijadas por el inciso final del artículo 29 constitucional.

Esta precisión permite mostrar el otro aspecto de la argumentación y es que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, pero no por ello es nulo de pleno derecho el proceso en el que se inserta. En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer que la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene.” (Sentencia de Tutela, 2007)

- B. Derecho a la intimidad y la interceptación de comunicaciones: En términos generales, la Corte Constitucional ha entendido que la intimidad es el derecho constitucional que garantiza la preservación de un espacio personal, aislado a la injerencia de otros. De conformidad con dicha jurisprudencia, la intimidad personal es el “*área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en*

ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”. (Sentencia de Tutela, 2007)

El artículo constitucional citado extiende el derecho a la intimidad al ámbito de la correspondencia y otras formas de comunicación, advirtiendo al efecto que las mismas son inviolables y que su registro únicamente procede cuando existe orden de autoridad judicial, con las formalidades establecidas por la ley.

La Corte Constitucional reconoce que el derecho a la intimidad se manifiesta en diferentes aspectos de la vida humana. En términos generales, considera que cae dentro de la órbita de lo íntimo *“todo aquello que una persona reserva para sí y para su círculo familiar más cercano y que, en general, comparta unos fines que van desde la protección del domicilio hasta el propio secreto de las comunicaciones pasando por la intimidad personal y la específicamente individual”*; aunque también entiende que se encuentra comprendida *“la reserva de la imagen, del nombre, la voz, la escritura, los acontecimientos personales, el pensamiento y sus expresiones y, en general, todas aquellas que se refieran a la identidad personal; junto a las que debemos incluir también el secreto de la correspondencia, el secreto de los documentos, el domiciliario y el profesional.”* (Sentencia de Tutela, 2007)

6.10. Sentencia C-025 de 2009

Esta sentencia que desarrolla la función del juez de control de garantías, y el derecho de defensa, se origina gracias al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, interpuesta por los ciudadanos Edgar Saavedra Rojas y Javier Mauricio Hidalgo Escobar, quienes demandaron los artículos 237 (parcial), 242

(parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

Respecto al núcleo problemático pertinente para éste trabajo de investigación, la Corte Constitucional señala:

“Al juez de control de garantías se le asignaron en el nuevo sistema procesal penal competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. Es por ello que al juez de control de garantías le corresponde examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

En el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos

de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías, quien los autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2009)

Esta sentencia recuerda la importancia de la figura del juez de control de garantías, la finalidad con la que fue creada y recalca que es el encargado de controlar los actos de investigación de la fiscalía, entidad estatal que a partir de la ley 906 de 2004, no tiene funciones jurisdiccionales sino de investigación. Es por ello que se resalta que la interceptación de comunicaciones como acto de investigación, gracias a su naturaleza trasgresora de Derechos Fundamentales, debe estar vigilado por el juez de control de garantías.

6.11. Sentencia C-131 de 2009

Los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo y Camilo Mejía Gómez demandaron algunos apartes y expresiones de los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1142 de 2007, *“por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”*.

Esta demanda lleva a la Corte Constitucional a desarrollar tres núcleos problemáticos que son: i) La interceptación de Comunicaciones, ii) El derecho a la Intimidad y, iii) El papel del juez de control de garantías en este acto de investigación.

Frente a la interceptación de comunicaciones privadas señala que la prórroga de la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas y similares constituyen una medida adicional que afecta derechos fundamentales, de ahí que la prórroga de la orden debe estar sujeta a control previo de legalidad por juez de control de garantías.

Se indicó que ese tipo de violaciones *“pueden suceder bien por examinarla persona que no sea el destinatario o alguien a quien éste la muestre, en cualquiera de los momentos anotados, es decir, su elaboración, curso del traslado o después de recibida; bien con violencia o habilidad en la extracción y examen de su contenido; bien con destrucción del objeto portador de la información, quitándole alguna parte o tornándolo ininteligible”*. (Sentencia de Constitucionalidad, 2009)

Sin embargo, el legislador en materia penal al regular el tema ha señalado que el Fiscal puede ordenar, fundadamente y por escrito, la interceptación *“mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético”*, para buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, para la búsqueda y ubicación de imputados o indiciados, debiendo comparecer ante el Juez de Garantías dentro de las 24 horas siguientes al diligenciamiento de la orden, para que se realice la revisión de la legalidad de lo actuado, así como dentro de igual término una vez cumplida la misión, para que se adelante el mismo control (arts. 235 a 237 ley 906 de 2004 en consonancia con la ley 1142 de 2007)

Así, conforme al artículo 250.2 de la Carta Política, esas medidas las ejecuta la Fiscalía en cumplimiento de sus funciones, debiendo someter al control de legalidad *integral* del Juez de Garantías la orden y los resultados obtenidos. Quiere decir lo anterior que es la Constitución, como ha indicado esta corporación en jurisprudencia previamente referida, la que establece que en los

eventos de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, el control es posterior a la decisión que adopta el Fiscal, momento en el cual el Juez constatará la proporcionalidad de las medidas y el debido respeto de las garantías, entre ellas la intimidad.

En esta sentencia, recuerda la Corte Constitucional lo dicho por la misma corporación años atrás, la cual es una afirmación que se sostiene a lo largo del presente trabajo de investigación: *“en la sentencia C-626 de noviembre 21 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, se puntualizó que las intromisiones en las comunicaciones de los particulares, sólo pueden adelantarse previa orden de la autoridad judicial, dentro de un proceso, con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley.”* (Sentencia de Constitucionalidad, 2009)

A pesar de reconocer la importancia de que este acto cuente con una autorización previa de un juez constitucional, la Corte señala que conforme al artículo 250.2 de la Carta Política, esas medidas las ejecuta la Fiscalía en cumplimiento de sus funciones, debiendo someter al control de legalidad *integral* del Juez de Garantías la orden y los resultados obtenidos. Quiere decir lo anterior que es la Constitución, como ha indicado esta corporación en jurisprudencia previamente referida, la que establece que en los eventos de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, el control es posterior a la decisión que adopta el Fiscal, momento en el cual el Juez constatará la proporcionalidad de las medidas y el debido respeto de las garantías, entre ellas la intimidad.

6.12. Sentencia C- 334 de 2010

Esta sentencia desarrolla tres ejes temáticos: i) El derecho a la intimidad, ii) la

interceptación de comunicaciones y, iii) La autorización previa del juez de control de garantías para llevar a cabo este acto de investigación.

Tiene su génesis en la solicitud de inexecutable de los artículos 237 y 245 de la Ley 906 de 2004, elevada ante la Corte Constitucional por parte del ciudadano Alexander Díaz García. Estima que las disposiciones acusadas vulneran lo previsto en los artículos 15, 21, 29 y 250 de la Constitución política, así como en el artículo 17, numerales 1º y 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; señala que la ausencia de una autorización previa de un juez de control de garantías, se analiza cómo la ausencia total de los protocolos internacionales para el manejo del tratamiento de los datos personales en el proceso penal, violando los derechos fundamentales al procesado y consecuentemente sus derechos humanos.

El accionante señala que control judicial ha de verificar la necesidad, oportunidad e intensidad de la actuación del ente acusador, de modo que la intervención que ésta suponga sobre el o los derechos fundamentales del sujeto de derechos (del indiciado o investigado, de sus familiares, también de las víctimas del delito), únicamente opere cuando sea indispensable y sólo en el grado que resulte plenamente justificado.

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es claro que los Estados pueden adelantar actuaciones que supongan afectación o injerencia en ámbitos de libertad o de derecho protegidos. Sin embargo, tales actuaciones aunque no siempre deben estar respaldadas por orden de autoridad judicial, en todo caso sí deben ser reguladas por la ley, de modo tal que sólo puedan desplegarse cuando sea necesario, no implique una afectación ilegítima de otros derechos, se corresponda con las formas y exigencias propias de una sociedad democrática cuyo animus vivendi se encuentra en la preservación de los derechos de los individuos y grupos que la integran.

Pese a lo anterior, señala la Corte que la configuración legislativa, *“no es contraria a lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que vincula a Colombia y hace parte del bloque de constitucionalidad.”* (Sentencia de Constitucionalidad, 2010)

6.13. Sentencia C-540 de 2012

El Presidente del Senado de la República, mediante oficio recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 22 de julio de 2011, remitió el proyecto de ley número 263/11 Senado y 195/11 Cámara, *“por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*, para el control previo de constitucionalidad a que refiere el artículo 241.8 de la Constitución. Siendo entonces objeto de estudio para la investigación, tres ejes temáticos: i) El derecho a la intimidad, ii) la interceptación de comunicaciones y, iii) La autorización previa del juez de control de garantías para llevar a cabo este acto de investigación.

Frente a las actividades de inteligencia y contrainteligencia que están previstas en la ley 1621 de 2013, señala la Corte las condiciones que deben reunir las medidas que se adopten en relación con estas actividades, con sustento en las buenas prácticas de las Naciones Unidas.

“Se ha establecido que el ejercicio de la función de inteligencia y contrainteligencia se encuentra limitada por el respeto de los derechos humanos, el cumplimiento estricto de la Constitución y la ley, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, resultando para la Corte exigible que en

toda medida de inteligencia y contrainteligencia: 1. Se defina con claridad quién la autoriza u ordena, cuáles son las razones o motivos legales para llevarla a cabo y cuáles son los métodos permitidos para su ejecución; 2. Corresponda a las estrictamente indispensables para el cometido de la función; 3. Guarde simetría con los fines constitucionales empleando los medios menos invasivos; 4. No desconozca el contenido esencial de los derechos fundamentales; 5. Se deje un registro de las actuaciones cumplidas o desarrolladas; 6. Se observe un procedimiento legalmente prescrito; 7. Sujetarse a controles y supervisiones; 8. Establecer mecanismos que garanticen las reclamaciones de las personas; y 9. De implicar interceptación o registro de comunicaciones debe contar indiscutiblemente con la autorización judicial.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2012)

En igual sentido, se desarrolla el principio denominado “deber de colaboración” de operadores de servicios de telecomunicaciones con organismos de inteligencia, una obligación que se ajusta a la constitución siempre que responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pero no debe comprender la interceptación de comunicaciones.

“El proyecto de ley estatutaria contiene un artículo que impone a los operadores de servicios de telecomunicaciones unas obligaciones de colaboración, sujetas al cumplimiento de unos requisitos como el requerimiento por escrito de parte de los directores de los organismos de inteligencia, disposición ésta que resulta ajustada al ordenamiento constitucional y habrá de desenvolverse en el marco de la vigencia de los derechos fundamentales como sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de forma tal que el empleo de este mecanismo de colaboración se restrinja a aquellos casos en que el acopio de la información resulta imprescindible para el cumplimiento de los fines de la función

de inteligencia y contrainteligencia, circunscrito a los límites que se le imponen por la ley estatutaria y en orden a los derroteros constitucionales reseñados a lo largo de esta providencia.

Por último, expresa que la interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, debe someterse a los requisitos del artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal, y solo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales. El monitoreo del espectro electromagnético se encuentra sujeto a unos límites constitucionales y del orden internacional de derechos humanos, dados por: (i) la Constitución Política que establece los derechos fundamentales a la intimidad, el buen nombre y al habeas data; (ii) la Declaración Universal de Derechos Humanos; (iii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (iv) el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; y (v) la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cuanto a la interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, deberá someterse a los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2012)

6.14. Sentencia C-594/14

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Dagoberto José Lavalle Navarro, miembro del Grupo de Litigio Estratégico y de Interés Público de la Universidad del Norte, demandó el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011, al considerar que se configura una omisión legislativa

relativa que vulnera los artículos 15 y 29 de la Carta Política, frente a la expresión “autoridades competentes”

Frente a la figura de autoridades competentes que deben participar en la interceptación de comunicaciones, la Corte refiere que no existe una omisión legislativa, que se trata de una norma en blanco que puede ser complementada a través de una interpretación sistemática de la disposición demandada junto a las Leyes 906 y 938 de 2004 y al artículo 250 de la Constitución. Si bien el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011 no determina específicamente cuáles son las autoridades encargadas de realizar la operación técnica de la interceptación de comunicaciones, el artículo 46 de la Ley 938 de 2004 señala que dicha competencia recae en las autoridades de policía judicial, las cuales son definidas en los artículos 201, 202 y 203 de la Ley 906 de 2004. El demandante señala que existe un vacío importante en la determinación de la autoridad competente para realizar las interceptaciones, pues la Fiscalía podría delegar esta función en cualquier entidad pública y con ello cualquier autoridad pública en Colombia podría realizar interceptación de comunicaciones. Sin embargo, esta facultad de delegación se encuentra contemplada en el artículo 250 de la Constitución Política y fue justificada claramente por la Asamblea Nacional Constituyente.” *No se vulnera el derecho al debido proceso pues: (i) la autoridad de policía judicial en el sistema acusatorio realiza una simple labor operativa administrativa bajo la absoluta dirección de la Fiscalía General de la Nación (ii) el requisito del juez natural no se puede extender a la definición específica de todas las autoridades que pueden realizar interceptaciones de comunicaciones, pues la propia Constitución abre la puerta para que sea la Fiscalía y no el legislador quien determine a qué autoridades puede delegar transitoriamente labores de policía judicial. No se desconoce el derecho a la intimidad por los siguientes motivos: (i) esta garantía no es absoluta, por lo cual puede ser objeto de restricciones, dentro de las cuales se ha reconocido la posibilidad de realizarlas en interés de la justicia para*

investigar la comisión de conductas punibles; (ii) la restricción del derecho a la intimidad a través de la interceptación de comunicaciones está avalada por la propia Constitución que en su artículo 250 permite a la Fiscalía General “adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones”; (iii) la facultad del Fiscal General de la Nación de asignar en otras entidades públicas la realización de funciones de policía judicial como la interceptación de comunicaciones está contemplada en el propio artículo 250 de la Constitución y (iv) las operaciones de interceptación requieren un estricto control judicial.

Todas las interceptaciones están sujetas a una serie de límites materiales independientemente de cuál sea la autoridad que las realice, derivadas de la ley y de los principios que rigen la restricción del derecho a la intimidad

En cuanto a la protección de las comunicaciones privadas contra interceptaciones arbitrarias, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada, inmune a la interferencia arbitraria de otros, en especial si la interceptación es realizada por agentes del Estado, pero también cuando esa interferencia es realizada por personas privadas, como cuando, por ejemplo, se divulgan a través de los medios de comunicación situaciones o circunstancias que sean de exclusivo interés de la persona o sus allegados. Esa doctrina constitucional también ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y ha señalado, por ejemplo, que cuando se trata de personas y hechos de importancia pública, el derecho a la información prevalece prima facie sobre el derecho a la intimidad. La interceptación ilegal de comunicaciones es entonces una práctica contraria a los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales. Por ello, la interceptación de comunicaciones, sólo puede ser realizada bajo las condiciones y procedimientos

expresamente señalados en la Carta y en la ley, como garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2014)

6.15. Conclusiones del tratamiento de la interceptación de comunicaciones en la jurisprudencia Constitucional

La Corte Constitucional reconoce que la interceptación de comunicaciones es una herramienta investigativa que exceptúa el derecho a la intimidad, el cual se encuentra regida por múltiples garantías constitucionales y legales de orden nacional e internacional.

Han sido varias las demandas respecto a la falta autorización previa de un juez constitucional, figura creada para proteger y salvaguardar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, encargada de controlar los actos de investigación realizados por la Fiscalía General de la Nación, institución que fue despojada de sus funciones jurisdiccionales; Demandas que han llevado al alto tribunal a desarrollar el tema, reconociendo que el Acto Legislativo 003 de 2002 flexibiliza el control judicial respecto a este acto de investigación.

A pesar de este reconocimiento, la Corte Constitucional encuentra que la vulneración al derecho a la intimidad es razonada y valida si persiguen la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionales valiosos como la seguridad y defensa Nacional; toda vez que a pesar de ser un derecho fundamental, actualmente, es acogida la postura de que dicho derecho no es de tipo absoluto, pues puede llegar a ser limitado conforme a las normas que regulen dicha limitación, siendo una de las formas las interceptaciones de comunicaciones.

Este análisis continua sacando a la luz la finalidad del estado de optar por un derecho penal

eficientista, que flexibiliza el proceso penal en aras de obtener resultados y brindar la seguridad que tanto reclama la sociedad, desfigurando el sistema penal acusatorio de corte garantista, basado en teorías como la tolerancia cero y la sociedad de riesgo.

CAPITULO II DE LA PRUEBA ILÍCITA

*“La justicia no podrá restablecerse
Sino a través de otro crimen”*

Friedrich Durrenmatt

Justicia

1. Definición de Prueba y de Prueba Ilícita.

La palabra “prueba”, en el contexto de un proceso judicial, es definida por la RAE como cosa material, hecho, suceso, razón o argumento con que se demuestra o se intenta demostrar que algo es de una determinada manera y no de otra.

Su etimología proviene, para algunos doctrinantes, del adverbio *probe*, que significa honradamente, porque se considera que obra con honradez el que demuestra lo que pretende. Para otro sector de la doctrina, su etimología proviene de la palabra *probandum*, que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe, conforme lo expresan varias leyes del derecho romano.

Desde otra perspectiva, *“la palabra prueba, en su sentido estrictamente gramatical, expresa la acción y efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa”*. Leo Rosenberg nos

dice que “la palabra prueba no significa únicamente la actividad probatoria = gestión de la prueba, sino también el medio de prueba (“sobre esto es prueba la declaración del testigo X”) o su recepción (“la prueba mediante inspección ocular”) o el resultado de la prueba (“se ha producido la prueba”)”. (Ruíz Jaramillo, 2007)

La terminología utilizada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, dista bastante de ser uniforme. Afirma Manuel Miranda Estrampes que, *“es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el término de prueba clandestina.”* (Miranda Estrampes, 2004)

Usar indistintamente una u otra terminología puede conducir a equívocos en la medida en que cada una de las connotaciones de la prueba tiene un significado y tratamiento diferente. Recordemos que el lenguaje es el vehículo a través del cual se expresa el pensamiento. Para el escritor Ortega y Gasset, *“el lenguaje fue creado por el hombre debido a su abundante capacidad de imaginación, de construcción de mundos imaginarios, incluso de mundos fantásticos Por lo que el lenguaje, crear un instrumento al través del cual, pueda comunicar esos mundos imaginarios, pueda comunicar su pensamiento. Esto se hace a través de la definición de cada concepto.”* (Ortega y Gasset, 1991)

Etimológicamente, la expresión definición proviene del latín *de-finis*, que significa poner límites, para el caso concreto se especificará el concepto de prueba, su clasificación y tratamiento con apoyo de varios asertos doctrinales y jurisprudenciales.

Para iniciar, resulta pertinente afirmar que el proceso penal colombiano ha reemplazado el

principio de permanencia de la prueba propio del sistema de enjuiciamiento de la ley 600 de 2000, por el principio de producción probatoria en presencia de un juez, con inmediación, ejercicio de contradicción por partes que se estiman iguales en el debate y bajo el lleno de los requisitos previstos en la ley. Lo que significa que durante la indagación e investigación hablaremos de elementos materiales con vocación probatoria y solo cuando se practica en el juicio, hablaremos de prueba. En igual sentido, es necesario precisar que los procedimientos reglados para recolectar y asegurar las evidencias y/o elementos con vocación probatorias se llaman actos de investigación, en tanto que, los procedimientos reglados para la producción, incorporación y valoración de la prueba en juicio se denominan actos de prueba.

La transición entre elemento con vocación probatoria y prueba está determinada por el cumplimiento de los requisitos previstos para su obtención, aseguramiento y posterior aducción en el juicio una vez descubierto el elemento de manera oportuna y decretado para su práctica por reunir los criterios de admisibilidad (conducencia, pertinencia y admisibilidad en sentido estricto) y licitud, esto es, que la información se hubiese obtenido con apego a las reglas de carácter legal y constitucional previstas para los efectos. Sólo entonces se puede predicar legalidad y legitimidad de la prueba practicada en juicio.

Ahora, siguiendo esta ruta, es el momento de diferenciar el concepto de prueba ilegal y prueba ilícita, a voces de Francesco Cernelutti, quien al respecto menciona: *“la prueba ilícita, se refiere a como la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir por un medio de prueba, y la prueba ilegal cuando el medio de prueba se realiza contraviniendo la norma que lo regula”* (Cernelutti, 1998). Así las cosas, diremos que la ilicitud de la prueba solo puede predicarse de la etapa obtención del elemento material de prueba, a través de actos de investigación desplegados para su recaudo, mientras que la ilegalidad se predica del incumplimiento en las reglas

de descubrimiento formal y material de la prueba que garantizan el derecho de contradicción e igual de armas, y la solicitud probatoria que se formule ante el juez con suficiencia argumentativa de los criterios de admisibilidad.

Debido a que la expresión “*prueba ilícita*” puede ser entendida en varios sentidos, no podemos conformarnos con la definición de Carnelutti; ya que, de los estándares internacionales de derechos humanos podemos ampliar esta definición y adicionar que también es ilícita la prueba que se obtiene violando los derechos y principios constitucionales consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados en Colombia; toda vez, que hacen parte de la constitución. Este fenómeno de la prueba, se puede producir cuando se viola el derecho a la intimidad, la inviolabilidad de domicilio, secreto de correspondencia, integridad humana, entre otros, del procesado o investigado.

El eje temático de la definición de prueba ilícita gira en torno de la dignidad del investigado, como punto de partida de todos los actos de investigación que adelante la fiscalía para recaudar evidencia que desvirtúe su presunción de inocencia.

Desde una perspectiva distinta, Montón Redondo considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. “*Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio «el dolo no aprovecha a la persona que lo comete.»*” (Miranda Estrampes, 2004, pág. 17)

Hay otro sector de la doctrina que identifica la ilicitud con la idea de violación de la norma en sentido lato, de ahí que la prueba ilícita es aquella contraria a una norma de Derecho, esto es,

obtenida o practicada con infracción del ordenamiento jurídico. *“El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales.”* (Miranda Estrampes, 2004, pág. 20).

El profesor Devis Echandía, nos amplía el espectro de la siguiente manera: *“las pruebas ilícitas son aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la constitución y la ley le amparan”* (Devis Echandía, 1981, pág. 26)

A esta altura del análisis, conviene afirmar que no puede asimilarse como sinónimos la prueba inconstitucional y la prueba ilícita, la primera es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales preceptuados en la Constitución Política, por lo que su ámbito de aplicación es más reducido que el de la prueba ilícita; ya que esta última, además de ceñirse a lo que fundamenta la constitución, su vicio radica en la violación de leyes ordinarias.

Gimeno Sendra distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Para este autor mientras que la primera es la que infringe cualquier ley (no solo aquella que consagra derechos Fundamentales, sino también la legislación ordinaria), la prueba prohibida es la que surge, con violación de las normas constitucionales que resguardan de los derechos fundamentales. Esta definición de prueba prohibida, es la misma definición de prueba inconstitucional.

Distinta es la opinión de Picó Junio, para quien los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibidos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración. López Barja de Quiroga se decanta por el término prueba prohibida. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, pág. 15)

De otro lado, la diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular radica en que las primeras determinan la suerte de todas aquellas con las que se relacionen por cuanto las contaminan por principio de transferencia, de ahí que se denominan pruebas irregulares. La doctrina de los “frutos del árbol envenenado (The fruit of the poisonous tree doctrine)”, explica que las pruebas ilícitas y las irregulares no deben tener efectos probatorios, mientras que las derivadas de las simplemente irregulares no deben acarrear tan radical consecuencia, y nada impide que la convicción se obtenga por otros medios admitidos en la materia. Esta diferencia se resuelve en la práctica en la posibilidad de recuperación del material probatorio irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, que la subsanan, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita.

Ahora, la prueba nula es la sanción que se predica de la prueba ilícita, es decir, cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y garantías procesales debe ser nula de pleno derecho.

Para los efectos de la presente investigación, el objeto de análisis es la ilicitud que puede comportar la interceptación de comunicaciones como acto de investigación y para ello, la definición que acogemos para la prueba ilícita es una construcción nutrida de los diferentes aportes de la doctrina. Prueba ilícita es aquella obtenida con violación de garantías fundamentales

consagradas en la constitución y desarrollados por la jurisprudencia nacional y convencional, lo cual la torna írrita en la medida que afecta la dignidad del ciudadano investigado y merece ser declarada nula y por lo tanto excluida de la actuación procesal.

Esta postura amplía el espectro de garantías a otras categorías jurídicas, lo cual se traduce en el otorgamiento de una nueva herramienta de defensa para el ciudadano investigado dentro del proceso penal, y una responsabilidad para el operador jurídico que interpreta y aplica las reglas de procedimiento, so pena de dar al traste con la investigación y padecer la sanción a que hubiere lugar.

2. Concepto de Eficacia de la Prueba

La valoración de la prueba recae sobre dos aspectos fundamentales de la misma: la validez y la eficacia. La validez, desde un punto de vista filosófico jurídico conlleva a hacer reflexiones de orden político, por los retos que plantea con respecto a la legitimidad de la prueba cuando se obtiene afectando derechos fundamentales. Por su parte, la eficacia tiene otra connotación muy diferente; ya que tiene un importante componente epistemológico o de teoría del conocimiento aunque con implicaciones políticas.

“La eficacia de la prueba es la aptitud o el poder para obrar que tienen los medios probatorios para producir los efectos propios que de ellos se predicen. La eficacia del medio de prueba, puede analizarse desde dos ópticas: una desde el medio probatorio en sí, un punto de vista estático; y la eficacia desde un punto de vista dinámico, el medio de prueba en su función, el

medio obrando por y para un derecho, el medio probatorio en movimiento.” (Ruíz Jaramillo, 2007)

El núcleo fundamental de la eficacia es la búsqueda de la verdad, subsanar el estado de incertidumbre sobre el acontecer fáctico que originó la noticia criminal, para de ésta manera persuadir al operador jurídico a la hora de ¿La verdad a qué precio? La prueba judicial prevé, en este campo, la misma problemática de la verificación de los hechos en las ciencias y en la vida social. Respecto a este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia T-555 de 1991, dijo lo siguiente:

“(…) la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte”. (Sentencia de tutela, 1999)

De lo anterior podemos extraer que si una prueba resulta necesaria para el proceso, la misma debe eficaz, por lo que debe llevar al juez al conocimiento más allá de toda duda razonable respecto al hecho que funda la pretensión del actor y a las circunstancias que rodean el mismo.

La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe ser nula en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se minarían el derecho de defensa y la presunción de inocencia, garantías sustanciales que exigen de la contraparte la carga

de la prueba que acredite más allá de toda duda razonable la responsabilidad del investigado. Una labor que debe estar revestida de legalidad, validez y eficacia probatoria.

La ineficacia de la prueba se postula para aquella obtenida de manera ilícita de manera directa y para las derivadas o relacionadas, aun cuando en su consecución se hubiesen cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-; entendiendo por ineficacia la falta de requisitos o condiciones necesarias para que los actos procesales produzcan sus efectos, por lo que su sanción ha sido determinada de acuerdo con la regla de exclusión, y no pueden ser utilizadas en un proceso judicial, lo que llevaría a la inexistencia de las pruebas dentro del proceso o la declaración de nulidad de las mismas, debiéndose retrotraer la actuación afectada por dicha prueba hasta su estado original.

3. La prueba ilícita en el proceso penal

Como destaca Miranda Estrampes, el tema de la prueba ilícita dentro del proceso penal, es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática Jurídico-Penal.

El primer problema que se plantea al abordar el tema es hacer una aproximación conceptual de la prueba ilícita, asunto que creemos ya ha sido superado, tal como se expuso en anterior acápite, al expresar que se entenderá como prueba ilícita, en este trabajo, aquella que se refiere a la forma como la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir por un medio de prueba, cumpliendo una debida ritualidad; toda vez que, la misma ha sido obtenida o introducida en el proceso con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de

estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales.

El segundo problema es establecer en qué momento se produce la ilicitud de la prueba. Dentro de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas o los límites legales establecidos por el legislador, se distingue entre: a) aquellas pruebas cuya realización es por sí mismo ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita. En el primer supuesto, las pruebas que por sí mismo pueden reputarse ilícitas, están no sólo aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas, pudiendo incluso terminar en los linderos de una conducta punible.

Dicha prohibición es consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de las personas, con independencia de que exista o no una concreta norma procesal que prevea expresamente su inadmisión en el proceso, como sucede por ejemplo, con el la interceptación de comunicaciones.

En el segundo supuesto, se incluyen todas aquellas pruebas en cuya obtención se han vulnerado, de una forma u otra, alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestro texto constitucional, pero en el momento de su incorporación y producción en el juicio los operadores jurídicos hacen caso omiso de su origen y convalidan su aducción al proceso con fines de valoración probatoria.

El tercer problema que se encuentra a la hora de analizar este tema, radica en definir cuando hay violación de los derechos fundamentales.

Para hallar la solución a este problema, es necesario recordar que la doctrina hace una clasificación de derechos fundamentales, los cuales se dividen en Derechos Fundamentales Absolutos o Derechos Fundamentales Relativos. Los primeros son aquellos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna (por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física), por lo que cualquier violación de los mismos es inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de restricción o limitación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requisitos exigidos por la ley (por ejemplo, el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio). Si no se respetan tales requisitos o presupuestos, los resultados obtenidos con el acto investigación serían inutilizables. De todas formas, el propio Miranda Estrampes, al referirse a los denominados derechos fundamentales absolutos reconoce que los mismos son susceptibles, en ciertas condiciones y fragmentariamente, de limitación en el marco de una investigación penal. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 50)

3.1. Clasificación de las pruebas ilícitas

Con base en la solución a los problemas planteados a la hora de establecer el concepto de prueba ilícita, se concluye que el mismo puede clasificarse de la siguiente forma:

Primero, Atendiendo a la causa que origina la ilicitud de la prueba, se puede distinguir entre pruebas expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares y/o ilegales y pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales).

Segundo, Atendiendo al momento en el que se produce la ilicitud de la prueba, se puede distinguir entre pruebas obtenidas ilícitamente y pruebas incorporadas ilícitamente; estos conceptos también se pueden denominar como ilicitud extraprocesal e ilicitud procesal. La primera, es la producida u obtenida fuera del proceso. Afecta a la labor de investigación de los hechos. A la búsqueda, recolección y obtención de los elementos materiales probatorios; la segunda se refiere a la que afecta un afecta acto del procesal, es decir, cuando afecta la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso.

3.2. Antecedentes Jurisprudenciales

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado reiteradamente sobre la prueba ilícita o prueba ilegal consolidando una línea jurisprudencial, sobre su definición, tal como se procede a exponer en las siguientes reglas de vinculación:

“La prueba ilícita corresponde a la obtenida con vulneración de garantías fundamentales, más en el presente asunto el censor no acredita de ninguna manera que el derecho constitucional fundamental a la no autoincriminación -extendido a los parientes más cercanos-, en cabeza de la menor AMCG, fue vulnerado.” (Sentencia de Casación, 2016)

“La prueba ilegal es aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal, esto es, por desconocer las ritualidades exigidas para su producción, práctica o aducción, mientras que la prueba ilícita es la que contraría también el debido proceso pero desde su aspecto sustancial, por haber sido obtenida con violación del derechos fundamentales, contrariando la dignidad humana o la intimidad, o en su recepción ha mediado tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes. Tratándose de la primera, es

imperioso examinar cuál fue el requisito legal pretermitido pues la omisión de una exigencia insustancial no tiene la virtualidad de lograr su exclusión.” (Sentencia de Casación, 2015)

“La prueba ilícita como su propio texto lo expresa, es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia -como la citada entre otras- que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (artículo 224 Código Penal). Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (artículo 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (artículos 137 y 178 Código Penal), constreñimiento ilegal (artículo 182 ibídem), constreñimiento para delinquir (artículo 184 ib.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (artículo 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (artículo 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (artículos 28 Constitución Política, 189, 190 y 191 Código Penal), por violación ilícita de comunicaciones (artículos 15 Constitución Política y 192 Código Penal), por retención y

apertura de correspondencia ilegales (artículos 15 Constitución Política y 192 Código Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (artículo 195 Código Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (artículo 196 ibídem).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (artículo 442 Código Penal), de un soborno (artículo 444 ibídem), de un soborno en la actuación penal (artículo 444 ib.), o de una falsedad en documento público o privado (artículos 286, 287 y 289 ib.).” (Sentencia de Casación, 2009)

A parte de la definición que ha adoptado el alto tribunal, de la línea jurisprudencial que ha manejado la Corte Suprema de Justicia, se pueden resumir en las siguientes consideraciones:

Primero, El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que *“es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

Segundo, La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas según se trate de prueba ilícita o prueba ilegal.

Tercero, Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

Cuarto, La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su

conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

Quinto, La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.

Sexto, La prueba ilícita, como su propio texto lo expresa, es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.

4. Nulidad Derivada de la Prueba Ilícita, una Categoría Irreconciliable con el Derecho Constitucional de cara a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La finalidad de privarle efectos jurídicos a la prueba ilícita en el proceso penal radica en la necesidad del respeto de las garantías constitucionales, es decir, que el objetivo perseguido es la transparencia del proceso penal, que éste no se vea contaminado con la recepción de elementos logrados por medio del quebrantamiento de garantías constitucionales.

La inquietud que se plantee al juez de conocimiento sobre la ilicitud de los elementos con vocación probatorias que pretenden aducirse a la actuación, exigen de la parte que postula argumentativamente esta situación, definir cuáles fueron las actuaciones de las autoridades

públicas que desbordaron un ámbito de actuación previamente autorizado y cuáles son las consecuencias de estas conductas para el proceso. La cultura judicial en nuestras latitudes revela que es preferible sacar a relucir frases de cajón tales como: “ese es un tema de valoración probatoria que será resultado en la sentencia” para dar un parte de tranquilidad a los oponentes, bien porque no excluye la evidencia que pretende incorporar una de las partes, ora porque da a la otra la esperanza de que su solicitud será resulta en el tiempo y la prueba que se pretenda excluir del debate, no será valorada como elemento suasorio para proferir una decisión de fondo. Pero no hay tal, una vez admitido el ingreso de un elemento con vocación probatoria ilícita al juicio oral, ya se convalida.

Toda prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales de las personas investigadas sometidas a un proceso penal, obligan al operador judicial a declararla nula de pleno derecho, tal como lo dispone la Constitución colombiana de 1991. Interpretar ésta regla de validez probatoria de manera distinta, no es más que un acto doloso e inquisitivo que desdice de la calidad imparcial que debe tener el juez frente a las pretensiones de las partes y le lleva a ser parte del equipo de caza fantasmas del estado, cuando ese no es su papel.

Independientemente de la fuente de la ilegitimidad de la prueba, lo que interesa resaltar por ahora, es que cuando se verifica la violación al debido proceso en el recaudo y aducción de la prueba, ésta debe calificarse nula de pleno derecho y declararse sin validez en el proceso, así el postulante de ésta prueba afirme que tiene una importancia suprema para el esclarecimiento de los hechos y la definición de responsabilidades.

La Corte Constitucional reitera en este punto que la inconstitucionalidad de la prueba impide considerarla válidamente en el proceso penal, pese a su convalidación por parte del procesado. En este punto debe ponerse de relieve que la frase utilizada por la Carta es la de “nulidad

de pleno derecho”, expresión que indica la improcedencia de la convalidación por afectación absoluta o radical de la validez del acto. (Sentencia de tutela, 2007)

La exclusión del proceso penal de la prueba ilícita, es la regla general de la sanción preceptuada en el artículo 29 de la Carta Política; sin embargo, hay eventos en los que la ilicitud de la prueba puede llevar a una anulación total del proceso, al respecto la Corte Constitucional ha dicho que si la prueba ilegal o inconstitucional es crucial para la adopción de la providencia judicial, esto es, si su incidencia en la decisión judicial es de tal magnitud que, de no haberse tenido en cuenta, el fallo racionalmente habría podido ser otro, el juez de tutela está obligado a anular el proceso por violación grave del debido proceso del afectado.

Concretamente, en materia penal, la Corte Constitucional ha establecido que el error fáctico por apreciación de prueba ilegítima no afecta la integridad del proceso, a menos que su peso en la definición de la responsabilidad penal sea decisivo, es decir, que sin la prueba ilícitamente apreciada, la conclusión judicial respecto de la responsabilidad del procesado habría sido posiblemente distinta.

De lo anterior se puede colegir, que aun cuando las autoridades competentes admitan en el proceso una prueba manifiestamente inconstitucional, este acto per se no produce la invalidación automática del proceso penal. Tal como lo dice la Corte, es requisito para la invalidación del proceso que la decisión final haya tenido como fundamento la prueba ilícita. De lo contrario, si la convicción del funcionario se forma a partir de elementos probatorios distintos, independientes de la prueba o a los que se habría llegado por otras vías, puede admitirse la subsistencia del proceso, pese a la inconstitucionalidad de la prueba que debe expulsarse. En el caso concreto, se estima que la aducción y valoración de la prueba inconstitucional no afectó la decisión final condenatoria, o, por lo menos, su incidencia en la valoración de la responsabilidad del procesado no fue decisiva.

Sumado a lo anterior, atendiendo a las teorías de exclusión probatoria del derecho anglosajón, que serán objeto de estudio más adelante, una prueba también es considerada nula si la misma proviene o es derivada de la prueba que se considera nula de pleno derecho por violar derechos fundamentales. Estas teorías han sido acogidas por la Corte Constitucional, y han sido explicadas en la Sentencia SU-159 de 2002.

Respecto al tema que nos ocupa en este estudio, la Corte Constitucional ha entendido que la intimidad es el derecho constitucional que garantiza la preservación de un espacio personal, aislado a la injerencia de otros. De conformidad con dicha jurisprudencia, la intimidad personal es el *“área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”* (Sentencia de Constitucionalidad, 2005).

El artículo 15 constitucional extiende el derecho a la intimidad al ámbito de la correspondencia y otras formas de comunicación, advirtiendo al efecto que las mismas son inviolables y que su registro únicamente procede cuando existe orden de autoridad judicial, con las formalidades establecidas por la ley.

La doctrina constitucional reconoce que el derecho a la intimidad se manifiesta en diferentes aspectos de la vida humana. En términos generales, considera que cae dentro de la órbita de lo íntimo *“todo aquello que una persona reserva para sí y para su círculo familiar más cercano y que, en general, comparta unos fines que van desde la protección del domicilio hasta el propio secreto de las comunicaciones pasando por la intimidad personal y la específicamente individual”* (Mellado, 2003); aunque también entiende que se encuentra comprendida la reserva de la imagen, del nombre, la voz, la escritura, los acontecimientos personales, el pensamiento y sus expresiones

y, en general, todas aquellas que se refieran a la identidad personal; junto a las que debemos incluir también el secreto de la correspondencia, el secreto de los documentos, el domiciliario y el profesional.

El derecho a la intimidad implica la reserva del lugar de habitación, o del recinto privado en que se encuentre la persona, o las comunicaciones que la misma sostiene con otras personas. En este aspecto, es necesario tener en cuenta que, como lo dijo la Corte, *“el derecho a la intimidad de toda persona y de toda familia, protegido por la Constitución, que las autoridades deben respetar y hacer respetar según el precepto mencionado, comprende el ámbito reservado e inalienable al que aquéllas se acogen, con total independencia de la propiedad o administración del inmueble que las cobija, o del tiempo durante el cual permanezcan dentro de él, por lo cual no es menos susceptible de amparo constitucional la casa tomada en arriendo, la habitación de un inquilinato o el cuarto de un hotel, que la casa cuyo derecho de dominio puede demostrar quien la habita, o en la cual ha vivido por muchos años”* (Sentencia de Unificación, 2002)

Actualmente, la Corte Constitucional considera que la Interceptación de Comunicaciones puede producir una vulneración al derecho a la intimidad, si la misma se produce sin autorización de autoridad competente, debiendo esta ser decretada nula.

Adicional al hecho de que la prueba se obtenga con violación del derecho fundamental a la intimidad, encuentra la Corte Constitucional que la misma también puede llegar a violar las normas legales sobre aducción procesal de la prueba, vulneración que constitucionalmente resulta reprochable por haber sido producida sin intermediación de autoridad judicial competente. Lo anterior, hace que la prueba sea un elemento de convicción que torna irrito el proceso pues vulnera de las garantías procesales que imponen la autorización pertinente cuando quiera que se pretenda obtener información reservada, inscrita en la órbita de intimidad de una persona.

Así pues, por virtud de la violación del derecho a la intimidad, la prueba puede ser igualmente ilegal por violación de las normas que persiguen la inserción formal de la prueba en el proceso. Por ello, estas pruebas deben expulsadas del proceso penal.

De lo anterior, podemos concluir que el derecho a la intimidad es considerado por la Constitución y por la Corte Constitucional un derecho de ser susceptible de protección; sin embargo, el hecho de que la autorización de interceptación de comunicaciones, la cual permite que este derecho sea quebrantado, no la expida un juez de control de garantías, sino que el único requisito para iniciar con la interceptación sea una orden que expida un fiscal, representa una vulneración del derecho a la intimidad por parte del estado, de cara a los diversos tratados internacionales de Derechos Humanos que ya han sido estudiados.

Es por ello que se considera que si la interceptación de comunicaciones como acto de investigación, no cuenta con una autorización expedida por un juez de control de garantías que haya realizado un estudio de ponderación de los derechos que se contraponen en cada caso concreto, deben ser consideradas como nulas. ¿Qué hacer al respecto si el mismo legislador les otorgó la autonomía a los fiscales para expedir las órdenes de interceptación de comunicaciones, acaso puede un juez inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la regla 235 procesal y declarar nulo de pleno derecho el acto de intervención?

5. Exclusiones probatorias

La prueba obtenida con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o sin las formalidades legales esenciales, es objeto de la regla de exclusión o de prohibición probatoria, es decir, *“debería ser excluida material y jurídicamente del proceso. Igual suerte deberán correr las pruebas derivadas de una interceptación ilegal de comunicaciones*

privadas, pues nada se lograría si se renunciara a la prueba ilícita como evidencia, pero se aceptara como fuente de prueba. Con esta lógica, tal y como lo resalta Francisco Farfán Molina, “paradójicamente se estimularía la producción de prueba ilícita, pues ella constituiría el camino para practicar otras pruebas que permitan desvirtuar la presunción de inocencia” (Farfán Molina, 2008, pág. 233).

Uno de los aspectos más problemáticos que se presentan en el tema atinente a la regla de exclusión de la prueba ilícita es el relacionado con la proliferación de excepciones a su aplicación.

5.1. Exclusiones Probatorias en Colombia

En Colombia, no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad, además es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado. La Corte Constitucional ha establecido como regla inicial que la simple transgresión de las normas procesales que regulan la inclusión de pruebas en las diligencias no implica afectación del debido proceso. Estas irregularidades menores se refieren a la afectación de las formas propias de los juicios, pero dada su baja intensidad en la definición del conflicto, no quedan cobijadas por el inciso final del artículo 29 constitucional.

Ahora bien, este inciso establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento

penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas.

Esta regla 29 constitucional señala dos fuentes de exclusión de la prueba obtenida con violación del debido proceso y debe declararse nula de pleno derecho. La primera, se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda, guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado.

A través de la historia el legislador penal ha entendido que una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales hace daño a la actuación y lo ha dicho de diferentes formas.

En el Decreto 2700 de 1991, se planteó el rechazo de la prueba (artículo 250)⁵ y su consecuente exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308).

Posteriormente, vemos que en la ley 600 de 2000, el legislador plantea el rechazo de las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El legislador señala que el funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las pruebas que están legalmente prohibidas o sean ineficaces. (Artículo 235). Esto, en consonancia con el artículo 29 de la Constitución Política, el cual señala que la prueba obtenida con violación del debido proceso será nula.

Se señala que la ilegalidad de la prueba sólo conduce a la imposibilidad de su estimación en el fallo (vicio in iudicando) y no la del proceso (vicio in procedendo), dado que no existe una supeditación de actuaciones que deriven la validez de aquella, como para que justifique el retraimiento del proceso hasta su práctica.

⁵ el funcionario judicial “*rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.*” Artículo 250 del Decreto 2700 de 1991

Por último, en la ley 906 de 2004, el tratamiento que se da a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales está previsto en el principio 23 y la regla 455, que rezan que toda prueba obtenida con violación de garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, al igual que las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad. Ahora, la cuestión de si la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida.

El Tribunal Constitucional ha postulado acerca de la *regla de exclusión en materia probatoria*, que (i) no toda irregularidad en el decreto, práctica y valoración probatoria, implica automáticamente afectación del debido proceso; (ii) la existencia de una prueba con violación del debido proceso no conlleva la nulidad de todo el proceso judicial, sino que la consecuencia procesal es limitada, en tanto la prueba deberá ser excluida y (iii) en caso de que la prueba ilícita que reposa en el proceso sea determinante para la decisión del juez, no queda más remedio que declarar la nulidad de todo el proceso.

Esta postura ha sido acogida igualmente por la Corte Suprema de Justicia, a la hora de definir reglas de vinculación sobre la nulidad de las pruebas obtenidas al margen de los derechos, tal como se procede a exponer:

“la nulidad procesal con fundamento en prueba ilícita no opera en todos los casos. Así, la Corte Constitucional (Sentencia C-591 de 2005) ha dicho que pueden existir ciertas pruebas ilícitas que, más allá de la exclusión, generan como consecuencia la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales pruebas. A este género pertenecen las obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En tales eventos, como se advirtió en la sentencia de constitucionalidad citada, el vicio se transmite a todo el proceso, porque se desconocen fines esenciales del Estado, como son la realización de los derechos y garantías del individuo.” (Sentencia de Casación, 2012)

En el mismo sentido, ha reiterado las líneas de definición vinculante para los estados parte que la fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que promover procesos judiciales sin las debidas garantías, “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”.

Sin lugar a dudas, resulta inadmisibile que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones. Por las anteriores razones, la Corte declaró exequible, por el cargo analizado, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. (Fierro-Mendez, 2009, pág. 56)

Frente al tratamiento que debe darse a la prueba ilícita, la Corte Suprema de Justicia ha trazado la siguiente ruta de interpretación:

“La regla general de exclusión está prevista en el artículo 29 de la Constitución Política cuando dispone que: “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal. La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.

Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, reitera la Corte que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen “nulos de pleno derecho” y que, de consecuencia, dichos resultados de “inexistencia jurídica” de igual se transmiten

a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional, las “inexistencias jurídicas” no pueden dar lugar a “reflejos de existencias jurídicas”.

En efecto: si de acuerdo a los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias.

Lo anterior permite afirmar categóricamente que el marco constitucional y legal imperante edifica una garantía de lo debido probatorio y que por ende su respeto o violaciones probadas, inciden y se constituyen en presupuesto de legalidad de las evidencias físicas, objeto de presentación tanto en la audiencia preparatoria como en el juicio oral⁶.

En conclusión: Si los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la prueba practicada en el juicio oral no soportan los juicios de constitucionalidad y

⁶ En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de mayo de 2009, radicación 31127. En esta decisión se recuerda que una prueba ilícita ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente. Y la prueba ilegal también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio.

legalidad, porque, por ejemplo, se violaron flagrantemente las reglas que regulan la cadena de custodia, irremediablemente deben ser excluidas del proceso.” (Sentencia de Casación, 2009)

En otros entornos, la difícil tensión entre garantismo y eficacia, conduce a delinear numerosas excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y a la inadmisibilidad de la prueba de referencia, permitiendo que la presunción de inocencia se desvirtúe en contextos que no son completamente ajenos a la afectación de derechos fundamentales y a la limitación de los deberes y los principios probatorios del juicio.

DOCTRINA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE

La doctrina de la fuente independiente, como excepción a la regla de exclusión probatoria, *“se aplica en eventos donde la evidencia se ha obtenido por un medio distinto y separado de la obtención ilegal, es decir, se trata de aquellos casos en los que para la demostración de un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que exista entre ellos vínculo alguno”*. El problema se circunscribe entonces a definir si existe o no conexión entre las evidencias maculadas y las evidencias limpias, es decir, vínculos causales entre evidencias ilegales y evidencias legalmente obtenidas, que se asumen por la dogmática procesal bajo la denominación de descontaminación del fruto.

La ley 906 de 2004 establece que *“para determinar si una prueba es derivada de una prueba ilícita (como en el caso de una intervención telefónica que vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones), y si respecto de ellas opera el mandato de exclusión jurídica y material, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, y los demás que establezca la ley.”* (Congreso de Colombia, 2004). De

acuerdo con esto la ley pule esos criterios y, además, consagra una reserva legal para la configuración de otros criterios adicionales.

Los criterios para determinar si se está o no en presencia de una prueba derivada ilícita, han sido diseñados por la jurisprudencia comparada, y en especial por la norteamericana. La sentencia SU -159 de 2002, de la Corte Constitucional Colombiana, enuncia y desarrolla el criterio de fuente independiente: según la doctrina de la fuente independiente, la prueba que supuestamente proviene de una prueba primaria ilícita, es admisible, si se demuestra que la evidencia derivada se obtuvo por un medio legal independiente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita. (Sentencia de Unificación, 2002)

EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

La excepción del descubrimiento inevitable se aplica cuando la fiscalía demuestra que la prueba derivada de la prueba primaria ilícita, de todos modos habría sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original deba ser excluida.

En el caso de la fuente independiente se entiende que existe una fuente de información alterna pero legal por medio de la cual se pudo haber obtenido la prueba; en el caso del descubrimiento inevitable la situación opera en forma similar, pero se requiere más que una fuente independiente, esto es, una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente hubiese llegado a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada. Por esa razón a la doctrina del descubrimiento inevitable también se le conoce con el nombre de “extensión conceptual” de la regla de la fuente independiente.

Así, mientras en el caso de la fuente independiente existe un cotejo entre dos fuentes con respecto a un hecho, en el descubrimiento inevitable lo que realmente existe es un cotejo entre una fuente ilegal y un camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llegado a la misma conclusión. En consecuencia se trata de una construcción en la que juega profundamente la especulación, lo que ha obligado a la jurisprudencia a afinar el análisis con vistas a su aplicación objetiva.

La mayoría de los casos en los que se ha empleado el descubrimiento inevitable corresponden a ejemplos en los cuales la conducta ilegal de los agentes de investigación penal ocurre cuando ya existe una indagación en progreso, que permitiría a través de un procedimiento de rutina obtenerla evidencia.

Se trata pues, de algo similar a la «fuente independiente», pero basada en un juicio hipotético, según el cual era probable encontrar la evidencia en desarrollo de la investigación en curso, y siempre que la policía hubiere actuado de buena fe, pues de otra forma no puede darse el efecto disuasorio propio de la admisión de estas pruebas derivadas. (Sentencia de Unificación, 2002)

EL VÍNCULO ATENUADO.

La tercera excepción a la exclusión de la prueba ilícita que ha diseñado la jurisprudencia, especialmente en los países anglosajones, se denomina “doctrina del vínculo atenuado”. El análisis de la mencionada doctrina se remonta a la decisión *Nardone vs Estados Unidos*, que adoptó la Corte Suprema de ese país, en 1939. El núcleo del problema en el caso concreto se centra en la introducción al proceso de un testimonio descubierto como resultado de una interceptación

telefónica ilegal, y por tanto el problema a solucionar en la Corte se refería a si los frutos indirectos de la intervención ilegítima, podían ser valorados, aun existiendo la prohibición federal de interceptar comunicaciones sin autorización judicial.

En el referido caso la Corte Suprema de los Estados Unidos advierte que en algunos eventos el vínculo o relación causal entre la prueba ilegalmente obtenida y otras aducidas al proceso, puede ser atenuado como para disipar la mancha. Concretamente la Corte estima que la confesión, en la hipótesis fáctica bajo estudio, fue posterior a la interceptación ilegal y absolutamente voluntaria, pues el acusado fue por sus propios medios a la policía. Para reconocer la noción de «atenuación» es necesario que la fiscalía demuestre que no ha explotado en su favor el error de la policía en la práctica de la prueba ilegal, y como segundo elemento, que exista un acto libre de intervención de un acusado que declara, a pesar de la contradicción de una ilegalidad anterior. (Nardone VS. United States, 1939)

Esta teoría se considera acorde con todo el sistema procesal Constitucional, pues la existencia de una desconexión causal entre los hechos origen de la ilicitud y las evidencias encontradas, es razón suficiente para que el juez acepte ponderarlas, y puedan constituirse como pruebas de cargo, ya que ellas en sí mismas consideradas carecen de ilicitud alguna.

5.2. Condiciones de aplicación de la regla de exclusión en Colombia

La sanción constitucional contenida en el inciso final del artículo 29, opera “de pleno derecho” y cobija a cualquier prueba. Por eso es una regla general. No obstante, su aplicación no es sencilla ni mecánica. Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso

que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes cuatro consideraciones:

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida.

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia.

En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal.

Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

La exclusión de pruebas ilícitas puede cumplir varias funciones, entre las que se destacan cinco: a) *función disuasiva* de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) *función protectora* de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) *función garante* del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) *función aseguradora* de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) *función reparadora* de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto.

Luego de estudiado el tratamiento de pruebas ilícitas en Colombia, resulta pertinente analizar el tratamiento que las mismas reciben en algunos países de los sistemas que han marcado gran influencia en el derecho del Estado; toda vez que, como vimos anteriormente, la Corte Constitucional se ha apoyado en los conceptos que han sido desarrollados por países como Estados Unidos y Alemania, uniéndose con la mentalidad que viene del sistema jurídico romano, adoptada por Colombia por tradición. Se hará un comparativo para determinar hasta qué punto la forma en la que se ha adoptado estas figuras, su tratamiento y las sanciones, se compadece con lo regulado en estos países de los diferentes sistemas jurídicos que se procederá a exponer, pues resulta conveniente estudiar el fundamento original de las pruebas ilícitas, para determinar el alcance real que se le debe dar en Colombia.

6. Exclusiones Probatorias en el Derecho Comparado

El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de

los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país.

Escoger una determinada estructura de derecho para ser referente de comparación, no significa admirar ciegamente lo que le distingue del Derecho nacional, ni adherirse a las tendencias o técnicas pretendidamente modernas, que aquél ofrece o imagina, pero la necesidad de estudiar los derechos extranjeros, sobre todo aquellos más próximos al nuestro, es una realidad para la doctrina, si quiere cumplir la función esencial que le está asignada: guiar a la jurisprudencia en el desarrollo y el perfeccionamiento del derecho.

La recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. El estudio del derecho comparado puede servir para varios propósitos, entre ellos encontramos que la comparación del propio sistema con otro permite examinar los principios del sistema legal nacional y, en consecuencia entenderlo mejor. Muchas de las disposiciones legales de un país tienen su fuente en las de otros países, o bien han inspirado la legislación de otras naciones. En ambos casos, las leyes, las resoluciones de los tribunales y las opiniones de los doctrinarios del país extranjero permiten comprender mejor el marco jurídico nacional.

Igualmente, el derecho comparado permite analizar la tendencia de ciertos valores, particularmente en el campo de los Derechos Humanos, al afirmarse en el nivel trasnacional como la convención europea, africana y americana de Derechos Humanos.

Para los efectos de este trabajo de investigación, se tendrán como base de comparación las familias jurídicas de tradición anglosajona, de tradición romana y de tradición germana; toda vez

que son las familias más cercanas al sistema jurídico colombiano.

A pesar de que se quisiera abarcar todos los sistemas jurídicos pertenecientes a estas familias, en razón del número de sistemas jurídicos que existen en el mundo es casi imposible estudiar y comparar a todos. Es importante recordar que un sistema jurídico es el conjunto de leyes, costumbres, jurisprudencia de derecho positivo que rige una determinada colectividad.

La comparación puede referirse a ordenamientos contemplados en su conjunto (macro-comparación) o a sectores o institutos concretos (micro-comparación). Esta técnica, consiste en una operación lógica que supone el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinados la consideración de los datos obtenidos, su contraste y una síntesis de la que emerge una valoración crítica que contiene el juicio comparativo.

El presente trabajo de investigación centra su comparación en institutos concretos, propios del tema propuesto, esto es, la interceptación de comunicaciones como acto de investigación considerado como una herramienta que permite la vulneración de derechos fundamentales, así como las consecuencias o sanciones a la prueba que vulnere estos derechos. Buscando en algunos casos determinar si el tratamiento que se le da a esta figura en distintos sistemas jurídicos resulta menos vulneradora de garantías, develando posibles soluciones aplicables en el contexto Colombiano, y en otros casos, entender el origen de instituciones adoptadas en la regulación del estado que han sido traídas de diversos sistemas jurídicos, para entender el real alcance que debe tener la misma.

De cada familia jurídica, se traerán a colación sistemas que se consideren los mayores expositores de las instituciones, o los sistemas que tienen mayor afinidad al sistema jurídico colombiano.

6.1. Exclusiones probatorias en los países de tradición anglosajona

El Derecho anglosajón o *Common law*, es derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, es aquel utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica. “*En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066). Se llamó common (común) porque pasó a ser el Derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. En un sentido más amplio se habla de Common Law para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales.*” (Cartwright, 2007)

Es conocido también por ser el derecho creado por decisiones de los tribunales; en Inglaterra surgieron dos cuerpos de normas diferentes: el *common law*, y más tarde, el “equity”; y ambos fueron adoptados como base del derecho de los estados estadounidenses y se caracterizan por el hecho de que se fundamenta en el Derecho de carácter eminentemente jurisprudencial. De ahí el dicho comúnmente utilizado por los juristas anglosajones de *Remedies precede rights*, que podría traducirse por «la acción crea el derecho», y que hace referencia a que son las acciones o los procedimientos judiciales interpuestos antes los tribunales los que dan pie a las decisiones de los jueces que, a su vez, crean el Derecho. (Alcaraz Varó, 1998)

Dado que el sistema de Derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes; las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que

se espera que los tribunales las clarifiquen o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores, pero similares.

Por otro lado, existen interpretaciones judiciales que crean figuras jurídicas nuevas, lo que en un principio era la norma, pero hoy es la excepción. En la actualidad, es mucho más común que las leyes creen figuras completamente nuevas o que estandaricen y fijen las reglas anteriormente establecidas por las sentencias judiciales; este es el caso de la regla de exclusión.

Según la regla de exclusión en los países de tradición anglosajona, las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él. Sin embargo, dentro de estos países existe una diferencia importante. En Estados Unidos, a principios del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia sentó una regla general de exclusión que debe ser aplicada por la policía, los fiscales y los jueces (*Weeks VS. United States*, 1914)⁷, aunque con el paso del tiempo ha señalado que existen excepciones a la misma, cuya aplicación también corresponde a los mismos funcionarios, incluidos los jueces, según se verá más adelante. En cambio, en otros países de tradición anglosajona, como Canadá, Australia y Gran Bretaña, la regla de exclusión no sólo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla de exclusión imperativa puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar diversos factores.

La regla de exclusión, como vimos anteriormente, ha sido adoptada por el artículo 29 de nuestra constitución y desarrollada por la Corte Constitucional con base en lo descrito por las diferentes sentencias Norteamericanas, por lo que resulta acertado iniciar el análisis comparativo partiendo del desarrollo de la figura en Estados Unidos. País que por demás, ha sido en los últimos

⁷ El precedente frecuentemente citado para la regla general de exclusión es el caso *Weeks v. US* (1915) 232 US 383. En dicho caso el acusado fue arrestado sin orden judicial y luego su casa fue allanada también sin orden judicial. Los libros y documentos encontrados en su domicilio debieron ser excluidos, aun los que constituían pruebas pertinentes para incriminarlo.

años el referente del Sistema Penal en Colombia gracias al cumplimiento y desarrollo del “Plan Colombia”.

Estados Unidos

Ni la Constitución de Filadelfia, ni ninguna de sus enmiendas, consagran expresamente la regla de exclusión, por lo que siempre se dudó de la legitimidad de la Corte Suprema Federal para inferir, por vía de interpretación, una regla tan problemática como esa y no prevista expresamente por el constituyente. De allí que en ese sistema, los debates sobre la ilicitud probatoria y sus implicaciones, tengan como punto de partida la discutida índole constitucional de esa regla y que, una vez que la doctrina sobre el alcance de la exclusión probatoria lograra su punto más alto y, por lo mismo, arreciaran las críticas contra la Corte Suprema, al punto que el Congreso aprobara una ley que derogaba la doctrina fijada en *Miranda vs. Arizona* y que la Corte la declarara inconstitucional, se haya iniciado una línea jurisprudencial claramente regresiva (Urbano Martínez, 2014, pág. 160)

La Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos se basa en el balance de intereses, entre la protección de los derechos fundamentales y la actuación del estado, orientada a la investigación y sanción de las conductas punibles:

“No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de las personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros, detenciones e incautaciones irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento sino en virtud de causa probable, apoyado en juramento o afirmación, que describa particularmente el lugar que ha registrado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas” (Delegados de la Convención de Filadelfia, 1788)

En estados Unidos existen unas excepción a la aplicación de la exclusionary rule, una de ellas está basada en el hecho de que el funcionario policial al realizar el acto ilícito, para obtener la prueba, creía que actuaba dentro de la ley, obrando de buena fe. Quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellas actuaciones dolosas. Esta postura es una consecuencia que deriva de pensar que la exclusionary rule tiene una finalidad disuasoria (deterrent effect), que consiste en prevenir las actuaciones ilícitas, es decir, la razón de ser de la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas es disuadir a los agentes de policía de emplear métodos ilegales en la obtención de pruebas.

Las otras excepciones que ha desarrollado la Corte Suprema, se encuentran las de legitimación procesal, en virtud de las cuales un acusado sólo puede oponerse a la presentación de pruebas ilícitas en un juicio sólo si sus propios derechos constitucionales han sido vulnerados; la fuente independiente, en referencia a las pruebas obtenidas por un medio independiente al acto ilegal original; el descubrimiento inevitable fruto de otras líneas de investigación de las autoridades policiales; la buena fe con que puede actuar la policía cuando cree que está amparada en una orden judicial válida; el uso de la prueba ilícita cuando se trata de establecer la falta de credibilidad de un testigo y la permisión de su uso en procesos no penales.

En Estados Unidos la regla general es que la exclusión de la prueba primaria también se extiende a la prueba derivada. Dicha regla es sustentada en un precedente de 1920 en el cual se concluyó, que no era posible emitir una orden perentoria (*sub poena*) para que por una vía legal posterior sean entregadas a un gran jurado piezas probatorias (libros y documentos de la compañía) que ya habían sido incautadas de manera ilícita (Silverthorne Lumber Co. VS United States, 1920).

En dicho fallo la Corte sentó la regla general, invocando la Cuarta Enmienda: *“La esencia de una disposición que prohíbe la obtención de evidencia por cierta vía es no sólo que la evidencia así obtenida no sea usada ante una corte, sino que no sea usada de ninguna manera”*. A esta regla general le agregó, en el mismo fallo la excepción de la fuente independiente: *“Obviamente lo anterior no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento sobre ellos es ganado a partir de una fuente independiente tales hechos pueden ser probados como cualquiera otro (...)”* (Olmstead VS. United States, 1928). El alcance de esta regla era limitado dado el contexto constitucional en que fue adoptada. De ahí que en un caso fallado ocho años después, la Corte no haya excluido una grabación telefónica interceptada por agentes del Estado sin orden judicial previa, dado que no había sido practicado ningún allanamiento ni incautación, sino que la evidencia había sido obtenida gracias al sentido del oído sin invadir la casa o la oficina de los sindicatos.

A finales de los años treinta, se dio un paso mayor al extender la regla de exclusión no solo a las interceptaciones ilícitas de conversaciones privadas –prueba primaria–, sino también a la incautación de piezas como consecuencia de la grabación –prueba derivada. En dicho fallo, se empleó la célebre frase “fruto del árbol envenenado.” (Nardone VS. United States, 1939). La expresión aparece precisamente cuando la Corte introduce una excepción adicional a la regla de exclusión de las pruebas derivadas, llamada la excepción de la atenuación. Dijo la Corte *“en la práctica esta regla general puede ocultar complejidades concretas. Argumentos sofisticados pueden llegar a demostrar una conexión entre información obtenida a través de una interceptación ilícita y la prueba presentada por el Gobierno. Sin embargo, el sentido común puede indicar que dicha conexión se ha vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada. La carga, claro, recae primero sobre el acusado de demostrar a la corte del juicio de manera satisfactoria*

para ella, que la grabación fue ilícitamente empleada. Después de demostrar eso –como plenamente sucedió en este caso– el juez de la causa debe dar una oportunidad, así sea restringida, al acusado de demostrar que una porción sustancial del caso en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Ello deja al Gobierno una amplia oportunidad de convencer a la corte del juicio de que la prueba por él aportada tuvo un origen independiente”. (Nardone VS. United States, 1939)

La tercera excepción a la regla de exclusión de la prueba derivada es la del descubrimiento inevitable, es decir, que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía. Así, la Corte Suprema estadounidense no excluyó como prueba un cadáver ubicado gracias a que el sospechoso contó donde estaba el cuerpo en una confesión extraída sin presencia de su abogado. La Corte advirtió que ya había 200 voluntarios rastreando la región donde este fue encontrado, lo cual hacía inevitable su descubrimiento. (Nix v. Williams VS. United States, 1984)

La anterior línea jurisprudencial ha sido adoptada por varios sistemas procesales modernos, en los cuales se opta no sólo por excluir la prueba ilícita en sí, sino también la que es consecuencia de ella. *“Es lo que se conoce en el derecho anglosajón como la teoría de los «frutos del árbol envenenado», en virtud de la cual la ilicitud se traslada de la prueba ilícita a aquellas pruebas que son su fruto. Sin embargo, existen muchos casos en los cuales la prueba derivada ilícita no está estrechamente ligada a la prueba prohibida”,* y por ello se considera independiente; el nexo entre una y otra es atenuando, o la prueba derivada se habría obtenido, de manera inexorable, a través de medios lícitos (descubrimiento inevitable), y otros eventos en los cuales no es posible desconocer la evidencia física sobre la comisión de un delito que se obtiene como consecuencia de una interceptación de comunicaciones ilegalmente practicada (pruebas objetivas).

Para determinar cuándo se rompe el nexo causal o directo entre la prueba originalmente ilegal y la prueba de cargo derivada de esa, la Jurisprudencia Norteamericana ha establecido tres criterios: *“por un lado, el factor temporal, es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente. Por otro, la intencionalidad del agente o Juez, y el efecto disuasorio que sobre él podría tener la inadmisión de la prueba; y por último, la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza de la ilicitud, es decir, el resultado”*. (Farfán Molina, 2008, pág. 267)

Ahora bien, dentro del marco del sistema penal acusatorio en Colombia, existen diferentes normas de carácter constitucional y procesal que contienen un mandato de exclusión de las pruebas ilícitas obtenidas por fuera del debido proceso y todas aquellas vulneradoras de las garantías fundamentales del presunto penalmente responsable de una conducta penal. Herramientas jurídicas que permiten a los sujetos procesales solicitar la nulidad o exclusión de la prueba, sino, revisten de legalidad o licitud esperada por la Constitución y la Ley

Según la Corte Constitucional, la legalidad que compromete el debido proceso se aprecia en la violación de las normas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que busca impedir que se tomen decisiones arbitrarias o cuando se han desconocido formalidades esenciales que aseguren la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real del proceso penal. Desde este punto de vista el mandato constitucional de exclusión no se aplican frente a las irregularidades menores o a los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar principios y derechos constitucionales. (Sentencia de Unificación, 2002)

A partir de la sentencia C-591 de 2005 la Corte Constitucional, por medio de la cual la corporación analizó la constitucionalidad de algunas normas del sistema penal diseñado en la Ley

906 de 2004, se empieza a adoptar los lineamientos expuestos por las diferentes sentencias del Sistema norteamericano, dentro de las cuales se encuentran las referentes al modelo de exclusión de pruebas ilícitas y sus excepciones.

Dando una aparente claridad de lo que se debe entender al tenor del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, norma que menciona que para efectos del artículo 23 de la misma Ley “...se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley...”.

En esta sentencia se determina los alcances de tales criterios de acuerdo a lo reglado por la Jurisprudencia Estadounidense, a saber:

“Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible (Nix C. Williams VS. United States, 1984) atendiendo el principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2005)

En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada (Teoría desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos y adoptada por la Corte Constitucional en Colombia), presenta

algunas excepciones: *doctrina de la atenuación*, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la *doctrina de la fuente independiente*, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la *doctrina del descubrimiento inevitable*, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y la *doctrina del acto de voluntad libre*, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada.

6.2. Exclusiones Probatorias en los países de tradición Romano-Germánica

El Sistema Jurídico romano-germánico nace en las universidades italianas, especialmente en la de Bolonia, cuando a finales del siglo XI, se da el redescubrimiento del Derecho Romano del Corpus Iuris Civilis, que se encontraba en unos libros que el emperador del oriente Justiniano había mandado a realizar en el siglo VI, iniciándose así su recepción en Europa occidental y su estudio e interpretación.

El derecho del corpus iuris civilis junto con el derecho canónico y algunos elementos de los derechos de los pueblos germánicos que a la caída de roma, ocuparon los territorios del imperio romano occidental, conformó un derecho de aplicación general, el ius comune, que estuvo vigente en la mayoría de los países europeos hasta que fue sustituido por un sistema de códigos.

Este sistema también es conocido con el nombre de *Sistema Continental*. Tiene su origen en los países de la Europa occidental que conformaron parte del Imperio Romano.

En la familia jurídica romano-germánica el derecho positivo o legislación, prima sobre otras fuentes del derecho. (David, 2007)

En la actualidad, la familia del derecho romano-germánico se encuentra diseminada en el mundo entero; rebasó con generosidad las fronteras del antiguo Imperio romano y conquistó entre otros los países de toda América Latina. Esa expansión obedeció en parte a la colonización y en parte a que la recepción fue facilitada por la técnica jurídica de la codificación, técnica generalmente adoptada por los sistemas de derecho romanistas en el siglo XIX. (García Moran, 2005)

Al ser Colombia parte del sistema Romano-Germánico, es apenas lógico recurrir a la aplicación de la figura de exclusión probatoria en los países que generan tendencia dentro de este sistema, que no son otros que Italia, España y Alemania; ello con el fin de determinar qué tan contraria resulta esta figura en comparación con la aplicada en Colombia, la cual fue adoptada del sistema estadounidense, como se vio anteriormente.

Esta familia romano-germánica, se puede subdividir en familia jurídica de tradición Romana y familia jurídica de tradición germánica, que se diferencian en la pureza de cada familia. En esta investigación, por motivos académicos, se subdividirán esta familia.

6.2.1. Exclusiones probatorias en los países de tradición romana

Están los países de tradición romana, como Italia y Francia, donde las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de nulidades. En Francia, por ejemplo, se ha establecido un sistema de nulidades específicas basado en la legislación. Sin embargo, la base puede ser explícita y específica, evento en el cual se habla de nulidades textuales, o puede ser la

violación de una formalidad sustancial prevista en las disposiciones de procedimiento, evento en el cual se habla de nulidades sustanciales. En uno y otro caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida. En Italia, la nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio (artículo 191) y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado ni exceptúa las irregularidades menores, por lo cual se considera que el régimen italiano es el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas. El concepto empleado es el de la “inutilisabilidad” de la prueba que esteriliza los efectos de estas pruebas porque el juez no puede aprovechar los resultados logrados *contra legem* (Corso, 1992, pág. 233). Dado el grado de severidad de esta regla general, la misma ley exige que el juez justifique de manera expresa por qué no se fundó en cada prueba identificada como irregular (artículo 546).

En todo caso, la medida debe recaer sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, y afectará tanto a los titulares de los teléfonos como a sus usuarios habituales, *“siendo consciente el juez que ésta se extiende a todos los que utilicen la línea telefónica, pues resultaría imposible adivinar quienes serán los familiares o conocidos que pudieran llamar al abonado telefónico que se pretende someter a observación”*.

España

En la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional Español se ha construido también una línea de interpretación, con base en la excepción de buena fe, como forma de lograr la desconexión entre pruebas afectadas en su legalidad y otras obtenidas por las autoridades de policía judicial a través de ellas.

SOBRE EL VÍNCULO ATENUADO

Todo esto parece responder, en la jurisprudencia Española, a una opción de política criminal sin consonancia con las exigencias constitucionales, condicionando la validez de la prueba en cuestión a aspectos que, en puridad, son ajenos al proceso, lo que implica un riesgo de vulneración de garantías mínimas, que se suma a la imprecisión legal existente en materia de restricción de derechos. (Farfán Molina, *La Interceptación de Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal y Disciplinario*, 2008)

Excepciones a la prohibición de valoración *La denominada excepción de la buena fe*

Desde la perspectiva del modelo continental europeo, dicha excepción resulta, prima facie, inadmisibile, pues la regla de exclusión se configura como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente que ostentan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables.

Esta era la doctrina contenida en la mencionada S.T.C. 114/1994 cuando proclamaba la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatoria de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución. Un ejemplo del rechazo de la buena fe lo encontramos en la S.T.S. de 10 febrero 1995 (R.Ar. 814), en un supuesto en que la carta que contenía la droga había sido abierta por una persona que había actuado de buena fe en la creencia errónea que iba dirigida a ella. Y que al comprobar que contenía veinte gramos y medio de cocaína la hizo llegar a la Guardia Civil. Según el T.S. *“Aquí la intervención de la droga contenida en el sobre ha de producir nulos efectos pues se prescindió total y absolutamente de normas esenciales del proceso, con lo cual resultó patente aquella vulneración. Ahora el contenido de la carta formó parte del acervo probatorio de manera irregular. Por las*

razones que fueren. La carga fue recogida y abierta por quien se creyó su destinatario, error que si puede ser disculpable desde el punto de vista penal, no impide en cambio la infracción del derecho al acusado atinente. Lo decisivo es señalar que la recepción de la cocaína se hizo sin la garantía legal que la presencia del interesado o del propio Juez, cuando la apertura de la carta, comportan. No se trata de desconfianza en cuanto a la labor vigilante del Benemérito instituto sino de velar por la escrupulosidad de toda aquella actividad, incluso judicial, que suponga una merma de los derechos constitucionales".

En este punto concreto el artículo 579 de la ley Española de Enjuiciamiento criminal distingue entre “*intervención de comunicaciones*” y “*observación de comunicaciones*”. Esta (observación), se acuerda mediante resolución judicial motivada, cuando existan indicios de responsabilidad criminal sobre personas determinadas, y los abonados telefónicos de los que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, son objeto de la medida restrictiva. En cambio, la intervención de comunicaciones telefónicas, es ordenada por el Juez cuando «hubieren indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa. Es decir, que pueden ser «intervenidas» las comunicaciones del procesado y «observadas» las que sostengan las personas sobre las que existan indicios de criminalidad, o en las que intervenga una persona de la que se sirve el delincuente para la realización de sus fines”. (Farfán Molina, 2008, págs. 40-41)

En tal contexto, el Profesor López Barja de Quiroga, sostiene que «la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, para llegar a conocerlas, mientras que el término «observación» ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, de la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto. Así, resulta congruente

que para una limitación de menor alcance (observación), no se exija que se trate de las comunicaciones de una persona procesada, mientras que para intervenir, en el sentido de conocer el contenido de la comunicación, es necesario que haya recaído el procesamiento sobre el afectado con la medida, lo cual supone una causa penal en tramitación. (Farfán Molina, 2008, págs. 80-81)

Italia.

La inutilizzabilità de las pruebas ilícitas: significado y efectos

La doctrina italiana viene utilizando el concepto de *inutilizzabilità* para referirse a la consecuencia jurídica (*sanzione processuale*) que deriva de la infracción de las prohibiciones legales en la obtención de la prueba, consistente en su ineficacia. Dicho término ha sido plasmado normativamente en el actual artículo 191 del Codice di Procedure Penale de 1988 según el cual:

- “1. *Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*
2. *L'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.*

La *inutilizzabilità* de la prueba ilícita, como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba ilícita despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión del medio de prueba y en el momento de su valoración o apreciación judicial. Se impone, por tanto, un examen por separado de cada uno de estos dos efectos.

Es preferible quizás hablar de “inutilizabilidad” de la prueba ilícita, es decir, de prohibición de admisión o prohibición de valoración de la misma, cuya consecuencia es la privación de eficacia probatoria, que de nulidad. La ilicitud de la prueba y a nulidad de los actos procesales operaría en ámbitos diferentes. El T.S. está asumiendo esta nueva terminología para referirse a las pruebas ilícitas, prescindiendo del término nulidad de las pruebas por su inadecuación.

***Inutiliaabiltá* como prohibición de admisión de la prueba**

Aunque en nuestra práctica forense existe una tendencia generalizada a diferir el análisis de la ilicitud o ilicitud de la prueba al momento de dictar sentencia, nada impide que el órgano judicial rechace en el trámite de admisión o inadmisión aquellas pruebas obtenidas ilícitamente. SILVA MELERO afirmaba que *“cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y. caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta”*. La ilicitud debe motivar, por tanto, no solo la inapreciabilidad de la prueba por el órgano Judicial sentenciador sino, también, su inadmisibilidad procesal.

La expresión *“no sufrirán efecto”* que utiliza el artículo 11.1 L.O.P.J. no significa, en nuestra opinión, que se haga referencia exclusivamente al momento de la valoración o apreciación de la prueba, sino que comprende también el momento procesal de su admisión. En este sentido, LOPEZ BARJA DE QUIROGA nos dice que precisamente la mejor forma de conseguir que esas pruebas no surtan efecto es impidiendo que entren en la causa, y si han sido incorporadas a la misma, forzando que salgan de ella, es decir, procediendo a su exclusión material.

Para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento, de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tomada en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El Juez o Tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia. La prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida.

6.2.2. Exclusiones probatorias en los países de tradición germánica

En tercer lugar, están Alemania y los países que siguen la tradición germánica, como Suiza, donde no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes (Delmas-Marty, 1995, pág. 526)⁸.

Los cambios tecnológicos suelen alterar presunciones largamente establecidas sobre el alcance de determinados derechos. La privacidad, sin duda, es el derecho que más tensiones enfrenta en el entorno digital. A pesar de esto, en la regulación y en la jurisprudencia subsisten lagunas sobre cómo la tecnología impacta el ejercicio de derechos fundamentales. (Cortés Castillo, 2014, pág. 10)

Alemania

Dentro de las leyes o códigos alemanes, no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes.

⁸ En Alemania se distingue para estos efectos entre la prohibición de obtener la prueba (*Beweiserhebungsverbot*) y la prohibición de utilizarla en el proceso (*Beweiserwertungsverbot*). Así, la muestra de sangre obtenida ilegalmente por una persona que no es médico, puede ser utilizada como prueba.

En este ordenamiento jurídico, se otorga un peso primordial al interés público, con miras a evitar la impunidad de delitos graves en desmedro de la verdad real.

En Alemania pesa mucho más el fin de lograr que se haga justicia a partir de la verdad real en el caso concreto en el cual se incorporó una prueba inconstitucional o ilícita. Más que la función disuasiva hacia el futuro de la exclusión de ciertas pruebas, lo que cuenta es que en el caso presente se realicen cabalmente los principios e intereses públicos indispensables para que se haga justicia. Así, en Alemania es más difícil que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad a raíz de la obtención inconstitucional de la prueba que lo incrimina.

“En Alemania, el tratamiento diverso dado a los dos casos relativos a los diarios obtenidos de manera inconstitucional se debe a que la exclusión de pruebas viciadas no es inevitable sino el resultado de un método de ponderación que se aplica caso por caso. Dicho método busca determinar en una primera etapa si la prueba cuestionada representaría una afectación de la garantía esencial de los derechos fundamentales. En caso afirmativo, la prueba viciada es excluida. En caso negativo, que es la conclusión más frecuente, se pasa a la segunda etapa del análisis en la cual se introduce un método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual incluye los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio lleva a que la afectación de los derechos fundamentales sólo sea lícita cuando ella se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (subprincipio de adecuación), las autoridades no disponen de otros medios igualmente efectivos pero menos lesivos de los derechos de la persona (subprincipio de necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a

la importancia de los fines de la persecución penal (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto). Los factores ponderados son múltiples: la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real. Por eso, volviendo a los dos casos sobre los diarios como medio viciado de prueba, en el caso del perjurio –un delito menos grave que el homicidio– el diario fue excluido mientras que en el caso de la tentativa de homicidio –un delito que compromete el derecho a la vida– el diario fue admitido a pesar del vicio del cual padecía como prueba.” (Sentencia de Unificación, 2002)

Tal y como se señala en la sentencia SU-159 de 2002, la Constitución Política en su artículo 29 no consagra excepciones a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación al debido proceso, esto quiere decir que son nulas de pleno derecho tanto las pruebas obtenidas en desmedro del proceso constitucional y legalmente establecido, como aquellas que de estas se desprendan, lo que dio pie al análisis realizado por la Corte Constitucional, mediante el cual analiza la figura de exclusión probatoria en el modelo Alemán y estadounidense, optando por el último y acogiendo las reglas y excepciones que de la figura se ha desarrollado por medio de la jurisprudencia de la Supreme Court of the United States. Comienza la Corte a adherirse a la tradición angloamericana de tratamiento de la prueba ilícita, asumiendo como fines de la norma constitucional los efectos *disciplinantes o preventivos - deferrent effect-* que esta tiene sobre sujetos públicos y privados, para desalentar la actividad de persecución penal contraria a los principios constitucionales; esta se considera la tesis dominante que ha asumido la Corte Suprema de los EE. UU sobre la regla de exclusión.

Aunque la ponderación no es el método de aplicación de la exclusión en todos los casos en el derecho alemán; la Corte asume que el sistema angloamericano se presta de manera más efectiva a la exclusión de la prueba ilícita.

Junto a estas grandes diferencias entre los enfoques alemán y estadounidense sobre la función de la exclusión de las pruebas viciadas y sobre la forma como se decide si una evidencia debe o no ser excluida de un proceso, hay otras significativas. Así, Estados Unidos es más favorable a la exclusión de pruebas viciadas que Alemania porque está dispuesto a sacrificar la verdad real y la justicia en el caso presente y porque el juez carece de discrecionalidad para dejar de excluir una prueba que según las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia debe ser excluida; razón por la cual la Corte Constitucional decide adoptar estas reglas.

7. Prohibiciones probatorias y derecho penal del enemigo

La política criminal en la actualidad se “mueve” en dos velocidades: una caracterizada por el mantenimiento de un núcleo duro del derecho penal democrático, que responde al binomio garantías-pena privativa de la libertad y otra que remueve las primeras, pero sustituye la segunda por medidas de carácter pecuniario y, en consecuencia, flexibiliza las garantías; para entender, finalmente, que el Derecho penal del enemigo sería una tercera velocidad, en la que se mantiene la pena privativa de la libertad y se flexibilizan o anulan las garantías, entonces, lo que se está identificando como derecho penal del enemigo no es ya una versión drástica o endurecida del Derecho penal, como lo entendió Jakobs, en 1985, sino la pura negación del Derecho es decir que

la tercera velocidad de la política criminal consistiría, simplemente, en una forma disfrazada de violencia estatal, caso en el cual sería correcta la conclusión de Cancio Meliá, al entender que *“el Derecho penal del enemigo es simplemente algo que no es Derecho y que no puede bajo ninguna circunstancia considerárselo como tal.”* (Meliá, 2006, pág. 13)

Lo fundamental viene a ser, que el Derecho penal del enemigo se basa en la distinción entre el ser humano, el individuo como concepto pre-jurídico y la *persona* como constructo normativo de la imputación jurídico-penal. Sólo cuando se construye “normativamente” a la persona en este sentido como destinataria de las normas penales, más concretamente: cuando la aplicación del Derecho penal del ciudadano se hace depender del reconocimiento como persona sólo resta al mero individuo como “no-persona” el Derecho penal del enemigo.

Ya estas premisas separan al Derecho penal del enemigo de un Derecho penal orientado hacia el ser humano y fundamentado en la dignidad humana, que es por el que en este trabajo se aboga.

Un Derecho penal *“cuyo carácter limitado o total depende de cuánto se tema al enemigo”, que “frente al enemigo (...) sólo sea coacción física, hasta la guerra”, y donde “todavía no existe acuerdo de que se trate de Derecho”, incluso hablándose de la “imposibilidad de una jurídica absoluta”, no puede ser un Derecho penal adecuado al ser humano. La distinción entre hombres “buenos” y “malos”, ciudadanos y enemigos, constituye una simplificación, cuyas consecuencias no son compatibles con la dignidad humana. A su vez, con dicha separación desaparece la influencia moderada del Derecho penal del ciudadano sobre el Derecho penal del enemigo.”* (Ambos, 2006, pág. 152)

Un aislado derecho penal del enemigo, no puede en ningún caso garantizar el Estado de derecho del restante derecho penal del ciudadano, puesto que la ajuridicidad, que sólo debía referirse a unos individuos aislados, no constituye un ámbito situado en las fronteras del Estado, sino que, obligatoriamente, recorre la totalidad del Estado y destruye el núcleo del Estado de derecho.

Al derecho penal del enemigo debe oponerse un derecho penal para todos los seres humanos, esto es, una concepción humanitaria del Derecho penal que parta del individuo y su inalienable dignidad humana. Un Derecho penal adecuado al ser humano percibe al hombre real “de carne y hueso” como un sujeto de imputación. Dispone de fundamentos jurídico-estatales y jurídico-constitucionales; sobre todo la dignidad humana y la libertad de la personalidad.

Sólo el reconocimiento de la individualidad del miembro de la sociedad puede garantizar “una corrección de la comprobación de construcciones abstractas sociales” (Balestena, 2006, pág. 35).

Dicho brevemente: los miembros de un sistema de Derecho penal basado en la dignidad humana son siempre sistemas con el estatus de ciudadanos en virtud de su propia existencia humana. El Derecho penal de ese sistema jurídico no conoce de enemigos y no tiene lugar alguno para la exclusión de algunos seres humanos. La ciencia jurídico-penal de ese sistema no tiene nada que ver con las “reglas del Derecho penal del enemigo”, sino que, “*mediante la investigación dogmática y la coparticipación de la política criminal se puede realizar una prestación a la libertad en el seno de una seguridad humanitaria*”. (Meliá, 2006, pág. 17)

Si se piensa en las leyes colombianas, las instituciones que las pronuncian, la realidad que regulan y el resultado que la actividad relativa a ello produce, la conclusión “oficial” es que las instituciones intervienen en los problemas de la sociedad y de las personas mediante la aplicación

de leyes; sin embargo, algo sale mal, ya que los conflictos no se resuelven igualmente para todos, no se los dirime con rapidez, y existe un ejercicio injusto y selectivo que se debe, como lo menciona Eduardo Balestena, básicamente *“a que las reformas con las cuales se busca perfeccionar el sistema nunca son lo suficientemente profundas, o que siempre existe otra agencia que aplica un criterio más conservador al de aquella que buscó una mayor flexibilidad”* (Balestena, 2006, pág. 23).

La actualidad de nuestro país nos lleva a que sea más importante castigar a quien comete un delito, que respetar los derechos que por naturaleza le son propios. Se aceptan actos de investigación como la interceptación de comunicaciones y gozan de inmunidad frente a las sanciones propias de la ilicitud, tales como la exclusión probatoria, a pesar de que violan los derechos fundamentales de los ciudadanos, con tal de tener seguridad ciudadana.

Se ve reflejada en el país, la teoría de la tolerancia cero, que es un enfoque de política de seguridad ciudadana que se basa en castigar severamente cualquier infracción legal sin importar la gravedad de la falta cometida, reduciendo al máximo el retardo entre la comisión del delito y la respuesta judicial. La tolerancia al delito es eliminada, por lo que no se tienen en cuenta circunstancias atenuantes a la hora de castigar delitos o faltas; permeado de un carácter puramente represivo, buscando la aplicación de la teoría de las ventanas rotas, la cual señala que mantener los entornos urbanos en buenas condiciones puede provocar una disminución del vandalismo y la reducción de las tasas de criminalidad; refiriéndose a limpiar las calles de las personas sucias, para evitar que la sociedad se siga ensuciando.

Este sistema altamente reprochable, encuentra uno de sus mayores obstáculos en que el sistema penal no se encuentra en condiciones de "graduar" las condenas a cada intensidad de delito, por lo que no se cumple el principio de progresividad en los castigos. Además, se pierde capacidad

para rehabilitar a los internos, ya que desde el momento que la política carcelaria aplica la tolerancia cero, instrumentos como los permisos carcelarios se pierden. (Kelling, 1982)

Respecto a la permisividad de la aplicación de actos de investigación que vulneran los derechos fundamentales, encontramos un ejemplo claro en la sentencia STC 81 del 2 de abril de 1998, frente a todas las excepciones a la prueba ilícita, el Tribunal Constitucional Español postuló una interesante y controvertida teoría integrada aplicable a los casos donde, aun existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente o medio de prueba obtenido.

Se concluye que, en la sociedad actual, estamos frente a modelos propios de Derecho penal del Enemigo, donde se hace necesario mantener en control a todos los ciudadanos a través de una especie de panóptico moderno, tolerado por la sociedad, quien es la que exige del estado resultados y se vuelve permisiva a la hora de no exigir la exclusión de pruebas peligrositas, pues se debe hacer todo lo necesario por mantener una sociedad limpia y segura.

CAPITULO III

¿QUÉ AMENAZAS REPRESENTAN LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES A LA EFICACIA DEL PROCESO PENAL?

*“La policía del pensamiento vigilaba
a la vez a todo el mundo, observaban
cada uno de sus pensamientos”*

Goerge Orwell

1984

El derecho a la privacidad no es un tema nuevo, el mismo ha sido discutido desde hace más de un siglo, cuando Samuel Warren y Louis Brandeis iniciaron un diálogo en Estados Unidos sobre la necesidad de un amplio derecho legal a la privacidad, que se percibía en la sociedad. En este diálogo advirtieron lo siguiente: *“Las fotografías instantáneas y la industria periodística han invadido los sagrados dominios de la vida privada y doméstica, y numerosos artefactos mecánicos amenazan con hacer efectiva la predicción de que ‘lo que se murmure en el armario se proclamará a los cuatro vientos,’*” (Warren and Brandeis, 1890).

Estos autores exponen con una validez actual la transformación que ha provocado en la vida de las personas la introducción de las nuevas tecnologías, llegando incluso a trastornar la vida y prácticas sociales al punto de amenazar valores morales y políticos, por ello provocaron el inicio de un nuevo movimiento dentro de la comunidad jurídica.

Dentro de los ejemplos claros que se exponen, se menciona la captura fotográfica, que permitía captar a distancia imágenes sin el permiso de las personas que aparecían en ellas, situación que en combinación con eficiente maquinaria de impresión, hacía posible publicar el bajo costo tales imágenes y esparcirlas ampliamente.

Un siglo después de haberse expuesto la problemática, ésta sigue creciendo con más avances tecnológicos. La privacidad ha sido el grito de guerra contra las tecnologías electrónicas digitales con base en computadoras, que han incrementado enormemente el poder de los seres humanos sobre la información. La capacidad de almacenar, reunir, compartir manipular, analizar y comunicar la información, de manera individual o colectiva es superior que la existente en cualquier época. (Nissenbaum, 2011, pág. 35).

Se convierte en una necesidad para los ordenamientos jurídicos, limitar las formas de afectación que venía sufriendo el derecho a la intimidad, así como buscar la forma de determinar cuándo otro derecho o principio prevalecía sobre la intimidad, permitiendo de alguna manera la restricción de este derecho fundamental. Es por ello que se acude a la ponderación como herramienta idónea para determinar la solución idónea a cada caso.

1.Ponderación de Derechos

El desarrollo del principio de proporcionalidad en el derecho constitucional alemán, así como en su recepción en otros ordenamientos, se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Subprincipios que pueden ser enunciados de la siguiente manera:

- ⌘ *“-Idoneidad: De acuerdo a este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.*
- ⌘ *-Necesidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.*
- ⌘ *-Proporcionalidad en sentido estricto: Lo reglado por este subprincipio dice que, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las*

ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.”

(Bernal Pulido, 2005, pág. 66)

La inobservancia de las exigencias de los subprincipios anteriormente enunciados en una intervención en los derechos fundamentales, se considera ilegítima y por ende, inconstitucional. Toda aplicación del principio de proporcionalidad lleva implícita una regla, la cual entiende que una medida del poder público que represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido, deba ser proporcional. Es decir, si la medida de intervención supera el test de los subprincipios de proporcionalidad, dicha medida será válida como una restricción del derecho correspondiente, *contrario sensu*, si la norma o la posición del derecho fundamental objeto de la intervención adquiere una validez definitiva, por lo que la ley que incide negativamente en el derecho debe ser declarada inconstitucional (Bernal Pulido, 2005, págs. 66-68).

Tal y como se afirma por parte de la doctrina:

“Todos los bienes jurídicos con relevancia constitucional merecen protección penal; que la hermenéutica de la ponderación puede ser útil para ampliar la responsabilidad penal a ámbitos legalmente no previstos; que la asignación de competencias contenida en la Constitución impide que desde el legislativo se controle la promoción, en el ejecutivo, de la tortura en la lucha contra el terrorismo; que las garantías procesales deben ceder ante las demandas de eficiencia de la justicia penal y que ello puede llevar incluso a la inversión de la carga de la prueba. Como se puede advertir, este uso del constitucionalismo va ligado a

la expansión de las instituciones punitivas y al sacrificio de la seguridad jurídica y del principio democrático y evidencia una tendencia a la reformulación del derecho penal autoritario pero ya no desde la ley sino desde la Constitución.” (Urbano Martínez, 2014, pág. 94)

Conforme a la explicación dada por Roxín, el principio de proporcionalidad es una manifestación del principio del Estado de Derecho en la Constitución alemana, muy relacionado con el principio de subsidiariedad.

Es por ello que la dogmática alemana propone un triple test, que llevaría a un completo análisis del principio de proporcionalidad, el cual se basa en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: por la regla de idoneidad se entiende que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, según el subprincipio de necesidad, entendido como ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas, para la consecución con igual eficacia, de la finalidad perseguida, y por el principio de proporcionalidad en sentido estricto, *“la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el Significado del derecho intervenido”*. (Castro Cuenca, 2009, pág. 151)

En Colombia se ha acogido el principio de ponderación como la herramienta que lleva a la correcta escogencia del derecho fundamental, que en cada caso concreto, debe primar sobre otro; toda vez que se presenta una colisión entre principios donde son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan dos normas incompatibles entre sí, que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. El profesor Carlos Bernal Pulido entiende el concepto de ponderación como la forma en que se aplican los principios jurídicos, esto es, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, entendidas como aquellas que determinan que la acción sea

realizada en la mayor medida de lo posible, dentro del plexo de conductas jurídicas y reales que existen.

Para desarrollar la premisa presentada, el Dr. Bernal Pulido señala la forma de resolver las incompatibilidades:

“La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

“Todo lo anterior muestra que la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para

fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.” (Bernal Pulido, 2003)

Lo anterior lleva a concluir que la forma en la que se resuelven las colisiones entre normas es la aplicación de un test de ponderación, que llevará a determinar la regla de prohibición de exceso para la solución del caso concreto.

2. Intimidad VS. Eficientismo Penal

Para poder entrar a ponderar estos conceptos, es importante entrar a precisar que se entiende por intimidad en Colombia, su núcleo esencial y los límites que le han sido asignados, así como la vulneración del mismo a través de la interceptación de comunicaciones, que es el acto de investigación por medio del cual la fiscalía logra obtener una prueba sólida y contundente contra un ciudadano dentro del proceso penal.

El artículo 15 de la Carta consagra el derecho fundamental a la intimidad al expresar:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho

a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privadas son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

En la Sentencia T-552 de 1997 se puso de manifiesto la concepción del Derecho a la Intimidad que tenía la Corte Constitucional:

“El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo, de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no esté dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Algunos tratadistas han definido este derecho como el “control sobre la información que nos conviene” de otros, como el “control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra-persona”. La Corte Constitucional, por su parte, (...) como “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas; del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.

Adicionalmente, puede decirse que el derecho “a la intimidad es un derecho disponible. Ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas”. (Sentencia de Tutela, 1997)

Como lo ha recogido este Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad ha sido definido como el espacio de personalidad de los sujetos que no puede llegar a ser por ningún motivo de dominio público, salvo su propia elección. En cuanto a su alcance se expuso:

“Este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones. Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal” (Sentencia de Constitucionalidad, 2012)

Tal y como se estudió en el capítulo I, ha señalado esta Corporación que la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Adicionalmente, ha señalado que es un derecho disponible, dado que ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros

optarían por mantener reservadas. Derecho que se manifiesta en diversos aspectos de la vida humana como en las relaciones familiares, las costumbres, la salud, el domicilio, las comunicaciones personales, los espacios para utilización de datos informáticos, las creencias religiosas, entre otros.

En este contexto, el contenido básico del derecho fundamental a la intimidad presupone la existencia y goce de un espacio reservado de cada individuo que se encuentra exento de la intervención o intromisiones arbitrarias del Estado y la sociedad. Por tanto, el ámbito de este derecho depende de los límites que se impongan a los demás, como exigencia básica de respeto y protección de la vida privada de una persona. La existencia del núcleo esencial de dicho derecho, exige que existan espacios medulares en donde la personalidad de los sujetos pueda extenderse en plena libertad, pues deben encontrarse excluidos del dominio público. En aquellos espacios la garantía de no ser observado (el derecho a ser dejado sólo) y de poder guardar silencio, se convierten en los pilares esenciales que permiten asegurar el goce efectivo del derecho a la intimidad.

2.1. Principios de la intimidad

Los principios que permiten delimitar el concepto de qué es lo público, para poder discernir el núcleo esencial del derecho a la intimidad, son básicamente cinco. Estos principios permiten mantener la intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la injerencia de las demás personas.

2.1.1. Principio de libertad.

De acuerdo a este principio, sólo podrán ser registrados o divulgados los datos personales de un individuo, con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito de su titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este caso se considera ilícita la obtención y divulgación de datos personales sin la autorización previa del titular.

2.1.2. Principio de finalidad

Es la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el texto constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte "de su interioridad en beneficio de la comunidad".

2.1.3 Principio de necesidad

La información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo.

2.1.4. Principio de veracidad

Exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos.

2.1.5. Principio de integridad

La información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados. (Fierro-Mendez, págs. 148-155)

Bajo estos supuestos, las intervenciones telefónicas deben realizarse bajo la supervisión y vigilancia judicial independiente y se recomienda que el titular de autorización siempre sean los tribunales y no la fiscalía.

El derecho a la intimidad no es absoluto pues cede *“cuando existe una orden de allanamiento fundada extendida por una autoridad judicial competente donde se establecen las razones de la medida adoptada y donde constan el lugar a allanarse y las cosas que serán objeto de secuestro”*. (Urbano Martínez, 2014, pág. 50)

Al igual que todos los demás derechos constitucionales fundamentales, el derecho a la intimidad presenta las características de especialidad e inherencia. Sin ellas queda insatisfecha la personalidad como concepto unitario, siendo propio de la persona que con él nace y desaparece. La extra patrimonialidad que sobre él recae, es decir que carece de disponibilidad, siendo por eso intransmisable, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no susceptible, en sí mismo considerado, de valuación económica, aunque pueda tener, eventualmente, efectos patrimoniales.

De acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional se ha reconocido éste como una máxima de derecho, que a su vez se integra con aquél según el cual nadie puede ser perturbado y se sintetiza como el “derecho a ser dejado en paz”, lo cual hace a la Sala pensar que la garantía contenida en el citado artículo 15, permite al individuo la conservación de su intimidad

y acudir ante las autoridades de la República, para la protección de las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, tal y como lo dice Fierro-Méndez, *“buscando que cesen oportunamente aquellas intromisiones irracionales, injustificadas y, por ende, antijurídicas”* (Fierro-Mendez, 2009)

Este derecho y a la no interceptación ni interferencia de los demás, se extiende en su integridad incluidos a los consanguíneos más próximos y se impone su respeto al listado como uno de los derechos individuales más caros a los seres humanos, y por ello, no se deja simplemente que lo establezca la ley sino que se protege desde la Carta Política.

Esa es la razón por la cual la Corte Constitucional expresó:

“El libre derecho de comunicarse se afecta, hasta el extremo de hacerlo inútil, cuando el contenido de la comunicación carece de la necesaria espontaneidad, por el temor a la injerencia extraña o a la exposición pública del mensaje o del intercambio de expresiones, lo que implica, obviamente, vulneración del derecho, también fundamental, a la intimidad”. (Sentencia de Constitucionalidad, 1996)

Para el dogmático Farfán-Molina, el derecho al secreto de las comunicaciones tiene dos vórtices: En primer término, aglomera la libertad de comunicación, esto es, el derecho de poder comunicarse con otros sujetos sin interrupción ni suspensión alguna. En segundo lugar incluye el secreto del mensaje, entendido como el derecho a que terceros no conozcan el contenido de la comunicación. Así las cosas, si el contenido de la comunicación es intrascendente y no se exterioriza en ella ningún dato que afecte a la vida privada de quienes se comunican, la captación

de la comunicación constituiría una vulneración del secreto de las comunicaciones, pues se protege la opacidad de la propia comunicación, y no su contenido. (Farfán Molina, 2008, pág. 85)

Así las cosas, la Constitución Política, en su artículo 15, inciso tercero, señaló de manera precisa y perentoria que las comunicaciones privadas no puedan ser objeto de interceptación o registro, sino mediante orden judicial, por un caso específicamente autorizado por la ley y siempre y cuando se cumplan de estricta manera las formalidades señaladas en ella.

Aquí, de nuevo, observó tratándose de la libertad personal han de concurrir para proteger ese derecho fundamental, las tres ramas del poder público: el legislador, que señala en cuáles casos y de acuerdo con cuáles formalidades, el juez, que ante la situación concreta no puede proceder, sino cuando la cuestión fáctica se enmarca dentro de la legislación, y el ejecutor de la orden impartida por el juez, que para la interceptación o registro ha de hacerlo con estricta sujeción a dichas formalidades. (Fierro-Mendez, pág. 181)

El derecho a la intimidad puede llegar a ser vulnerado de tres formas: la primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre.

Al vulnerarse el derecho a la intimidad por medio de una interceptación de comunicaciones, se pone en estado de indefensión al ciudadano, pues este se encuentra en la imposibilidad de hacer valer sus derechos y pone el proceso en un plano de desigualdad de medios entre las partes, dado que se le otorga al estado ventajas arbitrarias.

La indefensión es un concepto jurídico indeterminado referido a aquella situación procesal en la que la parte se ve limitada o despojada por el órgano jurisdiccional de los medios de defensa

que le corresponden en el desarrollo del proceso. La producción de una situación de indefensión supone la vulneración de los derechos fundamentales procesales.

Respecto a la interceptación de comunicaciones como acto de investigación, la vulneración del derecho fundamental a la intimidad y el estado de indefensión del procesado son justificables, tanto para el estado como para la sociedad, pues esta última reclama del estado eficientismo punitivo.

En Colombia en las últimas décadas, se ha dado un crecimiento vertiginoso en los índices de criminalidad y la respuesta del Estado para disminuir este fenómeno es acudir a las sendas del derecho penal, mediante políticas populistas que incrementan la penas, crean tipos penales e incentivan la restricción de garantías fundamentales a un bajo costo procesal a efectos de aumentar las tasas de credibilidad social frente al rol de persecución de los enemigos del sistema, que desestabilizan el equilibrio esperado y generan zozobra.

Para el profesor alemán, Jakobs, el fenómeno de la creciente criminalidad tiene sus puntos más agudos en cierta clase de delitos como son la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, y los delitos sexuales; por ello, las personas que comenten esta clase de delitos, de modo manifiesto se han apartado, probablemente de manera duradera, de actuar conforme al derecho. En consecuencia, este alejamiento para Jakobs pone en peligro no sólo a un grupo de personas, sino a la sociedad en su conjunto, y en consecuencia se pone en tela de juicio el *derecho a la seguridad* de todas las personas. (Jakobs, 2006)

La búsqueda de la seguridad ciudadana ha llevado al estado a suprimir requisitos para transgredir los derechos fundamentales, basados en la idea de que los derechos individuales no pueden ser más importantes que los derechos de los ciudadanos. El derecho a la intimidad, es

quizá, uno de los derechos fundamentales más afectados debido a esta flexibilización del proceso; toda vez, que se entiende que las personas deben sacrificar su esfera personal en pro de la seguridad.

Un ejemplo claro es la supresión de la autorización previa de un juez de control de garantías que avale la necesidad de interceptar las comunicaciones de un ciudadano que está siendo investigado por parte del ente acusador, quien gracias al acto legislativo 003 de 2002, el cual modificó el artículo 250 de la Constitución Política de 1991, cuenta con la suficiente autonomía de decidir cuándo es procedente interceptar las comunicaciones de los ciudadanos, con miras a conseguir manifestaciones que lo incriminen e indiquen, efectivamente, que la conducta típica fue realizada.

La anterior postura legislativa es avalada por la corte constitucional, la cual señala que:

“La relativa flexibilización que el numeral 2º del artículo 250 de la Constitución introduce respecto de los registros (que pueden recaer sobre archivos digitales o documentos computarizados), allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, en el sentido de permitir un control posterior del Juez de Control de Garantías, puede explicarse en la necesidad y oportunidad del recaudo de la información, en cuanto se trata de diligencias que generalmente están referidas a realidades fácticas que pueden estar propensas a cambios repentinos, o que podrían eventualmente ser alteradas en desmedro del interés estatal de proteger la investigación” (Sentencia de Constitucionalidad, 2007)

“El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien

protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal.

La interceptación arbitraria de comunicaciones es, a todas luces, una práctica contraria a los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales. Por ello, la interceptación de comunicaciones, sólo puede ser realizada bajo las condiciones y procedimientos expresamente señalados en la Carta y en la ley, como garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad.” (Sentencia de Unificación, 2002)

Está pugna entre intimidad vs. Eficientismo penal no se queda ahí, pues la misma se presenta a la hora de valorar las pruebas, las cuales, si se demuestran haberse obtenido con violación de derechos fundamentales deben ser excluidas del proceso, como se estudió anteriormente.

En relación con la exclusión de comunicaciones ilegales, la fiscalía ha recurrido a manifestaciones sobre la obligación de proteger al estado y a sus ciudadanos para argumentar la necesidad de valoración de la prueba pasando por alto la violación de derechos fundamentales; manifestaciones que en las más de las veces han sido admitidas en sede de juicio, pero que ahora están encontrando talanqueras de pensadores garantistas que se niegan a permitir la introducción está prueba, propia de los modelos inquisitivos, dentro del proceso. Por ejemplo, tenemos el

pronunciamiento reciente de la Corte Suprema de Justicia en relación con el caso de las chuzadas del DAS:

La Corte Constitucional en sede de tutela (T- 444 de 1992), al resolver un caso contra el Ejército Nacional, hizo un importante desarrollo sobre el derecho a la intimidad, indicando que si bien el Estado tiene el deber de salvaguardar esta garantía, también cuenta con la potestad de investigar a personas que presuntamente atentan contra el orden político y jurídico del país, "puesto que el Estado tiene la obligación de defender el Estado y también las instituciones democráticas". A partir de esa decisión el juez constitucional instituyó como límite a la recopilación y archivo de información de personas, la verificación acerca de que posiblemente éstas podían alterar la seguridad del Estado, con la obligación de los organismos encargados de esta tarea de no divulgar esos datos, a menos que se trate de una sentencia ejecutoriada proferida por un juez penal, pues de lo contrario se transgrediría el derecho a la intimidad (Constitución Política artículo 15) .

La investigación penal supone una sucesión de actos procesales dirigidos al recaudo de elementos probatorios útiles para esclarecer conductas punibles, cuyo acopio corresponde a la policía judicial quien debe actuar bajo las directrices de un fiscal mediante un programa metodológico preciso, correspondiéndole a éste, en tratándose de casos regidos por la Ley 906 de 2004, obtener la orden judicial cuando sea necesario realizar procedimientos que invadan la esfera íntima de las personas, u ordenarlos directamente, cuando son asuntos regulados por la Ley 600 de 2000, los cuales claramente describe y regula la ley procesal penal. Mientras que "las actividades de inteligencia y contrainteligencia se desarrollan por organismos especializados del Estado del orden

nacional, empleando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información con la finalidad de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la seguridad y defensa nacional, vigencia del régimen democrático y otros fines.

Valga aclarar, que lo anterior no significa que los organismos de inteligencia estén autorizados para realizar todo tipo de actividades para el recaudo, uso o divulgación de la información, puesto que, cuando quiera que se necesite adoptar medidas como la interceptación, registro, sustracción de comunicaciones privadas, o la obtención de datos personales de carácter privado o reservado, o el registro del domicilio, dichas medidas solo pueden ser ejecutadas si un juez penal las autoriza, lo cual de acuerdo con la Constitución y la Ley supone la existencia de por lo menos una indagación previa por la presunta comisión de un delito bajo la coordinación de un fiscal. En sí solo una situación de esa naturaleza justificaría la intervención por parte del Estado y la vulneración necesaria, proporcional y razonable de derechos fundamentales personalísimos como la intimidad, el buen nombre y la inviolabilidad del domicilio.

(...) propender por la protección de la seguridad del Estado respetando los derechos y las garantías constitucionales dentro de un marco de legalidad y legitimidad acorde con los derechos humanos y las previsiones constitucionales.

No por el hecho de que para el Gobierno de la época fuera importante el tipo de información que se obtuvo, se legitima cualquier clase de abuso y las acciones ilegales del órgano de inteligencia, ni tampoco que los miembros del Ejecutivo pudieran ordenar actividades encaminadas a satisfacer intereses políticos personales que en nada se

relacionaban con la seguridad de la nación o con la protección del Estado de derecho, que son las razones que permitían al DAS desplegar su función legítima como órgano de inteligencia.

Ese tipo de acciones desplegadas por el DAS, aunque contaban con una justificación legítima para que el Estado ejerciera su función de inteligencia y de contrainteligencia, de todas formas implicaron la invasión al derecho a la intimidad de la ciudadana PC y de algunos de sus asesores, por lo cual se configura un ejercicio abusivo de tal función.” (Sentencia de Única Instancia, 2015)

Es viable concluir, que una de las mayores pugnas que encuentra la interceptación de comunicaciones en Colombia, es el argumento esgrimido por el ente fiscal de la lucha por la seguridad del estado y la seguridad ciudadana, secundado por la misma sociedad que reclama del estado eficientísimo penal, llevando a la flexibilización del proceso con miras a lograr una eficaz lucha contra los “delincuentes”, lo que ha llevado a decisiones como obviar la autorización del juez de control de garantías para interceptar comunicaciones.

A pesar de lo anterior, el derecho a la intimidad sigue teniendo carácter fundamental, por lo que tampoco es viable su total sumisión al derecho a la seguridad.

2.3. Intimidad vs Eficientismo Penal en el derecho comparado.

Como se ha venido desarrollando a lo largo del escrito, luego de estudiada la pugna entre Intimidad vs Eficientismo Penal en Colombia, resulta pertinente analizar el tratamiento que las mismas figuras reciben en algunos países de los sistemas que han marcado gran influencia en el

derecho del Estado; toda vez que, como vimos anteriormente, el sistema procesal penal del país, es una mezcla de varios sistemas procesales de distintas familias jurídicas, uniéndose con la mentalidad que viene del sistema jurídico romano, adoptada por Colombia por tradición. Se hará un comparativo para determinar hasta qué punto la forma en la que se ha adoptado estas figuras, su tratamiento y las sanciones, se compadece con lo regulado en estos países de los diferentes sistemas jurídicos que se procederá a exponer, pues resulta conveniente estudiar la prevalencia de algún derecho sobre otro, para determinar el alcance real que se le debe dar en Colombia al derecho a la intimidad.

2.3.1. Países de tradición anglosajona

Como se ha dicho anteriormente, este sistema jurídico tiene como fuente principal de derecho la jurisprudencia, y a su vez, es la encargada de crear derecho a través de la interpretación que ha hecho a lo largo de la historia.

Debido a que el sistema procesal penal en Colombia tiene como fuente principal de inspiración el sistema Norteamericano, será el primero que se estudiará en esta familia jurídica, utilizando como complemento el sistema Puertorriqueño, que también está basado en el sistema Norteamericano.

Estados Unidos

La doctrina norteamericana reconoce el núcleo esencial del derecho a la intimidad, a través del denominado *the right to be let alone*, es decir, el derecho a ser dejado solo, aplicado por la justicia americana, en el caso de la actriz Brigitte Bardot en 1959, en donde los tribunales decidieron que el hecho de que una persona fotografiara a otra en su residencia y publicara tales

fotografías sin ningún tipo de autorización, a pesar de la manifestación inequívoca de refugiarse en su casa, en aras de encontrar el sosiego y la tranquilidad que reporta la soledad, violaba la intimidad de la persona. (Fierro-Mendez, 2009)

En Estados Unidos, dicen, no existe una ley que garantice en forma acabada el derecho a la privacidad, como tampoco está expresamente contemplado en la Constitución norteamericana. Sin embargo, la Corte Suprema se ha pronunciado en varios asuntos como por ejemplo, en el caso *Griswold vs. Connecticut*, afirmando que la primera y cuarta enmienda, sobre todo esta última, aluden al derecho a la privacidad, entendiéndose éste como un derecho implícito. Y entonces afirman que por derecho a la vida privada los norteamericanos entienden el derecho a determinar cuándo, cómo y con qué alcance, la información que a ellos se refiere, es comunicada a otros.

En el caso *Olmstead vs. United States*, la Corte Suprema Federal resolvió que la interceptación de la comunicación telefónica -o comunicación entre dos o más personas a través de un cable (“wiretapping”)-no viola la Enmienda Cuarta. No se activa la protección por no haber “registro”; toda vez que no se penetra en un lugar protegido y no hay incautación de nada.

En el año 1934 el Congreso aprueba legislación para prohibir la interceptación de la comunicación sin el consentimiento de quien la origina (sender). En *Rathlmn vs. United States*, la Corte Suprema resolvió que bastaba el consentimiento de una de las partes en la conversación para validar la interceptación. (Chiesa Aponte, 2008)

Si una parte en la conversación consiente a que se intercepte, capte o grabe la conversación, o lo hace ella misma, no hay prohibición. Desde el punto de vista constitucional, la Corte Suprema sostuvo que la grabación que hace una parte o la transmisión simultánea que hace a una tercera persona no ofende la protección de la Enmienda Cuarta.

En suma, bajo la Enmienda Cuarta

i) No hay protección constitucional contra la grabación, interceptación o captación de las comunicaciones, (orales, telefónicas o de otra manera) cuando una parte en la conversación consiente a ello, haciéndolo ella misma o consintiéndolo.

ii) En el caso en que no haya tal consentimiento por una parte, hay que recurrir a la orden judicial bajo las condiciones y limitaciones impuestas en el estatuto federal. (Chiesa Aponte, 2008)

En un principio se entendió que la protección que de ella emanaba, hacía referencia sólo a la “invasión física” proveniente de las fuerzas policiales. En función a tal lectura, el Estado estaba habilitado a Intervenir el teléfono, entre otras prerrogativas, sin que ello se considerase vejatorio de la nombrada enmienda. No obstante, en el año de 1967, cuentan que en un caso llamado “Katz vs. United States”, la Corte resolvió, actualizando su criterio, que la Constitución protegía “personas, no lugares”, lo cual constituyó un salto cualitativo. El criterio en virtud del cual se resolvía si la conducta encuadraba en la cuarta enmienda o no, se basaba en la “razonable expectativa a la privacidad” que el ciudadano tenía.

No obstante, el busilis radica en el interrogante de ¿quién determina lo “razonable”? por sobre todo siendo esta una apreciación más que subjetiva, se ha cuestionado. Por ejemplo, la libertad de expresión y la libertad de prensa no toleran ningún tipo de barreras que obstaculicen el libre flujo de la información y sólo se detienen, o deberían hacerlo, cuando el derecho a la intimidad se ve amenazado. Pero también partiendo de la premisa de que no hay derechos absolutos, resulta necesario buscar un equilibrio ponderado y razonable entre ambos derechos, de forma tal que la balanza no se incline hacia ninguno de los dos extremos, han pedido los doctrinantes.

Indica también que en 1967 el juez Harlan, en el caso *Katz vs. United States*, con ocasión nuevamente de las intervenciones telefónicas, establece los principios básicos de dicho derecho, con la doctrina de la *Reasonable Expectatio of Privacy*, o la expectativa razonable de privacidad.

La teoría del juez Harlan se fundamenta en el principio básico de la decisión humana por el que, para que exista un derecho a la privacidad legalmente reconocido, el actor debe exhibir una actualización de su derecho potencial a la privacidad (parte subjetiva), y que dicha acción y expectativa sea reconocida como tal por la ciudadanía como razonable (parte objetiva). Es esta teoría, adaptada a la denominada del *plain view* (visión directa) la que, verdaderamente, conforma el espectro general del contenido del derecho a la privacidad. El asunto *Harris vs. United States*, (1968), contiene las reglas principales de esta última doctrina.

Puerto Rico

La sección 8 del artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado dispone así: “*Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar.*” Esta es la base del derecho a la intimidad, complementada por la sección 1 del artículo II que garantiza la inviolabilidad de la dignidad del ser humano. La sección 10 - artículo II - completa la protección expandiendo aún más el ámbito de las garantías constitucionales en la zona de la intimidad. Cabe destacar en la sección 10 -más allá del lenguaje de la Enmienda Cuarta - la segunda y cuarta oración. La segunda oración dispone expresamente que “no se interceptará la comunicación telefónica”. La cuarta y última oración establece la regla de exclusión para la evidencia obtenida en violación a la sección 10. (Chiesa Aponte, 2008)

En el año 1968 el Congreso aprueba legislación en pro de la protección del derecho a la intimidad, es por ello que se tipifica como delito la interceptación o captación, no consentida por alguno de los participantes, de una conversación oral, telefónica o de alguna manera transmitida por cable. El estatuto incluye una regla de exclusión de esta evidencia, pero se autoriza a ciertos funcionarios federales a solicitar y obtener órdenes judiciales ex parte para interceptar o captar comunicaciones orales o telefónicas. El estatuto limita la expedición de la orden a la investigación de determinados delitos. Se permite la interceptación sin orden bajo circunstancias especiales enumeradas en la ley. Esta ley se aplica a Puerto Rico: las autoridades federales pueden obtener las órdenes correspondientes en la Corte Federal, bajo los términos y condiciones del estatuto.

La sección 10 del artículo II de la Constitución del E.L.A. dispone que “no se interceptará la comunicación telefónica”. La convención constituyente rechazó expresamente una enmienda que parte de añadir la expresión “o telegráfica permitía una orden judicial de interceptación de la comunicación”. La enmienda derrotada hubiera tenido el efecto de que la inclusión de la prohibición contra la interceptación de la comunicación telefónica, solo tenía el alcance de disponer que la protección constitucional contra registros, allanamientos e incautaciones irrazonables se extendía a la comunicación telefónica; pero estaría sujeta a la orden judicial de interceptación basada en causa probable. Luego surge un corto, pero importantísimo debate en torno a una enmienda del delegado Gaztambide Arrillaga para que se añadiera “y telegráfica” a la segunda oración de la sección 10: no se interceptará la comunicación telefónica. (Chiesa Aponte, 2008)

Estos sistemas procesales consagran la posibilidad de interceptación de comunicaciones, con la diferencia que requieren de autorización judicial previa. Así mismo podemos concluir que:

i) La prohibición de la interceptación de la comunicación telefónica tiene un rango especial, en cuanto a que queda fuera del esquema general que permite orden judicial basada en causa probable.

ii) La comunicación oral está protegida en la misma medida en que están protegidos los hogares, establecimientos comerciales, la persona, los efectos personales, etc.; esto significa que cabe una orden judicial, basada en causa probable, para su captación o grabación.

iii) La prohibición de la interceptación telefónica, que incluye prohibición de la orden judicial general a la que se alude en la sección 10 y en la Enmienda Cuarta, no es una prohibición absoluta. El derecho a esta protección tiene un titular o varios titulares; si el titular del derecho lo renuncia y accede a, o solicita, la interceptación, cabría la orden de interceptación.

iv) El registro o actuación de emergencia está más allá de la orden judicial; aunque no quepa interceptación de la comunicación telefónica mediante orden judicial, como regla general, en circunstancias de verdadera emergencia cabría la interceptación con orden, siempre que ello fuera posible, y hasta sin orden. Por supuesto, hablamos de verdadera emergencia, más allá de la necesidad de procesar criminalmente a una persona; nos referimos a guerra, revolución, necesidad de salvar vidas, etc.

STANDING

El derecho norteamericano y puertorriqueño son la fuente inmediata de la figura conocida como *standing*, la cual consiste en la legitimidad exigida para alegar como vulnerada la intimidad personal; de suerte que sólo puede solicitar la exclusión de los hallazgos obtenidos en la diligencia, el titular del derecho constitucionalmente protegido. Concepción que ha sido traída a medias a Colombia, pues este derecho aún sufre de grandes vulneraciones por parte del estado en pro de la

seguridad ciudadana, mientras que en estos sistemas, al ser formalistas, no admiten argumentos de seguridad para la violación de garantías fundamentales.

“Una violación a la Enmienda Cuarta o la sección 10 del artículo II de la Constitución del E.L.A. es sufrida, por supuesto, por unas personas en particular. Supongamos que la persona A sufre un registro ilegal, en violación a la protección constitucional. Cuando la evidencia obtenida mediante tal registro ilegal se pretende utilizar contra el acusado, persona B, que no ha sufrido la violación constitucional, ¿debe permitirse al acusado B solicitar la supresión de la evidencia ilegalmente obtenida, a pesar de que quien sufrió el registro ilegal fue A? Este es el problema del “standing” o acción legitimada para invocar la regla de exclusión” (Fierro-Mendez, 2009)

2.3.2. Países de tradición romana

Como señalamos anteriormente, la familia romano-germánica goza de una tradición muy antigua; está íntimamente relacionada con el sistema de derecho de la antigua Roma; una evolución milenaria alejó de manera considerable no sólo las reglas de fondo y de procedimiento sino también la concepción misma del derecho y de la regla de derecho admitidas en la época de Augusto o de Justiniano. Colombia hace parte de esta familia jurídica, por lo que hay que analizar hasta qué punto el pensamiento de países tradicionales de la misma, ha influido en el pensamiento del país respecto al tema.

España

Para empezar, hay que señalar que en España existe el Derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros no investigados, figura que no está consagrada en Colombia, pero que resulta necesaria.

Para entablar una comunicación telefónica es necesaria la participación de, como mínimo, dos personas, en el que uno de ellos puede ser un tercero ajeno a la investigación. Es por esta razón que debemos plantearnos si existe protección del derecho al secreto de las comunicaciones de estas terceras personas, pues como admite la jurisprudencia, la propia naturaleza de la intervención determina que afecte no sólo al titular de la línea, sino también a sus interlocutores. (STS 515, 2006)

En estos casos, debe tenerse en cuenta que la intervención de las comunicaciones autorizada por resolución judicial alcanza a todos los partícipes de la comunicación, esto es, al interlocutor cuya línea es observada o intervenida, y al otro partícipe que se comunica con el primero, con independencia de que sean o no los titulares de la línea telefónica objeto de investigación. En esta línea se pronuncia la STS 985/2009, de 13 de octubre, que determina que *“si la intervención jurisdiccional de las comunicaciones telefónicas realizadas desde un determinado aparato se realiza cumpliendo debidamente las exigencias legales y constitucionales, su resultado puede ser utilizado como prueba de cargo contra todos los interlocutores, incluidos aquellos otros intervinientes en las operaciones delictivas con quienes se mantengan conversaciones desde el referido teléfono, aun cuando no figuren identificados como afectados directamente por la medida en la resolución judicial, pues la propia naturaleza de la intervención determina que afecte no sólo al titular del aparato sino también a sus interlocutores y no puede exigirse al Órgano jurisdiccional visión profética para anticipar e identificar a éstos con anterioridad a que las propias conversaciones hayan tenido lugar”*. (STS 515, 2006)

De igual modo, la STS 515/2006, de 4 de abril 1263, admite la validez de unas escuchas telefónicas efectuadas sobre un tercero o “comunicante accidental”. En este caso el recurrente entendió que al no ser el directamente el sujeto investigado, la revelación del contenido de las

conversaciones que mantuvo el mismo con el inspeccionado supone una vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones reconocido por el art. 18.3 CE. Sin embargo, el Tribunal Superior rechazó tal pretensión y defendió que «por sus propias características toda comunicación telefónica precisa siempre de un mínimo de dos interlocutores, con independencia de quien sea el emisor o el receptor de la llamada, y la resolución judicial por la que se autoriza la escucha de las conversaciones recibidas o emitidas desde un terminal comprende necesariamente a ambos conversadores, en aras de alcanzar el objetivo de su adopción, esto es, averiguar si las fundadas sospechas se materializan en el descubrimiento del presunto ilícito investigado y de sus responsables.

Por ello, el Tribunal Superior dejó claro que la autorización judicial de una intervención telefónica cubre a todos los intervinientes en la comunicación, sean o no titulares de la misma.

Sin embargo, para que no se vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones del tercero no investigado, la conversación intervenida debe estar relacionada con hechos que atienden al delito investigado, como así lo indica la reciente STS 328/2013, de 17 de abril.

Caso distinto son los supuestos en que estemos ante el hallazgo de otros hechos diferentes a los que se están investigando. En este caso, será necesario que el juez dicte otra resolución judicial que autorice unas nuevas escuchas en virtud de los nuevos elementos y personas involucradas, como destaca la STC 49/1996, de 26 de marzo, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el derecho reconocido en el art. 18.3 CE.

En definitiva, entendemos que una resolución judicial de intervención telefónica limita lícitamente el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona investigada y, también, la

que se comunique con esta, siempre que las conversaciones estén relacionadas con los hechos investigados. (Casanova Marti, 2014)

La vigilancia líquida es útil para analizar lo que está ocurriendo en el mundo del control monitorizado, el seguimiento, el rastreamiento, la clasificación, la comprobación y la observación sistemática que denominamos «vigilancia». (Bauman & Lyon, 2013)

A pesar de que en España existe una especial protección a los terceros, la figura de interceptación de las comunicaciones opta, como en Colombia, por la preferencia a un eficientismo punitivo en contraposición al derecho a la intimidad.

2.3.3. Países de tradición germánica

El sistema jurídico germánico es el conjunto de normas por las que se regían los pueblos germánicos que invadieron el imperio romano de occidente. Estos pueblos no poseían un código legislativo, por lo que se regían bajo el derecho consuetudinario. Sin embargo, tras el contacto con la forma de vida romana, surgieron algunos códigos promulgados por los reyes, como es el caso del Código de Eurico.

Era un Derecho mucho más primitivo que el Derecho Romano, típico de poblaciones seminómadas, con una idea de la propiedad mucho más restringida, motivo por el cual fue cediendo terreno a este último a medida que los germanos invasores se fueron estableciendo en los territorios europeos y adoptando el sistema de vida romano.

Los países pertenecientes a esta tradición, se han convertido en países de avanzada en materia penal, por lo que son objeto obligado de comparación, no solo en Colombia, sino en el resto del mundo.

Alemania

GRADOS DE INTIMIDAD

Dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad.

Como lo enseña la doctrina las diversas esferas de intimidad y/o autonomía personal, son una construcción de la jurisprudencia alemana, en aras de ponderar la prelación primará ser reconocida por su Tribunal Constitucional de los derechos a la dignidad humana y a la intimidad personal sobre los derechos a la información y expresión.

Al respecto; se ha dicho:

“...La jurisprudencia alemana ha distinguido además entre diversas esferas de la intimidad y la autonomía personal, de suerte que en ellas el grado de protección constitucional es diverso. La esfera más íntima corresponde en general a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según el Tribunal Constitucional un ámbito intangible de la dignidad humana.

La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontraremos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencias ajenas legítimas. Y, finalmente, el Tribunal habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona

en sus relaciones de trabajo o públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad y a la autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que se puede informar sobre todo lo que una persona hace fuera de su" casa, sin violar su intimidad.

La existencia de diversas esferas de intimidad explica entonces que en los ámbitos más públicos y políticos, en donde se debaten asuntos que interesan al conjunto de la ciudadanía, la protección a la libertad de expresión y de informaciones es mucho mayor y tiende a predominar sobre los intereses privados (...)". (Fierro-Mendez)

En Colombia, la intimidad también se ha dividido en grados, como vimos anteriormente. Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (CP. art. 15).

Para concluir, es evidente que en Colombia existen las limitaciones al derecho a la intimidad, pero al igual que de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el contexto del sistema democrático, por lo que no puede ser válida la primacía del eficientismo penal respecto de éste; toda vez que, así se quieran proteger derechos colectivos, esto no resulta es óbice para quebrantar los derechos individuales sin una causa justificada y que la interceptación de comunicaciones sea totalmente necesaria.

3. No Autoincriminación VS. Impunidad

Antes de hacer uso ideológico de la noción de impunidad, de instrumentalizarla y ponerla al servicio de políticas de enemistad eficientistas e irresponsables, es más consistente incorporar al lenguaje del derecho el problema de la impunidad, es decir, convertirla en un problema jurídico, de tal manera que, cuando el derecho penal actúe, por ejemplo, encontrando efectivamente responsables de una violación de derechos humanos, lo haga dentro de un contexto de actuación efectiva del derecho, y no como un instrumento simbólico que, a *contrario sensu*, sea incluso funcional a la impunidad: cuando la impunidad es tan generalizada, pequeñas capturas y pequeñas decisiones, pueden convertirse en recursos ideológicos para mostrar una especie de mejoría completamente insustancial. Es decir, esos pequeños logros se convierten en funcionales y reafirman la impunidad. No se cumple ningún fin del derecho: no se hacen visibles los crímenes, al contrario, éstos se nublan más.

Si el derecho es la estabilización racional de expectativas de expectativas, es decir, la estabilización de comportamientos que circulan en doble vía, si a quien respeta el Derecho se le asegura que el otro y el mismo Estado lo hará frente a él, es sobre ello que se debe actuar: así se incorpora el discurso de la impunidad al orden jurídico, de tal manera que cuando se traicionen expectativas, cuando se violen las normas, la actuación estatal, al darse ya en el universo del derecho, no queda aislada como pequeños hechos coyunturales, politizados y simbólicos, sino como hechos que reafirman el derecho: que le dan sentido como mecanismo de racionalización de mínimos para la convivencia. (Jakobs, 2006)

No se puede permitir que el sistema penal se convierta en lo que en otrora fue la cacería de brujas, obteniendo confesiones prefabricadas, inducidas u obtenidas por medio de la violencia (ya sea psicológica o física). Anteriormente, las brujas eran descubiertas por tres métodos: i) la búsqueda de marcas, ii) la ordalía del agua y, iii) la confesión.

Este último era más seguro para *"lograr la condena, efectivizada luego no por la Inquisición sino por la justicia seglar, ya que los inquisidores no podían matar. Una vez señalada la persona se trataba de arrancar su confesión por medio de la tortura. Es decir, ya estaba dentro de la maquinaria, ya se la consideraba culpable la confesión era lo que Binder llamaría un acto de convalidación por las formas de la verdad que la tortura ya había arrancado."* (Balestena, 2006)

Hoy, podemos equiparar la interceptación de comunicaciones, el cual es un acto de violencia psicológica, con la forma de obtener las confesiones de las brujas, por medio del cual se evita impunidad de los "delincuentes". Estos actos de imposición que utilizan métodos inquisitivos, no son otra cosa que una muestra de poder por parte del estado, demostrando control sobre los ciudadanos a través de una vigilancia permanente.

El poder, dice Foucault, institucionaliza la pesquisa, la indagación, el registro, la recompensa, el prestigio. Profesionaliza, hace específico un ejercicio inquisitivo. Dimana de una figura a la cual no se puede interpelar y depende de la palabra última de un órgano supremo. Esta allí para instaurar la justicia, pero si algo lo caracteriza es su facultad de imponerse pese a ser injusto.

Porque al igual que existen profundas consecuencias sociales y políticas que se desprenden del panopticismo moderno, esas consecuencias sirven también a los amplios poderes post-panópticos de la modernidad líquida. Y si bien la pérdida de privacidad es la primera cosa en la que pensamos cuando se trata de vigilancia, la privacidad no es probablemente la pérdida más significativa. No se pueden ignorar los problemas que plantean el anonimato, la confidencialidad y la privacidad, pero éstos están relacionados con otros aspectos como la imparcialidad y la

justicia, las libertades civiles y los derechos humanos. Porque la clasificación social es lo primero que consigue la vigilancia en la actualidad, para bien o para mal. (Bauman & Lyon, 2013)

A finales del siglo XX se hicieron populares las ideas de Foucault sobre la “confesión”. Foucault pensaba que la confesión, se había convertido en un criterio fundamental de verdad, algo sacado de las profundidades del ser de alguien. Examinó tanto los medios privados de confesión, por ejemplo ante un sacerdote, como los públicos que dan los titulares. Tal como lo entendió Foucault, la confesión religiosa era literalmente “buena para el alma”, mientras que sus homólogas seculares se preocupan por la salud personal y el bienestar. En cualquier caso, pensó Foucault, los individuos asumen un papel activo en su propia vigilancia. (Bauman & Lyon, 2013)

Lo anterior demuestra que estamos ante un retroceso penal, llevado a extremos gracias a las ideas de control estatal de todas las actividades que en su territorio se ejercen, seguido por el pensamiento colectivo de necesidad de seguridad que pueda proveer el estado, logrando que los índices de impunidad bajen al mínimo; soportando así excesos de poder y permitiendo toda clase de vigilancia necesaria para obtener confesiones, sin importar que estas sean obtenidas por medio de actos de coerción psicológicas.

4. Sociedad de Riesgo y el Discurso de la Emergencia

Recopilando lo dicho en apartes anteriores, la teoría de la sociedad de riesgo ha traspasado los límites de protección de los derechos Fundamentales y tal y como señala Gerard Wajcman, esto es un rasgo de esta época. *“Somos observados todo el tiempo, por todas partes, bajo todas las costuras. No, como antaño, por Dios en la cumbre del cielo; nos miran aquí y ahora, hay ojos*

por todos lados, de todo tipo, extensiones maquínicas del ojo, prótesis de la mirada. Y en definitiva, siempre hay en algún lado alguien que supuestamente ve lo que ven esos ojos.”
(Waicman, 2011)

No es extremista afirmar que pasamos del mito a la realidad, de Homero a Fritz Lang, de las bellas binarias olímpicas entre dioses y ninfas, a la inquisición de potencias ocultas, que buscan el control a través de actos como la interceptación de comunicaciones, que en el caso de Colombia, solo necesita que un fiscal considere pertinente realizarla.

Pensamos primeramente, en el video vigilancia. Millones de ojos se proyectan sobre el mundo. Mirada planetaria, se encuentra en extensión continua. Su atención no se debilita nunca. Ni de día ni de noche. Las cámaras de video vigilancia son las armas de esta época, a la vez instrumentos técnicos y emblema; insignia de una sociedad que se ha vuelto vigilante. Como afirma Waicman, Tenemos razón para inquietarnos, porque los medios de la vigilancia se diversifican, se vuelven sofisticados y se multiplican de una manera más que preocupante. Es decir que sus ojos entran ahora donde sea. Sabemos, por ejemplo, que salir hoy a las calles para ir de compras significa ser filmado trescientas veces. (Waicman, 2011)

Como lo afirma el profesor Muñoz Conde, el derecho y el Estado no son expresión de un consenso general de voluntades, sino reflejo de un modo de producción y una forma de protección de intereses de clase, la dominante, en el grupo social al que ese derecho y ese Estado pertenecen. (Muñoz Conde, 2012)

El derecho penal surge de la necesidad de regular la convivencia dentro de la sociedad. La regulación de la convivencia supone un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma por medio de una relación estructural que en la sociología

moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma, y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula mediante un sistema de expectativas que se deriva de una norma o un conjunto de normas. Pero estas expectativas corren el peligro de que no se cumplan. Muchas veces se fracasan, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse estos fracasos o, como evitar que se den los fracasos para determinar cómo pueden canalizarse para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha fracaso en una expectativa y la consiguiente reacción. (Muñoz Conde, 2012)

El discurso de “emergencia” se dirige a ampliar la órbita del derecho penal y no pocas veces pone en evidencia cierta improvisación del legislador, que demuestra encontrar en él una herramienta seductora, en cuanto a los bajos costos que reporta y su aparente eficiencia.

Según lo expresa acertadamente Cancio Meliá, la evolución político-criminal actual puede resumirse en dos líneas: el Derecho penal “*simbólico*” y el “*resurgir del punitivismo*”; en la realidad legislativa, ambos fenómenos no son susceptibles de ser separados nítidamente, pero mantienen una relación fraternal, de la cual surge el “*Derecho penal del enemigo*” (Lascano, 2006)

De tal modo, se implementan medidas legales, judiciales y policiales con las premisas ideológicas del movimiento de “ley y orden” que se manifestó en los años sesenta y posteriores, pero que en nuestros días se inspiran en el modelo de “tolerancia cero” propiciado por William Bratton, asesor del Alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, al principio de los años noventa, que significó en la práctica el endurecimiento de la actuación policial contra los grupos más marginales de la sociedad (drogadictos, pequeños delincuentes, prostitutas, inmigrantes ilegales, etc.), a los que se calificaba directamente como “basura”.

La “*tolerancia cero*” aplica severas sanciones contra las pintadas en edificios y medios de transportes públicos, o los hurtos en supermercados, no porque tales hechos sean muy graves en sí mismos, sino porque si se dejara impunes a sus autores, éstos pasarían posteriormente a cometer hechos de mayor entidad que ya no habría forma de atajar. La imagen gráfica utilizada para ejemplificar esta teoría es la de las “ventanas rotas” (*broken windows*): si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello induce más a entrar a los ladrones que una casa bien pintada, que da imagen de solidez y no tiene desperfectos aparentes. (Lascano, 2006)

La teoría de la tolerancia cero, avala la posibilidad de supresión de los derechos fundamentales en la búsqueda de limpieza. Privacidad, intimidad, anonimato, derecho al secreto quedan fuera de las premisas de la Sociedad de Consumidores o son rutinariamente confiscados por los agentes de seguridad en la entrada; permitiendo todas formas de vigilancia en pro de la obtención de fin último: cero impunidad, seguridad ciudadana garantizada, equivale a una sociedad que trabaja como un engranaje perfecto.

El modelo panóptico es sólo un modelo de Vigilancia. El entramado de tecnologías electrónicas sobre el que se constituye el poder de las organizaciones mutantes y móviles de hoy en día ha convertido a la arquitectura de paredes y ventanas en algo redundante. Han aparecido formas de control que agrupan perspectivas muy diversas. No sólo no tienen una conexión obvia con la idea de encarcelamiento, sino que con frecuencia también comparten los rasgos de flexibilidad y diversión propios del entretenimiento y del consumo. (Bauman & Lyon, 2013)

Entre las razones para recurrir a la vigilancia, una de las principales es que aporta seguridad. Esto no es nuevo. Pensemos en las referencias bíblicas sobre la importancia de mantener una “guardia” en la ciudad. El mantenimiento de la seguridad siempre ha sido un argumento para

establecer una vigilancia, o para identificar aquellos que son amigos a enemigos. Y en este sentido parece tener una sólida razón de ser: vigilar para proteger.

Sin embargo, en el siglo XXI, ya no se puede pensar con esa inocencia. La seguridad (con lo que muchas veces se alude a una confusa idea de seguridad “nacional”) constituye, hoy en día, una prioridad política entre muchos países, y por supuesto es un estímulo importante para el mundo de la vigilancia. Parece que los principales medios para proporcionar seguridad actualmente son las nuevas técnicas y tecnologías de vigilancia, que supuestamente nos protegen, no contra peligros concretos, sino contra unos riesgos amorfos y misteriosos. Las cosas han cambiado, tanto para los observadores como para los observados. Si antaño uno podía dormir tranquilo porque sabía que el vigilante estaba en las puertas de la ciudad, no se puede decir lo mismo de la “seguridad” actual. Pues como señalan Bauman y Lyon, *“Se diría que, paradójicamente, la seguridad actual genera formas de inseguridad, una suerte de inseguridad sentida profundamente por las mismas personas a las que pretenden proteger las medidas de seguridad.”* (Bauman & Lyon, 2013)

A la vista de todo esto, parece acertado una vez más usar el término “vigilancia líquida”. Se trata del tipo de vigilancia que acompaña a los tiempos líquidos y que tiene rasgos características de la liquidez contemporánea. Nos controlamos a nosotros mismos para intentar hacer que nuestra vida en el temor sea más soportable, pero cada intento de conseguirlo produce nuevos riesgos, nuevos miedos. El horror del 11 de septiembre de 2001 y sus consecuencias son sintomáticos de esta situación. Las personas clasificadas como “inocentes” están ahora en peligro y pasan miedo en una irónica parodia de terrorismo. Y el problema supera el ámbito de lo que puede pasar en un aeropuerto o en los puntos de control fronterizos.

Es dable cuestionar ¿Ha cambiado realmente la vigilancia por parte del estado?

Así entonces, de manera general se puede decir que el eficientísimo penal es un modelo de Derecho penal de la emergencia, edificado sobre una noción particular de la eficiencia, a partir de la cual se privilegia dicha noción de eficiencia sobre los derechos fundamentales y las garantías legales y constitucionales. Se trata de un modelo de Derecho penal que se estructura a partir de una lógica de fines, en la cual prevalece la mera razón instrumental sobre la razón valorativa. Como lo señala Baratta, *“el eficientísimo penal es una nueva forma del Derecho penal de la emergencia, que es la enfermedad crónica que siempre ha acompañado la vida del Derecho penal moderno”*

La administración de justicia adquiere ese carácter, en tanto tiende a servir a intereses particulares situados en el ámbito de las decisiones políticas coyunturales, pragmáticas o meramente partidistas; o en tanto pretende dar respuesta a exigencias que se originan en otros ámbitos, como es el caso, por ejemplo, de aquellas exigencias que surgen del conflicto armado interno crónico que vive Colombia. El Derecho penal, fruto del eficientísimo, constituye por ello un Derecho penal altamente politizado. Se trata de un *Derecho penal político*.

Con esta categoría, no se hace referencia, desde luego, a un sistema de Derecho penal influido o relacionado con la política: ello le es, en todo caso, inherente. La noción misma de política criminal, por ejemplo, refleja y expresa dicha relación. Por otra parte, como derecho público, el Derecho penal, como es el caso del derecho constitucional, lleva en su seno la idea misma de lo político. De lo que se trata en este caso es, al contrario, de una verdadera apropiación del Derecho penal por parte de la política: de una instrumentalización del Derecho penal para fines exclusivamente políticos.

Interesante es observar además, cómo el Derecho penal se convierte paulatinamente en un instrumento de la política meramente partidista: *“El Derecho penal ha dejado de ser un medio limitado y un instrumento para asegurar la libertad, y ha pasado a ser un medio absoluto*

autorizado para la consecución de cualquier tipo de finalidad política. El Derecho penal se ha convertido hoy en un instrumento de la política partidista. Lastimosamente, este cambio fundamental en la filosofía del Derecho penal, no se discute hoy suficientemente en el ámbito de la ciencia del derecho”. (Castro Cuenca, 2009)

En el caso colombiano, además de darse el fenómeno de un Derecho penal político-instrumental, se trata en general de una forma muy especial de la acción política: *“de la política concebida y vivida fundamentalmente como confrontación irreductible entre enemigos”* (Aponte, 2006).

Como nos ha recordado Enrique Bacigalupo, el *Derecho penal del enemigo* se caracteriza no sólo por una creciente ampliación de Derecho penal material sino también por una disminución de las garantías procesales, algo que el propio defensor de esta teoría ha resaltado de forma absolutamente inequívoca. A nuestro modo de ver, esta forma de proceder se debe a criterios de pura eficacia; toda vez que para consolidar el éxito de una determinada política criminal es preciso disponer de medios adecuados para que la finalidad pretendida quede perfectamente asegurada.

Así concebido el Derecho penal del enemigo, era lógico que la suspensión de garantías procesales viniera a formar parte esencial de esta misma estrategia, en la creencia de que con el catálogo de derechos que la legislación atribuye a todo ciudadano, posiblemente no fuera tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema. No debe olvidarse que nuestro actual sistema de garantías procesales no es más que el resultado de la perseverante batalla librada para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la justicia penal frente a la tendencia del poder a lograr una condena sin proceso o contentándose con la simple apariencia de su existencia.

Con razón los procesalistas han venido defendiendo que cualquier sistema que no asegure el derecho de defensa no es, técnicamente un proceso. Este es el motivo por el cual, en ocasiones, cuesta tanto convencer a la opinión pública de que el proceso penal no tiene sólo una finalidad de protección social, sino que al propio tiempo, persigue una finalidad aparentemente opuesta, como es la de defender al acusado del peligro de una condena injusta, siendo así que la búsqueda del necesario equilibrio entre ambas finalidades constituye uno de los desafíos más complejos del legislador, sobre todo, en esta materia.

El derecho procesal no es más que un instrumento que tiene por objeto la aplicación imparcial de la ley y, por lo tanto, los jueces, en un Estado de Derecho, no deben aparecer como el último eslabón de la maquinaria represiva de los gobiernos y, aunque forman parte del entramado administrativo del Estado, han de estar, sin embargo, al servicio de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales. En el ejercicio de sus funciones, se deben a unos principios que han respetar por encima de todo. Entre ellos se encuentra el más importante de todos: el que impone a todos los miembros del poder judicial el deber de hacer valer el derecho a un proceso justo (*due process of law*), lo que implica, a su vez, la obligación de velar por las garantías procesales de los acusados. (Moreno, 2006)

CONCLUSIONES

George Orwell no se equivocó al afirmar que vivimos en un Estado omnipotente que controla completamente a los gobernados a través de un sofisticado sistema de vigilancia permanente (Orwell, 2010); Esta es la realidad jurídico penal que ha permeado las esferas de nuestro modelo

de procesamiento criminal como un embeleco más de los esquemas eficientistas propios del derecho penal del enemigo.

La investigación partió de la hipótesis de que en Colombia, la interceptación de comunicaciones como acto de investigación, es un acto arbitrario por parte del estado, carente de una autorización previa de un juez de control de garantías; por lo que se considera que es un acto que trasgrede la esfera de los derechos fundamentales tanto de las personas que están siendo investigadas, así como los terceros interlocutores que nada tienen que ver con la investigación que adelanta la fiscalía. Debido a esto, se considera que este acto torna irrita la actuación y debería ser excluido del proceso penal.

Esta hipótesis debía desarrollarse en tres dimensiones: la axiológica, la normativa y la fáctica, lo cual a su vez tuvo que ser afrontado de dos maneras: desde el método dogmático de investigación o desde el método socio-jurídico, mismos que llevaron al análisis de textos, normas y jurisprudencia de orden nacional e internacional.

Luego de realizada la valoración desde el deber ser del acto, donde se revelan los grandes vacíos a nivel de protección de derechos humanos, la confrontación del derecho respecto a sus incongruencias, la validez formal y material de la norma jurídica, la forma que se encuentra regulado actualmente, y el impacto del acto de investigación en la sociedad, se arriban a varias conclusiones que permiten asegurar que la hipótesis planteada ha sido afirmada, tal y como se proceden a exponer.

La interceptación de comunicaciones es un acto de investigación que cuenta con legitimidad formal por parte del Estado Colombiano, pero no material, por cuanto su núcleo duro está permeado por la permisón ilimitada de facultades y métodos técnicos que desbordan los linderos

de la expectativa razonable de intimidad, tornando írritos los resultados que se obtienen con su práctica y por lo tanto merecen ser excluidos de la actuación procesal.

La razón por la cual se adoptan dichas prácticas es la falta de aplicación por parte del legislador de turno, de los juicios de proporcionalidad y prohibición de exceso al que está obligado, para precisar en el marco de la restricción limitada y objetiva del derecho a la intimidad, cuales son las actividades que de manera reglada y limitada se pueden usar de manera excepcional para evitar excesos contrarios al modelo de derecho penal constitucional.

El operador de justicia es responsable de colocar el embudo al filtro que decanta la perversión del ritualismo inquisitivo, generando claves de restricción constitucional a los actos de injerencia arbitraria que flexibilizan el principio de legalidad a fin de reportar utilidad.

Consecuencia del mínimo de regulación legislativa, la profusa construcción doctrinal tanto nacional como internacional y una creciente evolución jurisprudencial y convencional respecto al tema de interceptación de comunicaciones como acto de investigación, el presente trabajo pone al descubierto la amenaza tan latente a derechos como el de intimidad, no autoincriminación, legalidad y el cabal ejercicio del derecho de defensa, por lo que se hace imperioso que en Colombia se ponga en marcha un modelo de retaliación jurídica que replantee el sistema axiológico de administración justicia, donde el ciudadano es un fin y no un dócil medio para la obtención de resultados que tanto exige la sociedad; toda vez que, actualmente nos encontramos en unas Sociedad de Riesgo, en la cual, tal y como lo afirma el filósofo Byung-Chul Han *“ya no es posible ninguna esfera privada. La dominante coacción iconopornográfica la elimina por completo”* (Han, 2015). Esto, debido a que en el imaginario colectivo se asume que la defensa de las garantías sustanciales, procesales y orgánicas no es más que un embeleo altruista que contribuye a la impunidad de las conductas que debieran ser castigadas bajo los más rigurosos esquemas del

estado de faida, en los cuales no existían proporciones entre las ofensas y los castigos, ceñidos por la mentalidad de venganza.

Es por ello, que frente a la figura de interceptación de comunicaciones se revelaron varios reproches, los cuales se pueden sintetizar así:

Primero, La interceptación de comunicaciones es un acto de investigación que propicia la violación del principio de *nemo tenetur se ipsu accusare*; a través del engaño que se traduce en la fabricación de confesiones, lo que hace que su práctica sea abiertamente inconstitucional en un Estado de Derecho en el que se precisa que la expectativa razonable de intimidad no puede ser limitada de manera indiscriminada so pretexto de reportar importantes resultados a la eficiente “búsqueda de la verdad”.

Este acto de investigación, se ha convertido en la patente de corso del estado para abrir investigaciones con base en los resultados obtenidos en las intervenciones, sin que las mismas en principio, puedan ser controvertidas por la defensa del ciudadano, y a pesar de ello gocen de plena legalidad y validez dentro del proceso penal; ya que, la Constitución, la ley y la jurisprudencia han admitido esta práctica

La Interceptación de Comunicaciones es entonces, el instrumento de coerción con el que cuenta el estado para vigilar la comisión de delitos de manera indiscriminada; Es por eso, que acierta el profesor Francisco Muñoz Conde al señalar que: *“El derecho penal como instrumento de control social está pasando a un plano secundario, porque las clases dominantes son cada día que pasa más conscientes de que hay otros sistemas más sutiles más eficaces, pero también menos costosos, de control social para defender sus intereses y controlar a los que, real o potencialmente, puedan atacarlos.”* (Muñoz Conde, 2012, pág. 58)

La anterior apreciación, ha llevado a varios expositores de la dogmática jurídico-penal a reconocer que en América y Europa se aprecia el peligro que las Constituciones Políticas se utilicen como insumo para la construcción de un derecho penal sustancial autoritario y máximo y un sistema procesal alentado por una pragmática efficientista, contraria a los fines del proceso y a los cimientos del Estado constitucional. (Urbano Matinez, 2014, pág. 90)

Segundo, Los interlocutores de los ciudadanos intervenidos en sus comunicaciones deben afrontar restricciones de garantías fundamentales injustificadas; el panorama legislativo en materia procesal penal, da cuenta que la injerencia arbitraria en las comunicaciones es una expresión del modelo expansionista del derecho penal, que afecta los modelos de administración de justicia penal en occidente con los postulados del derecho penal del enemigo.

Es evidente, como de manera acertada lo destaca el tratadista Oscar Julián Guerrero Peralta, que la regulación del tema muestra ostensibles vacíos que podrían conducir a la existencia de márgenes de discrecionalidad judicial, inaceptables en materia de actividades investigativas que interfieren los derechos fundamentales. Por ejemplo, *“la norma no impone límites respecto a los sujetos que pueden ser afectados con la interceptación, lo que implicaría que el fiscal estaría autorizado para realizar una captación indiscriminada. Tampoco exige que para proceder a la medida deban existir, como presupuesto de habilitación, motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos dispuestos en el código, lo que permitiría al fiscal actuar intuitivamente para ordenar la captación de comunicaciones privadas. Y para completar la carencia de reglamentación sobre el tema, la norma procesal tampoco determina lo relativo a la ejecución material de la injerencia, sobre todo en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de terceros que no estén investigados o procesados, y que sufran perjuicio en razón de tal forma de intervención”* (Farfán Molina, 2008, pág. 103).

Tercero, Muy al margen de las disposiciones de orden internacional, se adolece en el sistema legal colombiano de un control previo de carácter constitucional de las ordenes de interceptación de comunicaciones; situación que va en contravía de los esfuerzos de fundamentación en los sistemas procesales que, como lo consideran los juristas resaltados en materia de Derechos Humanos, deben partir de una consideración ineludible: el proceso penal, en tanto escenario democrático en el que están en juego los derechos fundamentales de los distintos intervinientes, no es de libre configuración legal por parte de los diversos Estados, pues éstos están obligados a respetar unas premisas estructurales básicas impuestas por la comunidad de naciones.

Por ello, como lo resalta el profesor José Joaquín Urbano Martínez, para advertir los verdaderos cimientos del proceso penal de hoy, debe hacerse un recorrido responsable por las Declaraciones y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que tocan con los derechos fundamentales de trascendencia procesal y, en igual sentido, por las interpretaciones autorizadas que se han hecho de los mismos instrumentos y de la jurisdicción universal.

Ello es así, pues como lo ha expuesto la doctrina, *“Estos instrumentos comparten con el derecho procesal penal la idea de establecer límites al poder penal del Estado, más precisamente al abuso de ese poder, en garantía del respeto irrestricto de los derechos individuales y de la dignidad del ser humano.”* (Urbano Martínez, 2014, pág. 37)

En consecuencia, y como lo sugieren los diferentes tratados internacionales estudiados, las intervenciones de comunicaciones telefónicas deben estar bajo supervisión y vigilancia judicial independiente y es recomendable que la competencia para autorizarlas pase de la Fiscalía a los Jueces de Control de Garantías. Jueces a quienes la Constitución Política, a través del Acto Legislativo 003 de 2002, revistió de autoridad para proteger los derechos fundamentales de los procesados, evitando las arbitrariedades por parte del ente acusador.

Cuarto, La sanción que debe aplicarse a la indebida implementación de las interceptaciones de comunicaciones como acto de investigación, es la exclusión del proceso penal, amén de su ilicitud; toda vez que su práctica irregular es motivo suficiente para activar la sanción consagrada en el último párrafo del artículo 29 de la Constitución Política, el cual consagra la regla general de exclusión al disponer que es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Como se estudió a lo largo del escrito, la exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas según se trate de prueba ilícita o prueba ilegal.

La diligencia de interceptación de comunicaciones se considerará ilícita cuando sea practicada en vulneración de derechos fundamentales, y en consecuencia no serán válidas como prueba para desvirtuar la presunción de inocencia. Igualmente, de acuerdo con la doctrina del fruto del árbol envenenado, creada en Estados Unidos y acogida por Colombia a través de los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, se entenderán también nulas todas aquellas pruebas derivadas de la ilícita interceptación de comunicaciones.

En cuanto al tratamiento procesal de la ilicitud de la prueba entendemos que, a falta de una clara regulación sobre ello, debe poder hacerse en cualquier momento del proceso.

Esta sanción está justificada en la prohibición de extralimitación del poder por parte del estado; toda vez que el poder, como dice Foucault, *“institucionaliza la pesquisa, la indagación, el registro, la recompensa, el prestigio. Profesionaliza, hace específico un ejercicio inquisitivo. Dimana de una figura a la cual no se puede interpelar y depende de la palabra última de un órgano supremo. Esta allí para instaurar la justicia, pero si algo lo caracteriza es su facultad de*

imponerse pese a ser injusto” (Bauman & Lyon, 2013). Esto es así, debido a que es imperioso evitar caer en sistemas de corte inquisitivos regidos por el derecho penal del enemigo.

RECOMENDACIONES RESPECTO A LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES COMO ACTO DE INVESTIGACIÓN.

Es muy probable que todas las dificultades en relación con la Interceptación de Comunicaciones, se deban en gran medida a la defectuosa regulación de este acto de investigación que, como hemos planteado a lo largo de este estudio, tiene lagunas legales significativas. Es por ello que desde hace tiempo se viene efectuando una llamada al legislador para que actúe en pro de la solución a este problema que tiene en vilo derechos fundamentales y contraviene lo preceptuado en los diferentes tratados internacionales.

Hoy tenemos que en el derecho procesal penal Colombiano, son tres los presupuestos de la injerencia en el secreto de las comunicaciones: la orden judicial, reserva legal para los casos de intervención, y formalidades legalmente previstas. Es por ello que luego de las breves consideraciones anteriormente expuestas, sobre este acto de investigación se considera pertinente formular las siguientes propuestas en torno a proteger los derechos fundamentales:

Primero, asumir una tarifa probatoria legal negativa frente al tema de las interceptaciones de comunicaciones, así como lo hemos hecho respecto de la prueba de referencia, y entender que este elemento de prueba solo puede tener categoría de indicio, y por lo tanto requiere elementos de contrastación de los elementos indicadores e indicados, no con una prueba testifical, como es nuestra costumbre judicial, sino con elementos de orden pericial, propios de la incursión en una

nueva etapa de la valoración de la prueba, la era de las disciplinas técnico científicas.

Segundo, Liberar nuestro ordenamiento penal de una prueba diabólica, obtenida con violación de garantías fundamentales. Propuesta que no se asoma en el panorama legislativo nacional, ya que por el contrario, el pasado 15 de agosto de 2012 se expidió el decreto reglamentario No. 1704 del artículo 52 de la ley 1453 de 2011, mediante el cual se define la interceptación legal de comunicaciones como un mecanismo de seguridad pública que tiene como propósito optimizar la labor investigativa de conductas punibles, y regular la relación entre las empresas proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y la Fiscalía General de la Nación. Demostrando el deseo del estado por conservar este acto de investigación, así el mismo sea una herramienta que trasgrede Derechos Fundamentales.

Tercero, que el legislador Colombiano asuma el desafío de reglamentar de manera precisa la figura de interceptación de comunicaciones en la cual; a través de disposiciones que armonicen los bienes protegidos por la constitución, con las condiciones de procedencia de los actos de investigación; razón por la cual, con el propósito de evitar limitaciones arbitrarias innecesarias, inútiles o desproporcionada de los derechos humanos, especialmente la dignidad e intimidad, ser más estricto respecto a su autorización, obtención, custodia, reproducción e ingreso de la prueba en el proceso penal. Es por ello, que la regulación debe tener algunos puntos claves:

1. La competencia para autorizar este acto de investigación debe pasar de la Fiscalía General de la Nación, a los Jueces de Control de Garantías, pues son estos los encargados de velar por el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Lo anterior, por cuanto es necesaria una regulación plenamente garantista, en virtud de la cual sólo en el marco de un procedimiento penal legalmente establecido, podrá el juez de control de garantías

competente, mediante auto judicial suficientemente motivado, autorizar una interceptación de comunicaciones. El necesario control judicial de la medida de investigación, debe tener lugar antes, durante y después de la ejecución de la misma pues debemos recordar, de nuevo, que se trata de una diligencia de investigación limitativa de derechos fundamentales.

2. Establecer la forma y el contenido de las resoluciones judiciales, así como señalar que, en caso de falta o escasez de motivación o un ineficiente control judicial, se vulnera directamente el derecho fundamental la intimidad, legalidad y debido proceso.
3. Para que el acto de investigación de interceptación de comunicaciones pueda ser utilizado para la obtención de elementos materiales probatorios, se debe tratar de una investigación de delitos suficientemente graves. En la futura regulación de interceptación de comunicaciones, deberían constar los grupos de delitos en los cuales se permita practicar una diligencia de estas características.
4. Para que la Fiscalía pueda hacer la petición a efectos de intervenir las comunicaciones de cualquier ciudadano, la investigación en curso debe contar con indicios suficientes de la comisión de delitos sumamente graves. Estos indicios deben estar basados en datos objetivos y no en simples sospechas.
5. Debe establecerse un procedimiento para documentar la comunicación intervenida, a fin de evitar que la evidencia física pueda ser alterada, manipulada, que se edite, y se produzca la ruptura de la autenticidad del elemento material de prueba y de la cadena de custodia. La defensa, por tanto, debe tener la posibilidad de revisar todas las grabaciones, a efectos del contradictorio.

6. Debe establecerse un procedimiento de destrucción del material grabado que carezca de relevancia para la investigación concreta, a efectos de proteger por esta vía el derecho a la intimidad de terceros cuyas conversaciones aparezcan grabadas, pero que no se encuentren vinculados a la respectiva investigación.

Dada la trascendencia social de la interceptación de comunicaciones, se hace un llamado al legislador con el fin de que proceda a regular, de la forma más completa posible, este acto de investigación; ya que la actual regulación Colombiana, permisiva y flexibilizada, permite una violación continua y sistemática de derechos fundamentales, no solo de los procesados, sino también de los interlocutores, terceros que nada tienen que ver con el hecho investigado, la cual debe ser interrumpida.

"vivimos en una sociedad que se caracteriza por una vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder" (Foucault, 1980)

REFERENCIAS

Bibliografía

- Orwell, G. (2010). *1984*. Madrid: AUSTRAL.
- Han, B.-C. (2015). *En el Enjambre*. Barelona, España: Herder.
- Urbano Matinez, J. J. (2014). *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal* (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Farfán Molina, F. (2008). *La Interceptación de Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal y Disciplinario*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Derecho Penal y Control Social* (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial TEMIS S.A. .
- Bauman, Z., & Lyon, D. (2013). *Vigilancia Liquida*. Barcelona, España: Ediciones Espasa.
- Ortega y Gasset, J. (1991). *La deshumanización del arte y otros ensayos de estética*. Madrid, España: Editorial Alianza.
- Carnelutti, F. (1998). *La Prueba Civil* . Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2011). *LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO (PRUEBA ILÍCITA; EFICACIA Y VALORACIÓN)*. Mexico D.F. , Mexico: Gaceta Oficial.
- Ruíz Jaramillo, L. B. (2007). *La Eficacia de la Prueba en el Proceso Penal*. Bogotá D.C. , Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I* (5ª Edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Zavalía Editor.

- Urbano Martínez, J. J. (2014). *La nueva estructura probatoria del Proceso Penal*. Bogotá D.C.: Nueva Jurídica.
- Castro Cuenca, C. (2009). *Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Bogotá : Ibañez .
- Fierro-Mendez, H. (s.f.). *Prueba ilícita. Interceptación de comunicaciones y registro de computadores*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley .
- Casanova Marti, R. (2014). *LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL* . Madrid, España: Editorial BOSCH.
- Jakobs, G. (2006). Derecho Penal del Enemigo VS. Derecho Penal del Ciudadano. En C. Meliá, *Derecho Penal del Enemigo* (pág. 405). Bogotá D.C. , Colombia: Editorial BOSCH.
- Balestena, E. (2006). *La fabrica Penal*. Montevideo, Uruguay: Editorial IB de F.
- Waicman, G. (2011). *El Ojo Absoluto*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Manantial.
- Lascano, C. J. (2006). LA “DEMONIZACIÓN” DEL ENEMIGO Y LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO BASADA EN SU CARACTERIZACIÓN COMO DERECHO PENAL DE AUTOR. En C. Meliá, *Derecho Penal del Enemigo* (pág. 206). Montevideo, Uruguay: Editorial IB de F.
- Bauman, Z. (2015). *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida* . Barcelona, España: Editorial Espasa.
- Aponte, A. (2006). DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN COLOMBIA: ENTRE LA PAZ Y LA GUERRA . En C. Meliá, *Derecho Penal del Enemigo* (pág. 213). Buenos Aires, Argentina: Editorial IB de F.
- Moreno, J. D. (2006). ¿UN DERECHO PROCESAL DE ENEMIGOS? En C. Meliá, *Derecho Penal del Enemigo* (pág. 468). Montevideo, Uruguay: Editorial IB de F.

- Mellado, A. (2003). *La Prueba Prohibida y la Prueba Preconstituida*. Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Kelling, J. W. (1982). *Tolerancia Cero*. Nueva York: The Atlantic Monthly.
- Cortés Castillo, C. (2014). *Vigilancia de las comunicaciones en Colombia - El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales*. Bogotá D.C., Colombia: DEJUSTICIA.
- Privacy International. (Agosto de 2015). *Privacy International*. Recuperado el 15 de Julio de 2016, de Un estado en la sombra: vigilancia y orden público en Colombia : https://www.privacyinternational.org/sites/default/files/ShadowState_Espanol.pdf
- Corso, P. (1992). *Ponencia italiana, en La preuve en procédure pénale comparée. Revue Internationale de Droit Péna*. Milán, Italia.
- Delmas-Marty, M. (1995). *Prodédures Pénales d'Europe*. París, Francia: PUF.
- Cortés Castillo, C. (2014). *Vigilancia de las comunicaciones en Colombia - El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales*. Bogotá D.C. , Colombia: DEJUSTICIA.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (Segunda edición ed.). Bogoá D.C., Colombia: Bosch Editor.
- Meliá, C. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*. Montevideo, Uruguay: Editorial B de F.
- Ambos, K. (2006). Derecho Penal del Enemigo. En C. Meliá, *Derecho Penal del Enemigo* (pág. 123). Montevideo, Uruguay: Editorial B de F.
- Chiesa Aponte, E. L. (2008). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Barcelona, Colombia: Editorial Forum.
- Cartwright, J. R. (2007). *Contract Law*. Londres, Inglaterra: Hart Publishing.
- Alcaraz Varó, E. (1998). *El Inglés Jurídico*. Barcelona, España: Alcatraz.

- García Moran, G. (2005). *Cuestiones actuales de Derecho Comparado*. La Coruña, España: Universidad de la Coruña.
- David, R. (2007). *Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (3ra Edición ed.). México D.F., Mexico: Mc Graw-Hill Interamericana.
- Warren and Brandeis. (15 de 12 de 1890). Recuperado el 19 de julio de 2016, de Privacy Brando: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html
- Nissenbaum, H. (2011). *Privacidad amenazada. Tecnología, política y la integridad de la vida social*. México D.F. , México: Oceano.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2003). *Estructura y Límites de la Ponderación*. Bogotá D.C. , Colombia: Editorial Doxa.
- Los Delegatarios de los Estados Colombianos. (5 de Agosto de 1886). Constitución Política de Colombia. Rionegro, Antioquia, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de Colombia. (13 de Junio de 1938). Ley 94. *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de Colombia. (27 de Marzo de 1971). Decreto 409. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de Colombia. (13 de Enero de 1987). Decreto 050. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República. (30 de Noviembre de 1991). Decreto 2700. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial.

Congreso de Colombia. (19 de Diciembre de 2002). Acto Legislativo 003. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Ley 906. *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial.

Congreso de Colombia. (13 de Enero de 2006). Decreto 075. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Congreso de Colombia. (28 de Junio de 2007). Ley 1142. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República. (24 de Julio de 2000). Ley 600. *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República. (12 de Julio de 2010). Ley 1395. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República. (24 de Junio de 2011). Ley 1453. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República. (17 de Abril de 2013). Ley Estatutaria 1621. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

El Presidente de la República. (15 de Agosto de 2012). Decreto 1704. *Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República. (17 de Abril de 2013). Ley Estatutaria 1621. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial.

Congreso de Colombia. (26 de Diciembre de 1968). Ley 74. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Congreso de Colombia. (30 de Diciembre de 1972). Ley 16. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Asamblea Nacional Constituyente. (6 de Julio de 1991). Cosntitución Política de Colombia.

Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial.

Delegados de la Convención de Filadelfia. (21 de Junio de 1788). Constitución de los Estados Unidos de America. Filadelfia, Estados Unidos.

Sentencia de Tutela, Sentencia T-552 (Corte Constitucional 30 de octubre de 1997).

Sentencia de Única Instancia, Radicado No. 36.784 (Corte Suprema de Justicia 28 de Abril de 2015).

Sentencia de Constitucionalidad, C- 816 (Corte Constitucional 30 de Agosto de 2004).

Sentencia de Tutela, T-787 (Corte Constitucional 18 de Agosto de 2004).

Sentencia de tutela, T-555 (Corte Constitucional 2 de Agosto de 1999).

Sentencia de Constitucionalidad, C- 210 (Corte Constitucional 21 de Marzo de 2007).

Sentencia de Tutela, T- 233 (Corte Constitucional 29 de Marzo de 2007).

Sentencia de Constitucionalidad, C-025 (Corte Constitucional 27 de Enero de 2009).

Sentencia de Constitucionalidad, C- 334 (Corte Constitucional 12 de Mayo de 2010).

Sentencia de Constitucionalidad, C-626 (Corte Constitucional 21 de noviembre de 1996).

Sentencia de Constitucionalidad, C-540 (Corte Constitucional 12 de Julio de 2012).

Sentencia de Constitucionalidad, C-1092 (Corte Constitucional 19 de Noviembre de 2003).

Sentencia de Constitucionalidad, C-822 (Corte Constitucional 10 de Agosto de 2005).

Sentencia de Constitucionalidad, C-979 (Corte Constitucional 26 de Septiembre de 2005).

Sentencia de Constitucionalidad, C-591 (Corte Constitucional 9 de Junio de 2005).

Sentencia de Unificación, SU- 159 (Consejo de estado 2002).

Sentencia de Constitucionalidad, C-336 (Corte Constitucional 9 de Mayo de 2007).

Sentencia de Constitucionalidad, C-594 (Corte Constitucional 20 de Agosto de 2014).

Sentencia de Constitucionalidad, C-1024 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia de Constitucionalidad, C-131 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia de Casación, Radicado No. 44.421 (Corte Suprema de Justicia 29 de Junio de 2016).

Sentencia de Casación, Radicado No. 46.810 (Corte Suprema de Justicia 16 de Diciembre de 2015).

Sentencia de Casación, Radicado No. 37.434 (Corte Suprema de Justicia 23 de Mayo de 2012).

Sentencia de Casación, Radicado No. 30.838 (Corte Suprema de Justicia 31 de Julio de 2009).

Caso Escher y otros VS. Brasil (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de Noviembre de 2009).

Caso de las Masacres de Ituango VS. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Julio de 2006).

Weeks VS. United States, 232 U.S. 383 (Supreme Court of the United States 24 de Febrero de 1914).

Silverthorne Lumber Co. VS United States, 251 US 385 (Supreme Court of the United States 26 de Enero de 1920).

Olmstead VS. United States, 277 U.S. 438 (Supreme Court of the United States 4 de Junio de 1928).

Nardone VS. United States, 308 U.S. 338 (Supreme Court of the United States 11 de Diciembre de 1939).

Nix v. Williams VS. United States, 467 U.S. 431 (Supreme Court of the United States 11 de Junio de 1984).