



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SUS LIMITANTES FRENTE A LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES EN COLOMBIA¹

THE RIGHT TO PRIVACY AND ITS LIMITATIONS AGAINST THE INTERCEPTION OF COMMUNICATIONS IN COLOMBIA

***Jairo Alberto Guerra Murcia²**
Universidad Católica de Colombia

RESUMEN

A través del abordaje doctrinal y jurisprudencial del derecho fundamental a la intimidad, y, junto a la actuación de interceptación de comunicaciones que llevan a cabo las unidades de Policía Judicial, se busca identificar los límites que impone el Estado sobre dicho postulado *ius fundamental* cuando de interceptación de comunicaciones -por parte de sus agentes-, se trata, en salvaguarda de valores constitucionales de orden superior.

El estado del arte estará apoyado en el desarrollo histórico del concepto de derechos fundamentales, la discusión sobre el carácter de absoluto o relativo de los mismos, así como el debate de la actuación judicial de interceptación de comunicaciones y su control de legalidad posterior. Igualmente, expondré algunas consideraciones sobre el punible de violación ilícita de comunicaciones, su configuración, la consecuente vulneración del derecho a la intimidad, y la regla de exclusión por ilegalidad o ilicitud probatoria.

Finalmente efectuaré una aproximación a la relación jurídica existente entre el derecho al olvido y el derecho a la intimidad en lo que refiere a interceptación de comunicaciones, y, entre el derecho a la intimidad y la actuación de interceptación de comunicaciones, para, finalmente, explicar las conclusiones respectivas.

¹ Artículo de investigación realizado como requisito de grado, para optar por el título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo el direccionamiento y la asesoría del Doctor Jesús Enrique Caldera Ynfante, docente del área de Derecho Constitucional y DDHH.

² Estudiante de la Universidad Católica de Colombia, e-mail: jaguerra76@ucatolica.edu.co

PALABRAS CLAVES:

Interceptación de comunicaciones, derechos fundamentales, Policía Judicial, intimidad, limitaciones, regla de exclusión, ilicitud, ilegalidad.

ABSTRACT

Through the doctrinal and jurisprudential approach of the fundamental right to privacy, and, together with the interception of communications carried out by the Judicial Police units, I seek to demonstrate the budgets under which the State as the holder of punitive power. It imposes limits on the effective enjoyment of said fundamental justification, in safeguarding other interests of a higher order the state of the art will be supported by the historical development of the concept of fundamental rights, the discussion on the absolutism or relativity thereof, as well as the debate on the judicial action of interception of communications and its control of legality later. Likewise, I will present some considerations on the punishable of illegal violation of communications, its configuration, the consequent violation of the right to privacy, and the rule of exclusion for illegality or unlawfulness.

In the same way, I will talk about the legal relation existing in the interception of communications with respect to: a) the right to be forgotten and the right to privacy, and b) the right to privacy and the interception of communications. Finally, I will expound the corresponding conclusions of this article.

KEYWORDS:

Interception of communications, fundamental rights, Judicial Police, privacy, limitations, rule of exclusion, illegality, illegality

SUMARIO: Introducción. 1. Del concepto de derechos fundamentales. 1.1. El derecho fundamental a la intimidad. 1.1.1. Núcleo esencial del derecho a la intimidad. 1.1.2. Del carácter de absoluto o relativo del derecho a la intimidad? 1.1.3. Presupuestos bajo los cuales se puede restringir el derecho a la intimidad. 2. De la interceptación de comunicaciones telefónicas. 2.1. La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal. 2.2. La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario. 2.3. La confusa línea divisoria entre la interceptación de comunicaciones y el monitoreo del espectro electromagnético - ¿Vulneración del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones? 3. Del punible de violación ilícita de comunicaciones. 4. De la validez de la prueba producto de interceptación de comunicaciones telefónicas. 4.1. Ilegalidad e ilicitud probatorias. 4.2. La regla de exclusión. 4.3. Algunas precisiones sobre el desconocimiento de las reglas de producción de la prueba en sede de casación penal. 5. Del derecho al olvido en relación con el derecho a la intimidad en la interceptación de comunicaciones telefónicas. 6. De la relación entre el derecho a la intimidad y la interceptación de comunicaciones telefónicas. . Referencias.

INTRODUCCIÓN

La *norma normarum* promulgada en nuestro Estado desde el año 1991, consagró en su Título II, correspondiente a los artículos 11 al 40³ los derechos fundamentales de las personas, siendo desarrollado el alcance de los mismos, y depurada su significancia, a través de la abundante jurisprudencia y doctrina, en casi tres décadas de existencia del máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Dentro de dicho catálogo *ius fundamental*, se halla el derecho a la intimidad, y la consecuente prohibición de interceptación de comunicaciones privadas, sin la debida orden judicial, como baluarte a los fines esenciales del Estado Social de Derecho, consagradas en el artículo 2º Superior⁴.

³ Algunos otros, pese a no estar presentes en dicho catálogo, pueden poseer la calidad de fundamentales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 94 Superior.

⁴ *Constitución Política. Artículo 2:* Son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; [...] asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. [...].

Frente al respeto que el Estado debe procurar por el derecho a la intimidad⁵ del colectivo social, se yerguen diversas acciones de Política Criminal que, *prima facie*, pudieran considerarse invasivas de dicho precepto constitucional. Sin embargo, no se apunta a que los derechos inescindibles del ser humano, deban sucumbir ante dichas políticas; más bien, se busca fijar límites a los mandatos fundamentales, en salvaguarda de valores⁶ de orden superior.

Dentro de la Política Criminal Estatal, genera especial atención, la actuación de interceptación de comunicaciones, como mecanismo último en la obtención de medios probatorios con fines judiciales, e identificación de posibles responsables de conductas delictivas. Por ello, el presente trabajo investigativo, se propone como objetivo general, identificar los límites que impone el Estado sobre el derecho fundamental a la intimidad, cuando de interceptación de comunicaciones -por parte de sus agentes-, se trate.

Ello cobra relevancia, al tener en cuenta que, si bien, el goce efectivo y pleno de nuestros derechos se halla garantizado en la Constitución, no es menos cierto que, algunos de los mismos, no poseen el estándar de absolutos, tal como ocurre con el derecho a la intimidad, tan ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional

Sin embargo, pese a la relatividad del derecho en comento, ello no puede significar el desconocimiento de las reglas de producción de la prueba, pues el indebido procedimiento al momento de obtener la orden, interceptación o registro de la comunicación, puede generar, bien la obtención ilegal del medio probatorio, ora su ilicitud; haciéndose necesario la solicitud de aplicación de regla de exclusión.

En el anterior orden de ideas, el desarrollo de la presente investigación comienza por indagar sobre el concepto de derechos fundamentales, su núcleo esencial, el carácter absoluto o

⁵ *Constitución Política. Artículo 15:* Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley

⁶ Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar [...] (Corte Constitucional, Sent. T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón).

relativo de los mismos, y los presupuestos bajo los cuales el Estado puede restringirlos. Luego se analizará la actuación de interceptación de comunicaciones telefónicas ordenadas por la Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación, en el marco de sus competencias. También se abordará el tema de la interceptación ilícita de comunicaciones, y sus elementos estructurantes. Posteriormente, se examinará la validez de la prueba producto de interceptación de comunicaciones, en concordancia con los requisitos legales previstos para su producción. Enseguida se buscará/determinará la relación entre el derecho al olvido, y el derecho a la intimidad, en lo referente a interceptación de comunicaciones telefónicas.

Después, se busca establecer el nexo existente entre el derecho a la intimidad, y la interceptación de comunicaciones telefónicas, para, finalmente proceder a resolver la problemática planteada, a través del acápite conclusivo.

Para llevar a buen término el presente artículo académico, se optó por el siguiente diseño metodológico:

Se trata de una *investigación jurídica*, puesto que, centra su objeto de estudio en un problema del mundo jurídico, en este caso, identificar las limitantes del derecho a la intimidad, producto de la intervención en las comunicaciones privadas por parte del aparato judicial.

Enfoque metodológico: Es de corte cualitativo. En palabras de Taylor y Bogdan (1986), “la frase metodología cualitativa se refiere en su más amplio sentido a la investigación que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable” (p. 20).

Así las cosas, observando el objeto de investigación contenido en la doctrina y jurisprudencia, expresaré respecto del mismo, las calidades, cualidades y elementos de forma objetiva, sin distorsionar los presupuestos esenciales del mismo. Lo anterior halla sustento en Corbetta (2003), al señalar que “El enfoque cualitativo evalúa el desarrollo natural de los sucesos, es decir, no hay manipulación ni estimulación con respecto a la realidad” (p.67).

De esta forma, se pretende abstraer de las fuentes directas e indirectas, mediatas e inmediatas las distintas concepciones y preceptos en torno a los cuales se posibilita al Estado como titular del poder punitivo, la imposición de límites al derecho a la intimidad en salvaguarda de otros valores de orden superior.

Tipo de investigación: Es descriptiva. Al respecto Hernández, Fernández y Baptista (2003), afirman que “los estudios descriptivos únicamente pretenden medir o recoger información de

manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar como se relacionan las variables medidas” (p. 102). Siendo de ese tenor el asunto, se procede a describir el fenómeno de limitaciones a la intimidad por interceptaciones a la comunicación privada por parte de agentes estatales, desde el punto de vista de diversos doctrinantes y la jurisprudencia constitucional.

Es *Explicativa*: Frente a este tipo de investigación, Hernández et al. (2003) sostiene:

Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos, o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta, porque se relacionan dos a o más variables (p. 108).

Ello se reflejará en la investigación, al considerar que, junto a la labor de describir el fenómeno, se explicará la relación existente entre el derecho a la intimidad y la interceptación de comunicaciones. Adicional a ello también se efectuará un análisis en torno a la relación existente entre el derecho a la intimidad y con el derecho al olvido; es decir, se explicará cómo se relacionan esas variables mediadas.

Método de investigación: Inductivo: Para Hernández et al. (2003) “las investigaciones cualitativas se basan más en la lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general” (p. 9). Se llevará a cabo en esa forma, habida consideración que, los cambios sociales, al promover el avance la jurisprudencia, hace contener en la misma, diversas posturas dogmáticas respecto al fenómeno de estudio; es decir, los avances jurisprudenciales y doctrinarios respecto del derecho a la intimidad y sus limitaciones frente a la actuación de interceptación de comunicaciones privadas, ha ido cambiando progresivamente, lo cual demanda, especial atención a dicha dogmática, para, de esta forma, poder emerger en la respuesta a la pregunta de investigación.

Técnicas de investigación e instrumentos utilizados: Se utilizó el *análisis documental*. Para Hernández et al. (2003), la investigación documental consiste en “detectar, obtener y consultar la bibliografía y otros materiales que parten de otros conocimientos y/o informaciones recogidas moderadamente de cualquier realidad de manera selectiva, de modo que puedan ser útiles para los propósitos del estudio” (p. 50).

Para tal fin la consulta de variada jurisprudencia de la Corte Constitucional, como vehículo principal para el abordaje del objeto de investigación, junto al material escrito de los doctrinantes más versados en el tema, conllevarán hallar los presupuestos conceptuales y analíticos necesarios para el desarrollo del presente trabajo.

1. DEL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El establecimiento del Estado Social de Derecho ha propiciado el fenómeno de proliferación de las Constituciones antropocéntricas, donde, la persona humana⁷ -en el mejor sentido de la palabra-, cesa de servir como medio para lograr objetivos de Estado, y *contrario sensu*, el aparato estatal se vuelca hacia la sociedad, convirtiéndola en centro de protección suya; garantizando un catálogo mínimo de derechos y garantías, y, correlativamente, una serie de obligaciones en cabeza de sus titulares, para el logro equilibrado de los fines del Estado.

Aunado a ello, se explanó una amplia lista de mecanismos constitucionales para la protección y salvaguarda de dichos derechos, se establecieron jurisdicciones para su protección, al tiempo que se constitucionalizaron los procesos, especialmente los de índole punitiva, y se racionalizó el aparato estatal, teniendo como límite de sus actuaciones, los derechos del conglomerado, como baluarte a los valores de orden superior vertidos en las Cartas Políticas.

En dicho escenario, se comienzan a proyectar los denominados “derechos fundamentales” que, como su misma acepción semántica lo expresa, refiere a aquellos preceptos sin los cuales, la calidad de ser humano, resultaría afectada en sus más profundas esferas.

Con razón la doctrina autorizada, ha sido consecuente en sostener que, estos no han existido como tales en todas las épocas históricas, “sino que, como fruto del Estado moderno, responden a un sistema político inspirado en los principios y valores democráticos donde el poder del Estado se encuentra limitado por el respeto a los individuos que lo forman” (Noya, 2000, p. 23).

Efectuado aproximaciones sobre el concepto de este tipo de garantías *iusfundamentales*, Ferrajoli (2004 citando por Rojas (2017)), considera que los derechos fundamentales:

⁷ En dicho sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prevé en su artículo 1º: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”.

[S]on todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; [...] como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) (p.10).

Dicha conceptualización, aunque no resulte ser la más completa, nos va encaminado hacia el sendero de la juridicidad, entendiéndose por tal, la tendencia favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en asuntos sociales y políticos.

Por su parte Donato (2017) tomando por fundamento la antropología filosófica de Sartre, considera que los derechos fundamentales son “no solo aquellos valores tutelados por la juridicidad como bienes preponderantes que permiten el propio ejercicio de la persona, sino aquellas facultades y prerrogativas suficientes para que la persona esté con condiciones de autodeterminarse constantemente a sí misma, en forma libre [...]” (p. 55).

En ese sentido, aunado a la calidad de derecho subjetivo, se entienden los derechos fundamentales como facultades y prerrogativas, que conllevan a la autodeterminación del ser, y posibilitan la realización de sus actividades personales y sociales, sin más limitantes, que las que impongan en un plano de ponderación, los derechos de sus semejantes.

Solo hasta en el texto constitucional de 1991, se recogen los derechos humanos denominados fundamentales los que se incorporan literalmente de la Declaración Universal de 1948, en algunos casos, con algunos giros gramaticales (Amador, 2016). Uno de los más grandes logros obtenidos con la Asamblea Nacional Constituyente de 1990 en Colombia, fue el reconocimiento de los derechos fundamentales; un conjunto de facultades inherentes a la persona, y sin las cuales, se estima que no puede disfrutar de una vida plena, en términos de realización humana. Estos derechos se encuentran relacionados en los artículos 11 al 40⁸ de la Constitución Política de Colombia. Sin embargo, no “se puede desconocer aquellos de creación jurisprudencial

⁸ Empero ello, existen otros derechos que, sin estar taxativamente previstos en dichos cánones, poseen la categoría de derechos fundamentales por conexidad, y, como lo sostiene la más depurada jurisprudencia, “*son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. [...]*” (Corte Constitucional, Sent. T-491 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

constitucional, es decir, de creación de la Corte Constitucional, como el contenido en la sentencia T-810 de 1998, el derecho al mínimo vital, entre otros” (Amador, 2016, p. 47).

En lo que refiere a la identificación de los derechos fundamentales, la Honorable Corte Constitucional, ha fijado vía doctrinaria, los criterios para tal fin. En tal sentido ha dicho que, el carácter *iusfundamental*, consiste en que: (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad” (Corte Constitucional, Sentencia T-227, 2003).

A su vez, parafraseando a Caldera Ynfante (2018a) se puede indicar que los derechos fundamentales son la ratio estructural del Estado democrático constitucional y se deben promover, respetar, garantizar y asegurar a favor de la persona puesto que están basados en la dignidad humana. Esta categoría jurídica, axiológica y filosófica, denominada dignidad humana, que es principio, valor y regla constitucional, la cual forma parte de su definición de la democracia vista y asumida como un derecho fundamental orientado a la realización, a su vez, de manera efectiva, de todos los derechos fundamentales de todas las personas, de manera interdependiente e interrelacionada, llamados a realizar su proyecto de vida valioso en la comunidad política, sin daños ni interferencias arbitrarias sobre el mismo, gozando de condiciones materiales adecuadas para una vida decente que le permita su florecimiento humano, en lo que Caldera Ynfante (2018b) denomina como Democracia Integral, basada en una visión holística de la misma, porque además de lo procedimental reúne una parte sustancial referida al logro del contenido normativo de la dignidad humana, centrados en el respeto por la persona humana y la garantía del goce efectivo de su derechos fundamentales dentro del Estado democrático constitucional, pudiendo decir que, a juicio del tesista investigador, el derecho fundamental a la intimidad y su debida protección, por inherente a la dignidad humana, es uno de los pilares básicos en una democracia constitucional.

Consecuencia de lo anterior, al Estado le asisten deberes de protección generalizada de los Derechos Humanos. Ello al tenor del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su inciso 5° señala: “los Estados Miembros se [comprometen] a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre [...]”. De la misma forma, su inciso 8° *ejusdem* prescribe que: “todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos

como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo).

Lo anterior, permite deducir como obligaciones concretas para el Estado, en defensa de los Derechos Humanos, las siguientes:

- Integrar los Derechos Humanos en los diversos programas y políticas estatales, que se establezcan en pro del desarrollo social.
- Procurar la creación de Entes gubernamentales, o independientes que promuevan acciones tendientes a materializar el goce pleno y efectivo de los Derechos Humanos.
- Difundir los derechos humanos por diversos medios de comunicación, para conocimiento de la sociedad, para que los ejerzan y tutelen su protección ante la jurisdicción
- Facilitar y promover la enseñanza de los Derechos Humanos en la educación media y profesional.

Dichas obligaciones, por demás, han sido desarrolladas ampliamente por los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos, a nivel global, y para nuestro caso concreto, en concordancia con la dogmática Interamericana y Constitucional.

Dentro de los Derechos Humanos, y con el rango de fundamental la Carta Superior, dejó previsto el derecho a la intimidad, desarrollándolo en más de veinte años la jurisprudencia constitucional, cuyo estudio es una de las bases esenciales de este trabajo, por lo cual se abordará a continuación.

1.1. El derecho fundamental a la intimidad

Previsto en el canon 15 Superior, “[e]l reconocimiento del derecho a la intimidad, “no se produce hasta épocas relativamente recientes, cuando la intercomunicación individual pone en peligro la vida privada, reduciéndola a límites mínimos, contribuyendo a esta situación los descubrimientos en el campo de la técnica” (Noya, 2000, p. 33). Expresa la facultad de ejercer

preponderantemente las actividades lícitas emanadas del mundo fenomenológico, sin injerencias externas, en cuanto su titular así lo desee.

Quizá suela considerarse que “intimidad” y “derecho a la intimidad” pueden ser los mismos, sin embargo, parece no ser así. Por el primero, se ha entendido que “[e]s un bien de la persona que atañe directamente a la dignidad ontológica y moral de ésta y que el Estado para preservarlo se ve compelido a expedir normas que imponen prohibiciones y establecen límites” (Arias, Ceballos, Cuicaíta, Gómez y Rúa, 2000 p. 19). En tanto que, el segundo, es entendido como:

[E]l conjunto de aspectos que la persona ha decidido reservar para sí y para sus autorizados *intuitu personae*, de forma tal que priva al común de la gente de ellos y de su conocimiento, por no ser de naturaleza tal que por sí misma sea patente, notoria y evidente para toda la gente, o porque a ésta no le atañe ni su conocimiento ni su injerencia (Donato, 2017, p.67).

Así las cosas, en tanto que la intimidad es una de las categorías inescindibles a la calidad del ser, en cuanto tal; el derecho a la intimidad supone la garantía de reserva de contenido que el titular desea mantener exclusivamente para sí, o, como lo sostiene Rojas (2017), “implica el respeto a una órbita libre de injerencia de particulares o del Estado frente a circunstancias que le son personalísimas y de su exclusivo interés” (p.18). Por su parte, la jurisprudencia constitucional no se ha quedado atrás, y desde sus pronunciamientos más tempranos, comenzó a fijar el alcance y desarrollo de este derecho. Es así como, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, consideró que este es, aquel tipo de espacio intangible, siempre inmune a injerencia externa, “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” (Corte Constitucional, Sentencia T-530 de 1992). .

En dicha ocasión, esa conceptualización se encaminó a circunscribirlo en dos acciones propias de la intimidad: ser visto, y ser escuchado, pues en el plano de las interacciones sociales, esas dos conductas vertebralizan las injerencias en dicha esfera del ser, y materializan los criterios de identificación de derecho fundamental desarrollados por la Corte Constitucional. De ahí la calidad de *ius fundamental*, para poder tutelar su protección en situaciones concretas. Por ello es que, para la doctrina, la calidad de fundamental de este derecho, está dada porque se constituye en:

[U]n valor que la juridicidad tutela como un bien preponderante inscrito en tal categoría en razón de que la reserva que decide hacer la persona respecto de cierta información que considera debe estar apartada de la vista del resto, al considerar que no corresponde a aquella que sea de su incumbencia, le asegura un mínimo de tranquilidad y un marco de acción suficiente que le permite tomar decisiones libremente y en ausencia de controles que lo expongan al escrutinio de los demás (Donato, 2017, p. 55).

Ello por demás supone, una garantía al libre ejercicio del derecho de autodeterminación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión; y, “en un ámbito como el actual de desarrollo incalculable de las redes sociales y la libertad informática, es un derecho básico en el que se fundamentan otras garantías constitucionales propias del Estado Social de Derecho” (Ferrer, Barrios, Martínez y Quintero, 2013, p. 84). Por demás, este derecho “se proyecta en dos dimensiones: como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada” (Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 1992). En decir, posee una doble connotación en los diversos ámbitos de la vida del ser, por un lado, la reserva de determinada información, para sí mismo, y por el otro, la libertad para tomar decisiones en lo q concierne a esa esfera íntima, en salvaguarda de su núcleo esencial.

1.1.1. Núcleo esencial del derecho a la intimidad

La jurisprudencia constitucional, dando desarrollo al canon 15 Superior, y en su función de delimitar, fijar el alcance, establecer las garantías, fijar los mecanismos de protección etc., ha definido el núcleo esencial de un derecho fundamental como:

[E]l ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Consiste en aquellas facultades necesarias para que el derecho sea reconocido como lo que es, sin que se desnaturalice. Se viola el núcleo esencial de un derecho cuando en su regulación legislativa queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable,

dificultan irrazonablemente su ejercicio o lo privan de protección (Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992).

En este sentido, cuando ponderamos la prevalencia de un derecho como la intimidad, frente a actuaciones emanadas del poder estatal, verbigracia, la interceptación de comunicaciones; pese a la injerencia frontal del aparato punitivo, no se estaría lesionando el núcleo esencial de dicho derecho, puesto que, la limitación impuesta, no lo hace impracticable, pues halla fundamento en valores de orden superior, como la vigencia de un orden justo.

Según Daza (2009) el núcleo esencial, del derecho a la intimidad:

Supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona que está fuera de la facultad o poder del Estado para intervenir en ella, y también está protegida de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, de tal manera que el individuo logre el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. (p. 80).

Ello supone, en consecuencia, un criterio de elemental valor al momento de efectuar un test ponderación de derechos, porque, en tanto el ordenamiento jurídico prevea limitaciones al goce de determinado derecho, no podrá, en dicho ejercicio, aducirse la vulneración del núcleo esencial, pues obvio, está llamado a prevalecer uno de los dos, por las justificaciones legales del caso.

1.1.2. Del carácter de absoluto o relativo del derecho la intimidad

Desde al año 1992, mismo en el cual comenzó a operar la Corte Constitucional, se le concedió el estatus de derecho fundamental a la intimidad, afirmándose en aquel entonces que, se trataba de un derecho “general, absoluto, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares” (Corte Constitucional. Sentencia T-414, 1992). Ya para el año 1998, los avances jurisprudenciales, habían depurado ampliamente el alcance de este derecho, variando pacíficamente la línea de pensamiento que otrora sirvió para fundar su desarrollo conceptual. En aquella época, luego de afirmar que dicha esfera no puede ser invadida sin consentimiento de su titular, la Corte consideró que dicho “espacio personal y ontológico, sólo "puede ser objeto de limitaciones" o de interferencias "en

guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución" (Corte Constitucional, Sentencia T-517, 1998). Posteriormente, en sentencia C-640 de 2010, con un poco más de claridad se afirmó que “el derecho a la intimidad sólo puede ser objeto de limitaciones o interferencias por razones de “*interés general*”, “*legítimas*”, y “*justificadas constitucionalmente*”” (Corte Constitucional, Sentencia C-640, 2010).

Puestas en ese contexto las cosas, el interés general se constituye el primer criterio que relativiza el derecho a la intimidad, es decir restringe su goce pleno, debido a situaciones definidas concretamente en la ley. En cuanto no son absolutos⁹, pueden imitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento, o como bien lo sostiene la doctrina, los derechos no son absolutos, precisamente porque el ejercicio de todo derecho “encuentra tres barreras básicas, cuales son: “el respeto los derechos de los demás, la razonable protección de intereses públicos definidos por el legislador, y el cumplimiento de deberes cuyo alcance preciso, también debe ser protegido por el legislador” (Daza, 2009, p. 93).

Ello supone, en consecuencia, la realización de un test de proporcionalidad, cuando de invadir el derecho a la intimidad se trate, respecto a los demás derechos que se pretendan hacerse prevalecer, la entidad de los mismos ante el ordenamiento jurídico, las causales legítimas de intervención a ese derecho, y la finalidad expresa que se persigue.

1.1.3. Presupuestos bajo los cuales se puede restringir el derecho fundamental a la intimidad

La concesión de una carta de derechos fundamentales en 1991 a las personas, significó la materialización de la dogmática *iusfilosófica* y óptica que fundamenta las bases sobre las que se estructura el Estado Social de Derecho. Sin embargo, tal como fue abordado anteriormente, el ejercicio y goce de esos derechos no es absoluto. El aparato judicial impone -en situaciones determinadas-, unos límites, en procura, bien sea de ponderarlos frente a derechos ajenos, o, como baluarte a valores contenidos en el ordenamiento superior.

⁹ Dicha línea jurisprudencial se ha mantenido incólume, siendo reiterada, entre otras, en las siguientes sentencias: C-394 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-453 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-640 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo; y C-540 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Para Donato (2017), los Derechos Fundamentales “encuentran sus limitaciones en el carácter dual que es inherente a la persona, por lo que devienen de la conjunción de su dimensión individual y su dimensión social, mismas que interactúan de forma tal que establecen un vínculo de condicionamiento recíproco” (p. 69). Por esa misma vía, la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar, respecto al derecho a la intimidad, que este “permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia T-517, 1998).

Ya de entrada es posible advertir que, en presencia de colisión de derechos, la aplicación de test de proporcionalidad cobra relevancia, tanto estando en presencia de prevalencias iusfundamentales entre personas, como entre estas y el Estado, a menos que el ordenamiento efectúe precisiones, respecto al derecho llamado a ceder en el caso concreto; tal como ocurre con el derecho al interés general, en tratándose de interceptaciones de abonados telefónicos, frente al derecho a la intimidad del investigado. Pues como la jurisprudencia lo avala:

El reconocimiento de que el derecho a la intimidad se vea sometido a restricciones significa, que cierta información del individuo interesa jurídicamente a la comunidad. Admitir que este derecho no es absoluto, implica asentir que, en ciertas ocasiones, cuando el interés general se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información individual puede y debe ser divulgada (Corte Constitucional. Sentencia C-881, 2014).

Ello permite deducir que las vertebrales limitaciones del derecho a la intimidad impuestas por el Estado, en determinadas situaciones legales, son la salvaguarda del interés general, quizá con fines disuasivos de conductas delictivas¹⁰, y la amenazas a la seguridad e integridad del Estado, verbigracia para combatir delitos de alto impacto. Adviértase en todo caso que, la potestad de

¹⁰ 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 (Corte Constitucional, sent. C-336 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño).

limitar dicho derecho, tiene a su vez que consultar algunos preceptos, para evitar la arbitrariedad en el ejercicio del *ius puniendi*.

Según la jurisprudencia constitucional vertida en sentencia T-784 de 2004, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, la limitación de derechos fundamentales por parte del aparato estatal, debe fundarse en los siguientes principios:

Principio de libertad, según el cual, los datos personales de los individuos, solo podrán ser registrados y divulgados, con la autorización clara y expresa del titular, y/o por mandato expreso del ordenamiento jurídico, pues de omitirse las formalidades de autorización, u orden judicial, tornará su obtención en ilícitas.

Principio de finalidad: El cual responde a la imperiosa necesidad de someter los datos e informaciones recopiladas, exclusivamente a los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Principio de necesidad: Procura que la información hallada y utilizada para los fines de investigación judicial, se limite a aquella que exclusivamente interese a la actuación, excluyendo aquella que no posea relación directa con el *thema probandum*

Principio de veracidad: Implica la exigencia respecto a que, la información que se divulgue o suministre, responda a los criterios de verdad, escindiendo los errores e informaciones falaces.

Principio de integridad. Supone la divulgación de los datos hallados, en forma completa, sin adición, cercenamiento o tergiversación

Lo anterior halla concordancia con similar dogmática constitucional, al expresar que “El ejercicio del *ius puniendi* del Estado, cuyo objetivo es la persecución y sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados, constituye razón suficiente para limitar el derecho a la intimidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-486, 1995). Dicha postura es respaldada por Escobar y Marulanda (2004), para quienes “la cortapisa al derecho a la intimidad, se funda básicamente en razones de derecho público o de interés social, porque respecto de la existencia de intereses probatorios [...] el derecho a la privacidad debe ceder ante la magnitud valorativa de ellos” (p. 95).

Ello indudablemente, no podría ser de otra forma, opinar el contrario significaría respaldar una especie de teoría absoluta de los derechos fundamentales, con sacrificio mismo de los fines del Estado previstos en el canon 2º Superior, y el desconocimiento mismo de años de depurada jurisprudencia constitucional. Incluso tal postura restrictiva halla eco en el Sistema Interamericano

de Protección de los Derechos Humanos – SIDH, pues su órgano jurisdiccional, ha sido enfático en sostener que:

[C]onforme se desprende del artículo 11.2¹¹ de la Convención, 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, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática (Corte IDH, 2009, serie C, párr. 116).

Así, para la Corte Constitucional Colombiana, el derecho a la intimidad puede verse sujeto a limitaciones, concretamente por dos razones:

La primera según la sentencia T-158A de 2008, “[c]uando el interés general se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información individual puede y debe ser divulgada” (M.P.: Rodrigo Escobar Gil). En ese mismo sentido se considera que “[i]ntereses de orden superior justifican la limitación del derecho a la intimidad para efectos tributarios, judiciales y de inspección, vigilancia e intervención del Estado” (Corte Constitucional, Sentencia C-489, 1995).

La segunda, “[e]n determinadas circunstancias, cuando se presente una colisión con otros derechos individuales que compartan el carácter de fundamental como, por ejemplo, el derecho a la información, la dignidad humana y la libertad” (Corte Constitucional, Sentencia T-158A, 2008).

Aunado a ello, y tal como lo expone la doctrina:

En materia penal, [...] la facultad del legislador penal para limitar los derechos de las personas, si bien es amplia en razón de la configuración de la política criminal, está restringida por normas constitucionales que está obligado a respetar. Dentro de tales límites se destacan no solo el respeto al núcleo esencial de los derechos, sino de los principios de necesidad, no discriminación, racionalidad mínima y proporcionalidad (Daza, 2009, p. 95).

¹¹ *Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 11.2.* [...] Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Necesidad, en cuanto la intervención Estatal con fines punitivos sobre las conductas de la colectividad, constituye la *última ratio* en los Estados Sociales de Derecho.

La no discriminación, se predica, por cuanto, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho penal es de acto, es decir, se juzgan las conductas delictivas, mas no se tiene en cuenta la calidad del autor, lo contrario significaría un derecho penal de autor, como de otrora lo pregonaron varias escuelas criminológicas, aspectos estos que, con la globalización de los derechos humanos, y la promulgación de constituciones antropocéntricas, se ha escindido de los ordenamientos jurídicos.

La racionalidad mínima, puesto que, la intervención del derecho penal, deberá corresponderse con fundamentos objetivos, evitando de esta forma la arbitrariedad o exceso en el despliegue del aparato sancionador.

La proporcionalidad, toda vez que, deberá analizarse si los presupuestos fácticos, la antijurídica formal y material, y el bien jurídicamente tutelado, son compatibles con la pena a imponer.

2. DE LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

La interceptación de comunicaciones telefónicas como diligencia vertebral de política criminal estatal, afecta e interfiere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la intimidad. La limitación de dichos preceptos al interior del derecho punitivo y sancionatorio, ha sido aceptada por la norma superior, desarrollada por la ley, y fijados sus alcances vía jurisprudencial. De esta forma, las facultades de irrupción en las comunicaciones privadas, son ordenadas en el ámbito penal por la fiscalía general de la nación, y, en materia sancionatoria, por el Procurador General.

2.1. La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal

Con la modificación introducida por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, el canon 250.2 Superior¹², faculta a la Fiscalía general de la Nación, para llevar a cabo interceptación de

¹² *Constitución Política. Artículo 250. Numeral 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

abonados telefónicos. Dicho precepto, en armonía con el 15. 2¹³ Superior y el 235¹⁴ de la ley 906 de 2004, modificados a su vez por el artículo 15 de la ley 1142 de 2007 y el artículo 52 de la ley 14 de 2011, establece los fines determinados para los cuales puede proceder a interceptar las comunicaciones.

A los fines primigenios del artículo 235 de la ley 906, esto es, a los de buscar elementos materiales y evidencia física, el artículo 15 de la Ley 1142 de 2007, adicionó la búsqueda de imputados e indiciados, en tanto que el artículo 52 de la ley 1453 de 2011, sumó uno más: la búsqueda de condenados, sin exigirse para el efecto control previo, todo lo contrario, dejó librado su control de legalidad ante el Juez de Control de Garantías, pero posterior a las actuaciones de policía judicial. Por su parte y tal como lo acota Farfán (2014) la nueva normativa penal, produjo una ampliación al espectro de interceptaciones:

[E]n la medida en que el objeto de la interceptación lo serán las conversaciones que se cursen a través de cualquier red de comunicaciones, para cerrar el paso a la dificultad que se registra respecto a la redacción inicial de la ley 906 (art 235) en el cual se podían interceptar solo comunicaciones telefónicas, radiofónicas o similares que utilicen el espectro electromagnético (p. 162).

En este sentido, faculta, la interceptación de todo tipo de datos enviados a través de correos electrónicos y demás plataformas de mensajería, lo cual continúa siendo acorde con las previsiones del canon 15 Superior, al posibilitar la “*interceptación de correspondencia y demás forma de comunicación privada*”. Observamos indeterminación en los términos.

¹³ *Constitución Política. Artículo 15. Inciso 2.* La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

¹⁴ *Ley 906 de 2004. Artículo 235: Interceptación de comunicaciones.* El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación. En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación. 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 seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

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

El *ius puniendi* halla sus límites en el respeto a los derechos fundamentales del ser humano, pero, correlativamente, y en ocasiones muy precisas -detalladas en la normatividad-, dichos preceptos *iusfundamentales*, se encuentran limitados por la potestad investigadora y sancionadora del Estado. Arias et al. (2000), sostiene que, “constitucionalmente existe una reserva judicial en materia de protección de las comunicaciones privadas, lo que significa que solo pueden restringirse ante la presencia de una orden de una autoridad de la rama judicial o que ejerza funciones jurisdiccionales” (p. 53). Frente a dicha facultad que hoy ostenta el Ente Acusador -cuando de interceptación de comunicaciones se trata-, se han efectuado varios planteamientos encaminados a cuestionar, por un lado, la categoría de autoridad judicial que representa la Fiscalía, por otro, a proponer un control de legalidad previo a las actuaciones de interceptación de comunicaciones, y, finalmente, poner en tela de juicio la licitud de estas actuaciones por vulneración al derecho a la intimidad personal, producto de esta maniobras.

Al respecto Ronquillo (2014) expresa una preocupación mayúscula, por cuanto, en su sentir, en aquellos eventos en que la interceptación de comunicación, no evidencia la presunta autoría o participación del investigado en la comisión de conductas delictivas, éste jamás tendrá conocimiento sobre la vulneración de su derecho a la intimidad, sin la existencia de motivos fundados para tal fin, “lo que lo convierte en víctima, y ese desconocimiento no le permitiría al individuo adelantar una acción en contra del Estado, ya que nunca se enteró que su derecho a la intimidad estaba siendo violado por parte del Estado” (p. 73). Esa misma preocupación la comparte Oviedo (2015), y la expone así:

La situación especial en este caso de las interceptaciones telefónicas se presenta, cuando la información obtenida producto de las interceptaciones no es de utilidad para la investigación y a estas no se les realiza ningún tipo de control ante el juez de control de garantías, quedando afectado el derecho y su titular (p. 17-18).

Por su parte, Rojas (2011), considera que pese a la exclusión del material probatorio producto de interceptaciones telefónicas, por vicios en su obtención, ya se ha afectado el derecho de intimidad, y afirma:

lo cierto es que no alcanza a restablecer el *statu quo* del derecho, pues el conocimiento que el intruso haya adquirido sobre aspectos ocultos de la vida de la víctima no desaparece de su mente por el hecho de que se aborrezca el material probatorio, y mucho menos si a pesar de descartarlo como elemento de prueba, subsiste como elemento físico (párr. 19)

Ello puede representar una realidad, pero nos es menos cierto que la facultad para permitir una intervención telefónica, lleva inmersa una fundamentación seria, basada en otros medios de convicción, pues “cada una de las restricciones a los derechos fundamentales que se le realicen, tiene que estar debidamente regulada, ponderada y controlada” (Casabianca, 2015, p. 346). Además, ha de tenerse presente que la potestad de interceptar comunicaciones a determinados miembros de la sociedad, previos motivos analizados, se constituye en lo que Farfán (2014) denomina: “otra manera de preservar los derechos y libertades fundamentales, con lo cual el Estado cumple de igual manera un deber de garantía” (p. 54). Ello por cuanto la prevención de las actividades delictivas, que es un motivo intrínseco de la interceptación, conlleva a la salvaguarda de la seguridad de la comunidad en general. Por ello Casabianca (2015), muy acertadamente, sostuvo:

[L]a creación del Estado como una asociación entre los hombres, mediante la cual sacrifican algo de su libertad por garantizar su seguridad, de ahí que, ante una amenaza en contra de la seguridad del Estado, surgen inmediatamente normas que restringen las libertades individuales y, muy especialmente, el secreto de las comunicaciones; y, dentro de este, de las conversaciones telefónicas (p.349).

Desde otra perspectiva, Ronquillo (2014) expresa preocupaciones respecto al control posterior de legalidad que se ejerce sobre la interceptación, considerando que el mismo debiera realizarse previamente, ello por cuanto, en su sentir, el investigado, al no tener conocimiento de las maniobras que sobre sus comunicaciones ejerce la Fiscalía, está vedado para efectos de acudir a mecanismos de protección de sus derechos, “prevaleciendo el interés del ente acusador sobre los derechos fundamentales de las personas” (p. 5).

Sin embargo, diferimos de tal apreciación, por varias razones. La primera, porque el “interés” que se hace prevalecer sobre el derecho individual a la intimidad y secreto de

comunicaciones de determinado investigado, corresponde al interés general, es decir, redundaría en mantener informada a la comunidad sobre los riesgos que representa la comisión de delitos, así como para efectos disuasivos y de prevención. La segunda, toda vez que, la facultad del Ente acusador de interceptar comunicaciones, ostenta rango constitucional, como ya se mencionó, no se trata de un capricho, o una actuación llevada al azar, por falta de regulación normativa. La tercera porque, como se ha analizado en el cuerpo del presente trabajo, uno de los fines constitucionales que limita el derecho a la intimidad en tratándose de interceptación de comunicaciones, es el mantenimiento de un orden justo. En ocasiones implica ceder parte del goce efectivo de los derechos en aras de obtener garantías de protección para los mismos.

Por su parte, Oviedo (2015) manifiesta un malestar similar, al considerar:

Sea la oportunidad para resaltar, que si se analizan las actuaciones que legalmente requieren de autorización judicial previa a su realización, encontramos que eventualmente se podrían vulnerar derechos fundamentales comunes como lo son la intimidad, la dignidad, la integridad física y la autonomía entre otros, haciendo menester señalar que la mayoría de esos derechos también pueden resultar afectados en las interceptaciones telefónicas (p. 20).

Quizá *prima facie* tuviera razón, empero, debido a que la facultad de interceptación de comunicaciones con previa orden judicial por parte de la Fiscalía, se halla prevista incluso desde la Constitución (art 15.2, 250.2 Superiores), casi que cierra la brecha al debate, pues inoficioso resultaría abordar un debate en constitucionalidad, cuando la misma Carta lo prevé así, aunque, nada impediría que dicha temática fuere abordada en una reforma Constitucional, e incluso en una nueva constituyente.

Sin embargo, el SIDH, no ha sido ajeno a similares preocupaciones; pues en ocasiones el aparato estatal desborda todo criterio de racionalidad mínimo, irrumpiendo el secreto de las comunicaciones, mediante actuaciones viciadas de ilegalidad, ora de ilicitud, quedando el afectado inerte ante tal proceder, tan maquillado de aparente legalidad, y -en las más de las ocasiones-, en supuesta salvaguarda de la seguridad nacional, o el combate del crimen organizado. Buscando sentar precedente vía *res iudicata*, ha resultado dos casos controversiales, ambos con declaratoria de

responsabilidad de los Estados, por vulneración del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, mediante interceptaciones de agentes estatales.

En el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, la Honorable Corte IDH conoció sobre la interceptación, grabación y divulgación de una comunicación privada, perteneciente a un profesional del derecho, en ejercicio de su profesión; así como la posterior apertura de un proceso de índole penal, por delitos contra el honor, contra el mentado profesional, por haber denunciado la presunta ilicitud de las interceptaciones. En este caso, prosperó la condena solicitada por el accionante en contra del Estado Panameño, por la vulneración de los artículos 11.2¹⁵ y 1.1¹⁶ de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH. Los Jueces Colegiados concluyeron 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 estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, Serie C, párr. 56).

Por esta misma vía, en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, el Tribunal Interamericano conoció sobre la interceptación y monitoreo de líneas telefónicas de varios ciudadanos miembros de organizaciones sindicales, por parte de agentes estatales. Tras la declaratoria de responsabilidad y consecuente condena de reparación al Estado Brasileño, el juez plural expresó que, toda actuación llevada a cabo por agentes pertenecientes a los Estados que hacen parte de la OEA:

[P]ara que resulte conforme a la CADH [...] 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

¹⁵ 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.

¹⁶ Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

contraria a la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, serie, VII, párr. 129).

Ello implica, para las autoridades judiciales, de las cuales hace parte la Fiscalía que, para efectos de injerencia en los derechos fundamentales del colectivo, deban consultar el precedente Interamericano, so pena que, el juez de conocimiento, en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, -en ejercicio del obligatorio control de convencionalidad que está llamado a ejercer- deseche de la actuación, las pruebas obtenidas con vulneración a los derechos o garantías fundamentales del procesado.

2.2. La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario

El término “interceptación de comunicaciones”, quizá prima facie, nos remita de inmediato a pensar en el proceso penal, la actuación que ordena la Fiscalía, y es llevada a cabo por agentes de Policía Judicial. Sin embargo, en los procesos sancionatorios que cursan ante el Ministerio Público, el Procurador General de la Nación, se halla plenamente facultado para ordenar interceptación de comunicaciones, al interior de las investigaciones que cursan ante esa Entidad, con fundamento en el canon 227 de la Carta Política, que en numeral 6° señala: “[...] adelantar las investigaciones correspondientes [...]”, y en el inciso final del numeral 10° prevé: “Para el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial y podrá interponer las acciones que considere necesaria”.

La atribución jurisdiccional concedida al Jefe del Ministerio Público, para efectos de interceptación de comunicaciones inicialmente fueron desarrolladas en la ley 200 de 1995, artículo 135, (antiguo Código Disciplinario Único), el cual surtió control de constitucionalidad, habiéndose declarado exequible. En dicha ocasión, señaló esa Corporación:

Entonces, como para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de

acusación, funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Superior (Corte Constitucional, Sentencia C-224, 1996).

En el actual Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002, dichas facultades jurisdiccionales, fueron incorporadas en el canon 148, el cual fue demandado en acción pública de inconstitucionalidad, pues consideró la accionante que la facultad otorgada al Procurador General, de dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal, eran contrarias a los artículos 15 (derecho a la intimidad) , 28 (derecho a la libertad) , 29 (debido proceso), 113 (ramas del poder público) y, 116 (Administradores de justicia), de la Carta de 1991. Mediante sentencia C-1121 de 2005, con ponencia del Honorable Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional conceptuó que respecto a dicha temática operó la institución de cosa juzgada material, toda vez que ello había sido decidido en Sentencia C- 224 de 1996, en los términos que arriba se mencionó.

Actualmente, el artículo 200 de la ley 1952 de 2019 (Nuevo Código Disciplinario Único), confiere al jefe del Ministerio Público las facultades de Policía Judicial para el aseguramiento y practica de pruebas, en los mismos términos que lo hace el canon 148 de la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único).

Al tenor del inciso final del artículo 130.3 Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002, y hoy, 149 de la ley 1952 de 2019 (Nuevo Código Disciplinario Único), “Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”. En este sentido, “[l]as diligencias que investigativas implican restricción de derechos fundamentales del investigado, como la intervención de comunicaciones telefónicas, están reguladas en el Código de Procedimiento Penal, y, en consecuencia, tales normas se aplican por integración al proceso disciplinario” (Farfán, 2014, p. 170).

2.3. La confusa línea divisoria entre la interceptación de comunicaciones y el monitoreo del espectro electromagnético - ¿Vulneración del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones?

En desarrollo del precepto 75 Superior, que en su parte pertinente menciona:

“El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”, fue sancionada la Ley Estatutaria 1623 de 2013, comúnmente conocida como “Ley de Inteligencia y Contrainteligencia”, inscrita dentro del marco misional de cumplimiento de uno de los fines del Estado “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, previsto en el artículo 2° de nuestra Carta Política.

Según el artículo 2° de esta ley, los organismos encargados de llevar a cabo funciones de inteligencia y contrainteligencia, son “las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía nacional organizadas por estas para tal fin, la unidad de información y análisis financiero (UAIF), y por los demás organismos que faculte para ello la ley”, siendo los jefes de estas unidades, quienes ordenan dichas actuaciones; cuya vertebral actividad comprende el “monitoreo del espectro electromagnético”, y su canon 17 menciona con amplia claridad que” la información recolectada en el marco del monitoreo del espectro [...] que no sirva para el cumplimiento de los fines establecidos en la presente ley, deberá ser destruida y no podrá ser almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia. Aunado a ello, esa misma norma, hace la precisión respecto a que “el monitoreo no constituye interceptación de comunicaciones”.

De la misma forma, el inciso final de ese artículo 17 expresa que “La interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, 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”.

Farfán (2014), efectuado una interpretación de esta última norma, distingue entre la naturaleza técnica del rastreo del espectro, orientada a recolectar información tendiente a la

prevención del delito, ordenada por organismos de inteligencia en el marco de sus facultades; y la interceptación de abonados telefónicos y mensajes de datos, circunscrita a los actos de investigación, sujetos para práctica, a una autorización judicial, con la finalidad de obtener elementos materiales probatorios, en el marco de una actuación penal.

Lo anterior resume que, la acción de rastrear el espectro electromagnético, no necesita para su ejecución, una orden judicial, porque en gracia de discusión, supondría, que no se están lesionando derechos fundamentales, verbigracia la intimidad; contrario a si se hace menester interceptar una comunicación, donde deberá contarse con la orden de la Fiscalía, por intervenir la órbita íntima del investigado que ostenta el rango de *iusfundamental*.

Sin embargo, éste es el punto álgido que genera controversia en la doctrina. Pues como lo hemos visto, se ha hablado de “rastreo del espectro electromagnético”, pero ¿dónde se halla definido conceptualmente ese término, a que hace referencia, que maniobras implica, que actividades lleva inmersas? Ellos son cuestionamientos muy contundentes, planteados desde organizaciones de Derechos Humanos; pues el rastreo del espectro, como la interceptación de comunicaciones, comparten una acción idéntica: intervenir las comunicaciones secretas de los ciudadanos. Y, como se verá, el rastreo, al parecer, se efectúa al azar, de forma incidental, no a persona determinada, por ello no requiere orden judicial; en tanto que la interceptación se dirige a persona determinada, por ello requiere orden judicial, la del Fiscal. El inconveniente consiste en determinar la línea divisoria de ambas actuaciones, la de rastrear o monitorear y la de interceptar, pues la vulneración al secreto de las comunicaciones y la intimidad, se hallan de por medio.

Para Dejusticia, Fundación Karisma y Privacy International. (2017),

Al no existir una definición de “monitorear el espectro electromagnético,” podría incluir el análisis y monitoreo de los correos electrónicos, mensajes de texto y las llamadas telefónicas que se transmitan a través del espectro electromagnético. Esos actos constituyen una interceptación de la comunicación y, por consiguiente, interfieren con la intimidad de la persona que envía y recibe la información. (p. 6).

Por su parte, Dejusticia (2014) sostiene que “[e]l monitoreo es una forma de interceptación: “El barrido al espectro electromagnético es una intervención directa sobre la intimidad de las personas”. “[...] la ausencia de una orden judicial deja inerme al ciudadano frente

a la privacidad y seguridad de sus comunicaciones personales” (P. 39). Así las cosas, si se acepta que existe vulneración de derechos fundamentales, preciso sería conceputar que la orden de autoridad judicial debería regir esa actuación; pero ello supone un desafío mayor: el de identificar el titular del derecho fundamental conculcado. A su vez, ello engendra otra problemática adicional, pues al efectuarse al rastreo del espectro al azar, a personas indeterminadas, ¿cómo identificar al titular del derecho fundamental que se va a intervenir en su esfera íntima y secreta de las comunicaciones, para proferir orden a nombre suyo? Ese es un inconveniente de dimensiones mayúsculas, porque no es posible ordenar interceptación de comunicaciones, dirigidas a: personas indeterminadas, debe existir un titular que soporte la resolución judicial.

Dejusticia, Fundación Karisma y Privacy International. (2017), igualmente sostienen que:

[L]a expresión "el monitoreo no constituye una interceptación de comunicaciones" [...], no reconoce que el monitoreo del espectro electromagnético constituye una interferencia con la intimidad de las comunicaciones. Al no exigir que el monitoreo del espectro electromagnético esté sujeto a normas iguales o similares a las que regulan la interceptación de comunicaciones conforme al Código de Procedimiento Penal, la Ley de Inteligencia no brinda protección contra las injerencias en las comunicaciones privadas (p. 7).

Ello evidencia el impacto nocivo para los derechos fundamentales que ha generado la incorporación de tecnologías en el cumplimiento de los fines del Estado, pero explana una problemática de mayor dimensión, la precaria regulación del órgano Legislativo frente a la creciente intervención de la tecnología en los derechos de la persona humana, pues, “ni el legislador ni el juez en Colombia se están preguntando qué tipo de impacto tiene la tecnología en el ejercicio de derechos fundamentales” (Dejusticia, 2014, p. 44). Esa es una verdadera preocupación incluso desde el derecho internacional de los derechos humanos.

En el documento 18 de Dejusticia (2014), se plantean tres problemáticas al ordenamiento jurídico en materia de vigilancia de comunicaciones, a la luz de la tecnología moderna:

- i) aunque existe una distinción conceptual entre el monitoreo del espectro radioeléctrico y la interceptación de comunicaciones, en la práctica se superponen: de una actividad de

monitoreo puede derivarse una interceptación, o en desarrollo de una interceptación puede monitorearse el espectro; ii) sin tener una definición granular, la interceptación de comunicaciones puede desembocar en esquemas de vigilancia masiva o desproporcionada contra el individuo; iii) en combinación con las demás herramientas de vigilancia, el acceso a los datos de los usuarios constituye un riesgo adicional de vulneración de derechos fundamentales (p. 36).

Esa vigilancia masiva y desproporcionada, a la que refiere esta ONG, se halla materializada en un proceso judicial fallado en la Corte Suprema de Justicia, fechado a 10 de julio de 2007, dentro del Radicado N° 26118. Refiere a condena impuesta al Ex Senador Álvaro Alfonso García Romero, como determinador de la Masacre de Macayepo – Bolívar, donde fueron asesinados doce campesinos por grupos de Autodefensa. Según se supo, en maniobras desplegadas por los organismos de inteligencia, fue monitoreada una comunicación al mentado Ex Senador, con un ganadero de la región, donde se dialogaba sobre el movimiento de grupos de Autodefensa en el área. De dicha comunicación se dedujo la calidad de determinador García Romero, en la masacre.

Lo cierto es que, la prueba sobre la cual la Corte fundamenta el fallo condenatorio, fue la obtenida mediante monitoreo producto de labores de inteligencia, actividad que debió haber sido encauzada como interceptaciones de comunicaciones, habiéndose necesitado para el efecto, orden judicial de la Fiscalía, toda vez que, se incorporó a un proceso judicial, y lesionaba derechos fundamentales a la intimidad y secreto de las comunicaciones. Nada de ello ocurrió; tal como afirma Farfán (2014), “todo parece indicar que la Corte sustenta materialmente la Resolución acusatoria y el fallo, en una prueba que no ostenta el carácter de interceptaciones comunicaciones legalmente decretada por autoridad judicial, y que por tanto es nula de pleno derecho” (p. 103).

Ello ejemplifica la tenue línea divisoria entre el rastreo del espectro, y la interceptación. El legislador está llamado a regular las lagunas jurídicas existentes, en pro de los derechos fundamentales de los investigados.

3. DEL PUNIBLE DE VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES

Ya se ha advertido que la intervención del aparato estatal en las comunicaciones de las personas, se hace necesaria, dando prevalencia al interés general, el combate contra la criminalidad, y garantía de un orden justo; con la plena observancia de los presupuestos legales

que para el efecto dispone el debido proceso, pero ocurre que, en ocasiones, la interceptación de comunicaciones, no es efectuada por agentes estatales, sino por personas particulares en busca de sus propios intereses, o de terceros.

Conscientes de la vulneración del derecho a la intimidad, que los instrumentos tecnológicos pueden generar en este ámbito, tal como la injerencia en las comunicaciones privadas, las Naciones Unidas, en la Conferencia Internacional de Derechos del Hombre llevada a cabo en Teherán, en el año 1968, aprobó una resolución final, con recomendaciones dirigidas a todos los Estados, tendiente a la prevención de dicha práctica invasiva de derechos fundamentales. Según la doctrina:

La primera recomendación fue la de que, los códigos penales tipifiquen como infracción penal tales actividades, salvo cuando la grabación la hagan los participantes en la conversación o cuando la efectúa la autoridad competente (generalmente un fiscal o juez) con la finalidad de esclarecer o allegar elementos de juicio probatorios a una investigación criminal, o por razones de seguridad nacional (Escobar y Marulanda, 2004, p. 69).

Con el mayor rigor fue seguida esa indicación por nuestro Estado, tipificándolo como violación ilícita de comunicaciones, previsto actualmente en el canon 192¹⁷, y, adicional a ello, una especie de ésta, cuyo *nomen iuris* es: violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial, vertida en el canon 196 ejusdem¹⁸, del Estatuto Penal.

La doctrina, al respecto nos precisa que:

El Código Penal del 2000, en su artículo 192, describe la violación ilícita de comunicaciones de carácter privado, norma en la cual reprodujo la promulgada en

¹⁷ Ley 599 de 2000. Artículo 192: *Violación ilícita de comunicaciones*. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

¹⁸ Ley 599 de 2000. Artículo 196: *Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial*. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida comunicación o correspondencia de carácter oficial, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

La pena descrita en el inciso anterior se aumentará hasta en una tercera parte cuando la comunicación o la correspondencia esté destinada o remitida a la Rama Judicial o a los organismos de control o de seguridad del Estado

el estatuto penal de 1980, pero incrementó las penas y suprimió el inciso segundo que agravaba la conducta cuando se trataba de comunicación oficial, el cual fue convertido en una descripción penal autónoma contenida en el artículo 196 sobre violación ilícita de comunicaciones de carácter oficial (González-Monguí, 2017, p. 313).

El sujeto activo en ambos casos es indeterminado, es decir, la comisión del punible puede llegar a ser efectuada tanto por personas del común, como por agentes estatales, en este último caso, valiéndose de los medios públicos, o, por adquisición personal que efectúen. Por su parte, el sujeto pasivo, en el primero de los eventos, será igualmente indeterminado, pero, en el segundo, tendrá por titular un organismo o corporación estatal; de ahí el agravante punitivo previsto en el inciso final del canon 196 de la ley 599 de 2000.

González-Monguí (2017) afirma además que, este tipo penal “no trae un elemento subjetivo, razón por la cual es intrascendente la finalidad específica buscada con la acción. Puede ser por curiosidad, para espiar, para conocer los movimientos de la persona o por razones pasionales, entre otras” (p. 316). Ello supone, *per sé* que, una vez materializado el verbo rector de la conducta delictiva, es decir, una vez interceptada la comunicación, se configuran tanto la antijuricidad formal, -esto es-, el desconocimiento del precepto positivo contenido el canon 192 del Estatuto Penal, como la antijuricidad material, -ello es-, la puesta en riesgo del bien jurídicamente tutelado que, para el caso concreto es la libertad individual, la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

4. DE LA VALIDÉZ DE LA PRUEBA PRODUCTO DE INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

La interceptación de comunicaciones, al incorporarse a la actuación judicial, como grabación magnetofónica contenida en discos, cintas o casetes, constituye sin duda un documento.

Tal como lo expone Peláez (2015) se “considera documento todo aquello a lo que la Ley le da esa denominación; en ese orden de ideas, basta con identificar el texto o norma que indica qué se considera documento para llegar a dicha conclusión” (p. 335). Así, con bastante claridad, el canon 424 de la ley 906 de 2004, enlista como documentos, entre otros, las grabaciones

magnetofónicas, discos de todas las especies que contengan grabaciones, grabaciones fonópticas o videos, etc.

El régimen de obtención de la prueba, en tratándose de interceptación de comunicaciones, sigue el debido proceso. Requiere los motivos fundamentados que den cuenta, mediante algún medio probatorio convincente (declaración, denuncia etc.), que la persona cuya injerencia en sus comunicaciones se procura, desarrolla o contribuye en conductas delictivas, es indiciado, o condenado. Es necesaria orden judicial por escrito que, como se vio, debe ser proferida por el Fiscal general o sus delgados. En caso tal, que el término de seis meses para las labores de interceptación, sea insuficiente para los fines pertinentes, y se desee prorrogar dicho término, es necesario el control previo ante el juez de control de garantías, debidamente fundamentado. Una vez finalizadas las labores de interceptación, debe solicitarse dentro de las 24 horas siguientes, su control de legalidad posterior, ante el juez de control de garantías, para que decida sobre la validez en la obtención de las mismas, y finalmente deberá darse aplicación precisa al proceso de cadena de custodia previsto en el canon 254 y siguientes de la Ley 906 de 2004, hasta el momento en que se efectúe la práctica y el debate probatorio, en la audiencia de juicio oral.

Solo con el cumplimiento estricto del anterior ritualismo, el Ente acusador podrá incorporar, descubrir, y, finalmente alcanzar los fines de la prueba, en la etapa de juicio; y correlativamente, el juez de conocimiento tendrá criterio para valorarla, y verter su valor probatorio en la sentencia, para efectos de proferir decisión.

4.1. Ilegalidad e ilicitud probatorias

La dogmática probatoria en ocasiones suele ser confusa al diferenciar entre prueba ilegal, y prueba ilícita. Algunos doctrinantes e incluso la jurisprudencia¹⁹ incurren en el yerro de tratarlas como sinónimas, sin serlo. Adicionalmente, suele manejarse el término “prueba inconstitucional, como si se tratase de otra especie. Doctrinariamente, Peláez (2015) diferencia entre prueba inconstitucional y prueba ilícita. En ese orden de ideas menciona que “[1]a primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales, y la segunda guarda relación con la

¹⁹ [P]or **prueba ilegal** se entiende aquella que se haya practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal; y (iii) para efectos de determinar la nulidad de la prueba derivada de la **prueba ilícita** será necesario tomar en cuenta los criterios del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley (Corte Constitucional, Sent. C-541 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).

adoptada mediante actuaciones ilícitas, que representan una violación de las garantías del investigado [...]” (p. 46). Pese a que se achaca esa conceptualización como suya (pues no describe fuente jurisprudencial), lo toma integralmente de la sentencia C-591 de 2005. Empero ello, dicho concepto se presta para confusiones, pues en materia probatoria, suele diferenciarse entre prueba ilícita o inconstitucional, como aquella obtenida vulnerando derechos fundamentales (desconocimiento del debido proceso desde la perspectiva constitucional); y la prueba ilegal, como aquella aducida o conseguida con violación de los requisitos formales previstos en la ley (desconocimiento del debido proceso desde la perspectiva legal). Pero dejemos que sea la más depurada jurisprudencia la que nos aclare el panorama:

[Se] ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-916, 2008).

Sin hesitación alguna, dable es concluir que, en materia probatoria se sabe distinguir entre prueba ilícita (también denomina inconstitucional), y prueba ilegal, en los términos de la referida sentencia.

Efectuadas las anteriores y, tan necesarias precisiones; aquellas actuaciones de interceptación de comunicaciones que han desconocido el ordenamiento jurídico, engendran vicios en la prueba que pretende hacerse valer en la actuación procesal, así:

- ✓ Nos hallaremos frente a **prueba ilícita o inconstitucional**, cuando en la producción de la misma, es decir en la obtención de la grabación magnetofónica, que como sabemos constituye un documento, se vulnera el derecho fundamental a la intimidad (Constitución Política de Colombia de 1990, artículo 15); verbigracia, sin la orden del Fiscal. Pues ello supone una injerencia injustificada en la esfera íntima del investigado, que conlleva a la afectación del núcleo esencial de dicho derecho.
- ✓ Nos hallaremos frente a la **prueba ilegal**, cuando en la producción de la misma, es decir en la obtención de la grabación magnetofónica, que como sabemos constituye un

documento, se vulneran las disposiciones procesales que regulan su producción (Artículo 235 de la Ley 906 de 2004); verbigracia, cuando la fundamentación no se efectúa por escrito, cuando se desconoce el término de 24 posteriores a la finalización de las labores de interceptación para llevar cabo la diligencia de control de legalidad ante el juez de control de garantías, etc.

En este sentido, y tal como lo expresa Escobar y Marulanda (2004),

El derecho a la intimidad ante las conversaciones telefónicas, o derecho a impedir que se realicen interceptaciones telefónicas ilegales, [...] supone una garantía procesal fundamental, en el sentido de que los medios de prueba deben ser obtenidos legalmente, pero en manera alguna vulnerando derechos fundamentales (p. 70).

4.2. La regla de exclusión

El inciso final del artículo 29 Superior, prevé como “nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. A su vez, el precepto 23 de la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal, señala “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. A su vez, el artículo 360 ejusdem menciona que “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”. Dichas normas deben ser leídas en armonía, pues constituyen la denominada regla de exclusión probatoria, y profesan la eliminación del proceso, tanto de aquellas pruebas ilícitas (también denominadas inconstitucionales), como de las ilegales.

Sin embargo, especial atención debe prestarse al canon 455 del ordenamiento procesal penal, pues contiene criterios atemperadores de las pruebas viciadas de ilegalidad o ilicitud. En orden de ideas, es posible la incorporación al proceso de pruebas derivadas de pruebas ilícitas o legales, cuando se presente:

- ✓ *Vinculo atenuado*: Cuando el nexo de causalidad existente entre la prueba ilícita y la derivada es tan tenue que casi se diluye, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de buena fe. En dicho sentido, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Eyder Patiño Cabrera, expresó que dicha exceptiva a la regla de exclusión:

[...] parte del supuesto de una misma fuente en los dos medios de convicción, solo que el nexo causal no es determinante o se ha disipado, por ejemplo, dado el tiempo transcurrido desde la ilicitud, la cantidad y calidad de otros medios no contaminados o la naturaleza del elemento derivado, *verbi gratia*, la autoincriminación del acusado” (Sentencia SP10303, Radicado N° 43.691, 2014).

- ✓ *Fuente independiente*: El hecho aparece probado por una fuente autónoma, o como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, “se basa en la necesidad de establecer el origen de una y otra prueba, de tal manera que si, a pesar de la apariencia de comunidad, la secundaria no tiene el mismo foco de ilicitud, podrá ser valorada por el juzgador” (Sentencia SP 10303, Radicado N° 43.691, 2014).
- ✓ *Descubrimiento inevitable*: Tal como se sostiene la Corte Constitucional, “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 C-591, 2005).

Rojas (2011), refiriéndose a la prueba viciada de ilegalidad o ilicitud, efectúa una precisión muy importante, al sostener:

Pero si en cambio el material probatorio [la prueba ilícita o ilegal] se pretende aducir en contra del intruso o en beneficio del ofendido, ya sea por iniciativa de éste o por lo menos con su anuencia, la utilización se muestra inofensiva de la intimidad en cuanto consecuencia de la libre determinación individual del titular, lo que destruye la razón que justificaría la exclusión (p. 39).

En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mantiene vigente como precedente horizontal y vertical, la consideración según la cual:

[...] cuando una persona es víctima de un hecho punible puede grabar su propia imagen y/o voz en el momento en que es sometida a la exigencia criminosa, sin que requiera autorización judicial, pues precisamente con ese documento puede iniciar las acciones pertinentes. Ello porque la persona, de manera voluntaria, permite el conocimiento de sus comunicaciones con el objetivo de demostrar la ocurrencia de la conducta delictiva que la victimiza.

Obviamente, quien en estos eventos infringe la ley, al efectuar manifestaciones o desplegar acciones delictivas, no puede refugiarse en [ilicitud probatoria] para inhabilitar el uso del medio de convicción recaudado motu proprio por la víctima, en tanto la grabación constituye un acto defensivo ante el atropello que padece (Sentencia STP-15588, Radicado N° 76636, 2014).

Ello significa que, en el evento de obtención ilegal o ilícita de la prueba documental de interceptación de comunicaciones, la misma podrá ser incorporada en el proceso penal que curse en contra de la persona que realiza la interceptación, siempre que logre demostrarse como de autoría suya.

4.3. Algunas precisiones sobre el desconocimiento de las reglas de producción de la prueba en sede de casación penal.

El artículo 181.3 de la ley 906 de 2004, fijó, como motivo para recurrir la providencia de Ad-quem, en sede casatoria, el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, sobre las cuales se ha fundado la sentencia. Dicha causal, comporta el denominado vicio *facti in-iudicando*, o errores fácticos, vicios sobre el material probatorio. De la misma forma, en esta causal, se sabe diferenciar entre los errores de hecho (desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba) y de derecho (desconocimiento en las reglas de producción de la prueba). Los primeros, a su vez, se subdividen en falso juicio de existencia, por omisión o suposición de medios probatorios; falso juicio de identidad por adición, cercenamiento o tergiversación de los medios probatorios; y, falso juicio de raciocinio, por desconocimiento de las leyes científicas, los principios de la lógica, o desconocimiento de las máximas de experiencia.

A su turno, los segundos, se subdividen en falso juicio de convicción, por desconocimiento del sistema tarifario legal de la prueba, y, falso juicio de legalidad por obtención ilícita de la prueba, ora por ilegalidad. Para el tema que nos compete, abordaré los vicios emanados de la obtención irregular de interceptación de comunicaciones telefónicas, es decir, la ilegalidad o ilicitud de la prueba, y sus vías de planteamiento en sede casacional.

Tomando por referente los dos acápite anteriores, tenemos que, las pruebas documentales de interceptación de comunicaciones son ilegales, cuando en la misma se omite alguno de los

requisitos previstos para tal efecto en la codificación adjetiva, a menos que, dicha omisión comporte la vulneración de derechos fundamentales, caso en el cual, la obtención se torna en ilícita.

En este sentido, Daza (2016), sostiene que, el tratamiento que se les debe conceder a las pruebas viciadas por ilegalidad o ilicitud, siempre ha de ser, el de falso juicio de legalidad, es decir, su planteamiento debe encauzarse como error de derecho en vía indirecta, pues considera que la única nulidad planteable en sede extraordinaria, deben referir a la actuación procesal.

Ello no es del todo correcto, pues, aunque por regla general se acepte que la ilegalidad o ilicitud probatoria son típicos errores de derecho, y que la técnica casatoria para su planteamiento en esta sede deba ser el falso juicio de legalidad, es decir, la causal tercera de casación penal; no es menos cierto que existe una excepción a dicha regla: cuando la prueba además de ser ilícita, ha sido obtenida mediante tortura, tratos crueles o degradantes, desaparición forzada, o constreñimiento ilegal, pues en dicho evento, el yerro deja de ostentar la categoría in- iudicando (vicio de juicio), para convertirse en in-procedendo (yerro de actividad), en la modalidad: vicio de garantía. Por lo menos Daza (2016), no refiere a ello en su texto.

Dicha exceptiva, fue fijada por la Corte Constitucional, considerando que, cuando el operador judicial se halle al interior de la actuación procesal, con prueba ilícita, deberá aplicar sobre la misma, la regla de exclusión:

Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

Asunto que, en los mismos términos se traslada a sede extraordinaria, debiéndose plantear la respectiva nulidad a la luz del canon 181.2 de la ley 906 de 2004, al configurarse desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial (no de su estructura – vicio de estructura), sino de las garantías constitucionales (error de garantía) que se le debe al extremo procesal.

5. DEL DERECHO AL OLVIDO EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

El auge de las redes de comunicación, la era digital y las TIC, han propiciado que, la divulgación de información de índole penal (ordenes de capturas, contenido de interceptaciones telefónicas, condenas, preclusiones, absoluciones, prescripciones, etc.), circulen por la red, ocasionando en determinadas circunstancias, la afectación de derechos fundamentales. Al mejor decir de Ferrer et al. (2013), es posible evidenciar que “el mal uso del derecho de información del que gozan de manera particular los periodistas y medios de comunicación afecta principalmente tres derechos fundamentales: La honra (art. 21 CN), el Buen Nombre, la Intimidad personal y familiar (art. 15 CN.)” (p. 88). También se abre el abanico a responsabilidades con los particulares que puedan lesionar derechos como la integridad psicológica, la intimidad, el buen nombre, el derecho a la participación o incluso la igualdad, cuando se discrimina a alguien en los ambientes contruidos por las TIC (Becerra, Costino, García, Sánchez y Torres, 2015, p. 23).

Lo ideal fuese que el Legislador estuviere al tanto de los avances tecnológicos, para ponderar la afectación que dicho auge produce a los derechos fundamentales de las personas, y, consecuencia de ello, legislar en salvaguarda de estos, entre otras cosas, porque se constituye en uno de los fines del Estado. Ello no siempre ocurre, por ende, el afectado por dicha situación, -buscando protección de sus derechos lesionados-, concurre al aparato jurisdiccional, y este, contrario a la concepción común que se tiene, crea derecho, y tiene que crearlo, pues, en la actualidad, “es indiscutible que el uso de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC) impacta el ejercicio de los derechos fundamentales y genera desafíos para su protección” (Escobar, 2015, párr. 30).

Ello es lo acaecido con el derecho al olvido, pues no se halla positivizado en el ordenamiento jurídico, empero ello, los Tribunales Constitucionales, al conocer el caso concreto, en ejercicio de su función jurisdiccional, “dicen el derecho”, pero en ocasiones también lo crean.

“La doctrina sobre protección de datos ha recibido una nueva influencia que proviene de la regulación originada en la Eurozona se reconoce este derecho con la denominación del derecho al olvido” (Bautista, 2015, p. 27).

El antecedente para el reconocimiento de este derecho, emanó del *caso Spain S.L., Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González -EDJ 2014/67782- TJUE 13-5-14, asunto C-131/12*, fallado el 13 de mayo 2014, por el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea – TJUE-. Los hechos dan cuenta que, en los años 90, al señor Mario Costeja, ciudadano español, le fue embargado judicialmente el inmueble donde residía. Habiendo quedado al día con sus obligaciones, y, liberado el inmueble de todo gravamen, décadas después el buscador de Google, mantenía su información como morosa aún, y de la medida en contra del inmueble. Solicitando la tutela de sus derechos a la honra y el buen nombre, el ciudadano concurrió al Tribunal, donde halló eco su pretensión.

Córdoba (2014), expresa la conclusión favorable del TJUE, así:

[...] la información suministrada por los motores de búsqueda en relación con una persona «puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, cuando, la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda, se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo (párr. 20)

En dicho sentido, fue ordenado a Google, eliminar y des indexar de la red, la información desactualizada del señor Costeja, en salvaguarda de sus derechos a la vida privada, la honra, buen nombre, y protección de datos personales; y en protección adicional del **Derecho al olvido**

El Nuevo Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea, establece trece criterios para efectos de dar aplicación al derecho al olvido, en sus países miembros. Los más relevantes, refieren a la inexactitud de los datos, la sensibilidad de los mismos, la minoría de edad, el nivel de perjuicios que causa al interesado entre otros.

A nivel Latinoamericano, dicho asunto no es pacífico. Uno de los casos relevantes en la materia, corresponde a *María das Gracas Meneghel (Xuxa) vs Google*, fallado en 2015 por el

Tribunal Federal de Brasil – TFB-. Los hechos prevén que la actriz y comunicadora social “Xuxa”, solicitó que se borrara de la red, los datos correspondientes a una película que había grabado en el año 1980, donde se mostraba que ella sostenía encuentro sexual con un niño de 12 años.

Solicitando el amparo de sus derechos a la intimidad, el buen nombre, la honra, la protección de datos personales, el TFB denegó sus pretensiones, argumentando que, “obligar a los buscadores a eliminar links o datos es como empujarlos a que se conviertan en una suerte de censores de la información” (Jaimovich, 2016, párr. 3).

De este modo, la responsabilidad es achacada a los proveedores de la información, quienes serán los responsables de eliminar de los buscadores, la información sensible, errada o desactualizada que afecte derechos fundamentales, pero no le es imputable de forma directa, a la red macro: Google.

En el ámbito colombiano concretamente, el tema ya ha sido abordado en materia punitiva por los órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, efectivamente bajo el mismo *nomen iuris*: derecho al olvido. Según Escobar (2015) dicho término “se ha acuñado para hacer referencia a la eliminación, modificación o des-indexación de información veraz que afecte a una persona” (párr. 2). Dicho precepto cobra importancia en la era actual, permeada por la TICS, concretamente, debido a la función informativa, avalada por el principio de publicidad, que ejercen los motores de búsqueda en la red.

Para Bautista (2015), “[e]l núcleo esencial de este derecho se ocupa de garantizar que los titulares de la información puedan conocer quién posee datos sobre ellos, y que actúen, indicando si desean que dicha data permanezca almacenada, sea modificada o dadas de baja” (p. 27). Esas son precisamente las solicitudes que se elevaron ante el aparato jurisdiccional colombiano, exigiendo la protección del Derecho al olvido.

En sentencia T- 227 de 2015, con ponencia del Magistrado María Victoria Calle Correa, la Corte Constitucional conoció la solicitud de amparo de una ciudadana, por vulneración del derecho la intimidad, y debido proceso, presuntamente conculcados por Casa Editorial el Tiempo, al haber publicado, en agosto de 2000, un artículo vía web, en el cual relacionaba a la accionante con una red criminal dedicada al delito de “trata de personas”. Empero ello, en enero de 2018, operó el fenómeno prescriptivo de la acción penal, sin haber sido vencida en juicio la procesada. Sin embargo, la publicación se mantuvo en la página, sin efectuarse la actualización de la información respecto a la no declaratoria de responsabilidad penal por prescripción; aunado al fácil acceso a

dichos datos mediante buscadores de la red. Por ello, en diciembre de 2012 la accionante solicita al medio de comunicación, eliminar la información suya de los buscadores web, sin éxito en su petición. Llevado el caso a Revisión por la Sala Primera, luego de haberse amparado los derechos de la actora en sede de instancias, la Corte confirma parcialmente el fallo, revocando la orden de “eliminar”, por la de “actualizar” la información y ordenando la neutralización de acceso a la fuente primigenia del comunicado, en los motores de búsqueda. Dos fueron las razones fundantes del fallo.

La primera, respecto a que, el punible por el cual fue investigada, acarrea la estigmatización de su persona, en razón al rechazo que respecto de esa conducta profesa el colectivo social, lo cual puede generar graves afectaciones en las relaciones personales familiares y laborales.

La segunda, porque al haber operado la prescripción, -mas no, haberse declarado la absolución-, son limitadas las posibilidades de ejercer defensa frente a cuestionamientos en su contra por el proceso penal, por lo que debe hallarse una vía para salvaguardar sus derechos fundamentales.

En este caso, el derecho al olvido se materializó con la revisión de la sentencia, y constituye un precedente importante en la consolidación de una sólida línea jurisprudencial en defensa de tan vertebral precepto fundamental

Por su parte, en providencia de la Sala de Casación Penal, del 19 de agosto de 2015, la Corte estudió la solicitud de un ciudadano, mediante la cual pretendía se retirara su nombre de la base de datos que aparece en google, sobre el proceso de casación 20889 de 18 de noviembre de 2004, fallado en su contra. En sentir del solicitante, si bien, fue declarado responsable, no puede seguir estigmatizado de por vida, considera vulnerados sus derechos a buen nombre, honra e intimidad.

Pese a que, en este caso, no salió avante la pretensión del solicitante, en razón a que no había cumplido aún la pena impuesta, ni se configuraba el fenómeno prescriptivo, la Sala fijó la siguiente regla para los funcionarios responsables de la administración de sus bases de datos:

Una vez verificado el cumplimiento de la pena, o su prescripción, se suprimirán de las bases de datos de acceso abierto, los nombres de los condenados, salvo las excepciones legales, pero se mantendrá el archivo íntegro en sus archivos, en salvaguarda del derecho de acceso a la información pública, para consultarse en las oficinas en que reposa.

De esta forma, la jurisdicción ordinaria avanzó significativamente en la protección de derechos fundamentales, y en la creación dogmática de otros, pues en su sentir, “es una obligación que puede imponer la Corte para el adecuado manejo de la información pública que produce, del cual hace parte el deber de proteger el derecho a la vida privada de las personas físicas y **el derecho al olvido**”.

Sentadas las anteriores bases, y remitiéndome al título del presente acápite, el derecho al olvido posee una relación estrecha con el derecho a la intimidad en tratándose de interceptación de comunicaciones, así:

1. Tal como fueron reseñados los anteriores casos, donde no se actualiza, obstruye o elimina información de índole penal, lesiva de derechos fundamentales, bien puede ocurrir que, producto de interceptación de comunicaciones, y su posterior divulgación a medios de comunicación, en virtud del principio de publicidad, acceso la información e interés general; se realicen o propaguen publicaciones de su contenido, falaces, adicionadas, cercenadas, fraccionadas, o tergiversadas. En dicho caso el afectado, está facultado para acudir ante la jurisdicción, solicitando el amparo de sus derechos a la intimidad, que incluye honra y buen nombre, así como el derecho al olvido, para evitar estigmatizaciones en su persona, en diversos estadios de su integridad.
2. Bien puede ocurrir que, producto de interceptaciones veraces, pero viciadas de ilegalidad o licitud; filtradas a los medios de comunicación, y divulgadas a la sociedad en cumplimiento de los principios ya reseñados, a través e las redes de comunicación; se afecte el derecho a la intimidad del investigado, e incluso de terceros, caso en el cual, de la misma forma, se posibilita el acceso a la jurisdicción, exigiendo el amparo del derecho a la intimidad y el olvido. Pues, pese a la veracidad de la información, valores de orden superior fundantes del Estado social, impedirán que circule información en mengua de los derechos subjetivos, cuando han sido producto de una frontal injerencia ilícita o ilegal de agentes estatales.

Con razón Escobar y Marulanda (2004), en referencia al derecho a la intimidad, afirman:

Tiene una relación directa, muy estrecha con el derecho a la información. De ahí que sean susceptibles de ser difundidas aquellas noticias obtenidas mediante escuchas telefónicas, siempre que respondan a un interés general, y no pertenezcan a la más estricta intimidad del individuo. Pero también existe una estrecha relación de este derecho con el derecho al honor, pues las noticias o datos descubiertos por conducto de las escuchas telefónicas, pueden suponer un grave atentado al buen nombre o la fama de la persona (p. 71).

De ahí, que se haya deducido, la posibilidad de concurrir a la jurisdicción solicitando el amparo de derechos fundamentales, cuando, producto de interceptaciones telefónicas, y su posterior divulgación, genera afectación al titular, producto, verbigracia, de la ilegalidad o licitud en la obtención, ora por la tergiversación del contenido alcanzado por la injerencia estatal.

6. DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

La actuación de interceptación de comunicaciones telefónicas, difiere ampliamente del registro de las mismas, en dicho sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al sostener que:

[...] interceptar una comunicación consiste en apoderarse de ella antes de que llegue a la persona a quien se destina, detenerla en su camino, interrumpirla u obstruirla, en fin, impedir que llegue a donde fue enviada; registrarla, por su parte, implica examinarla con cierto cuidado para enterarse de cuanto contiene (Corte Constitucional, Sentencia T-916, 2008).

Para el caso que nos viene ocupando, exclusivamente se está abordando el tema de interceptación.

Derecho a la intimidad, y actuación de interceptación de comunicaciones telefónicas, es un conflicto de antaño, entre un derecho subjetivo relativo, y una importante acción de política criminal e interés general que, en el marco propio, y, al amparo de la dogmática óptica del Estado

Social de Derecho, debió ser resulta a favor del interés más preponderante de la colectividad: el general. Ello significa que, el interés individual y subjetivo quedó subyugado al interés general; por ende, en tanto no exista amenaza cierta y contundente a los intereses sociales producto de la actividad delictiva, nula va a ser la afectación del interés individual y determinado, de los miembros que integran la sociedad.

Mientras subsista al interior del Estado, sujetos encaminados en la senda del delito, que supongan una afectación cierta a la seguridad Estatal, el aparato punitivo estará facultado plenamente para injerirse en la esfera íntima de los mismos, para el caso concreto, mediante la interceptación de sus comunicaciones, buscando la prevención de conductas delictivas.

En ese sentido, a menores indicios fundados de actividad criminal, (afectación del interés general) menor injerencia del aparato estatal en la esfera íntima de los presuntos responsables (afectación al interés individual fundadamente).

Jurídicamente, la interceptación de comunicaciones telefónicas, se convierte en una limitante al derecho fundamental a la intimidad, porque los fines del Estado, así lo demandan.

Al amparo del canon 1° primero Superior, la prevalencia del interés general, orienta a los fines esenciales del Estado previstos en el canon 2°, estar al servicio

El servicio a la comunidad, lleva inmersa la defensa de sus intereses ante la comisión del delito, por ello razonada y ponderadamente los agentes estatales intervienen las comunicaciones.

El acto de promover la prosperidad general, implica la prevención de las conductas delictivas, pues al ser estas, actuaciones de impacto social, generan repudio del colectivo, zozobra, sensación de inseguridad, lo cual mengua el propósito de prosperidad general.

La garantía de la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales, solo son posibles de realizar, en un escenario escindido de la criminalidad, pues esta es el primer factor de vulneración de los mismos.

Las formas de participación ciudadana en la vida política, económica, administrativa, y cultural, solo pueden gestarse al margen de la amenaza delictiva, pues esta aniquila, arrolla y destruye toda intención de participación colectiva

El aseguramiento de la convivencia pacífica y el mantenimiento de un orden justo, logra su propósito, desde el combate frontal al crimen. Solo así, la sensación de seguridad, y la garantía de la misma, por parte de las instituciones estatales, engendran el bienestar del colectivo social.

En ese orden de ideas, los límites que impone el Estado sobre el derecho fundamental a la intimidad, cuando de interceptación de comunicaciones -por parte de sus agentes-, se trata, son:

- ✓ *Interés general:* El cual, pese a la carga de indeterminación que soporta; en el caso explícito de la existencia de motivos fundados que indiquen el posible hallazgo de evidencias, materiales probatorios, búsqueda y ubicación de imputados indiciados o condenados de interés para procesos judiciales, prevalecerá para efectos de prevención de prácticas delictivas.
- ✓ *La defensa de intereses superiores del ordenamiento jurídico:* verbigracia la justicia, la reparación a víctimas de las conductas delictivas, el mantenimiento de un orden justo, el mantenimiento de la paz y la tranquilidad de la sociedad, el mantenimiento incólume del régimen constitucional y legal, la garantía del estatuto de la oposición, la conservación del régimen electoral, asegurar la participación democrática.
- ✓ *El cumplimiento de los deberes constitucionales:* Donde identificamos, la contribución con las instituciones estatales para el buen funcionamiento de la administración de justicia, la protección de los recursos naturales y culturales del país y la conservación de un ambiente sano, la contribución y el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.
- ✓ *La razonable protección de intereses públicos definidos por el legislador:* Dentro de los cuales podemos hallar la seguridad del Estado, la estabilidad del régimen económico y de la hacienda pública, la defensa del territorio nacional, el apoyo a las autoridades democráticas, para mantener la independencia e integridad nacional.
- ✓ *La defensa de los bienes jurídicamente tutelados:* Incluye los previstos en la parte especial de la ley 599 de 2000 – Código Penal.
- ✓ *Derecho a la información:* Ello por cuanto, el acceso a la información y la publicidad supone que, al ser revelado el contenido de las interceptaciones ante los medios de comunicación, se cumpla con los fines de prevención general del delito, su efecto

disuasorio, pues las personas ponderan las consecuencias que siguen a la ejecución del punible. También para efectos de controlar y vigilar la transparencia de las instituciones judiciales, o para juzgar su arbitrariedad en los Estados democráticos

CONCLUSIONES

Corolario de lo expuesto en el cuerpo del presente trabajo, es dable exponer las siguientes conclusiones:

El derecho a la intimidad, aun ostentando la calidad de fundamental, no se constituye *per se* en absoluto. Es un derecho relativo que, en el caso concreto, y sometido a test de ponderación se determina su prevalencia o no. Bajo precisas circunstancias y necesidades de política criminal, debe ceder, en salvaguarda de intereses constitucionales de orden superior, sin que, por tal motivo, se considere vulnerado su núcleo esencial, pues se funda en los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad.

La actuación de interceptación de comunicaciones, previstas en los cánones 15 y 250 de la Constitución, y 235 de la Ley 906 de 2004, como elemento integrante de la política criminal del Estado, para la lucha contra el crimen y demás formas de delincuencia, no supone una injerencia arbitraria en la esfera íntima del investigado, pues la orden del Fiscal por escrito, y debidamente fundamentada en otros medios probatorios, se halla en armonía con el Bloque de Constitucionalidad.

Los actos de la Fiscalía General de la Nación, no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de los que impliquen restricción de los derechos fundamentales, los cuales, en todo caso, deberán ser controlados por el juez de control de garantías.

La Fiscalía General de la Nación, según la voces del canon 116 Superior, es una autoridad judicial, mas no jurisdiccional, debido a que no está facultada para “decir el derecho” y sus actuaciones no están amparadas por garantías de autonomía judicial, independencia e imparcialidad: por ello, pese hallarse facultada para adoptar medidas de injerencia en el derecho a la intimidad (cánones 15 y 28 Superiores), la validez constitucional de aquéllas debe ser decidida dentro de las veinticuatro horas siguientes a su práctica, por el juez de control de garantías.

En materia disciplinaria, el Procurador General de la Nación o su delegado, son la autoridad encargada para ordenar la interceptación de comunicaciones, atendiéndose para dicha práctica, por remisión normativa, al ordenamiento penal. Facultades previstas para el efecto, en el canon 148 del Código Disciplinario Único - Ley 734 de 2002, y canon 200 de la ley 1952 de 2019 - Nuevo Código Disciplinario Único

Existe una confusa línea divisoria entre la actuación investigativa de interceptación de comunicaciones, que requiere orden judicial para su práctica, y que va dirigida contra persona determinada; y la maniobra de inteligencia de rastreo del espectro electromagnético que no necesita orden judicial para su realización, es incidental, y no va dirigida contra persona determinada que, en la práctica, se superponen: de una actividad de monitoreo puede derivarse una interceptación, o en desarrollo de una interceptación puede monitorearse el espectro; dejando al titular del derecho fundamental inerte, ante la injerencia y vigilancia estatal desproporcionada en dicha esfera

En materia de la prueba documental de interceptación de comunicaciones, la regla de exclusión deberá ser aplicada para desechar del proceso judicial, bien la prueba ilícita, obtenida con violación de derechos fundamentales, verbigracia, la ausencia de orden escrita del fiscal; o por ilegal, en los casos de incumplimiento de los requisitos adjetivos de producción.

En derecho al olvido, es un derecho en construcción y avance al interior de las jurisdicciones, que, para el caso de violaciones a derechos fundamentales -tales como la intimidad, el buen nombre, la honra, la protección de datos personales, entre otros-, puede ser invocado por el afectado, pretendiendo la eliminación o desindexación de información sensible, errada o desactualizada, que circule por la red, y sus buscadores. La configuración de este derecho, tuvo su génesis en el *caso Costeja González vs Google*, fallado a favor del primero, en 2014, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En América Latina, la justicia Brasileña ha fallado a favor de reclamar la eliminación de datos lesivos de derechos fundamentales, a los proveedores de información, más NO a la red macro Google. En Colombia, la Jurisdicción Ordinaria y Constitucional, han sentado bases jurisprudenciales, reconociendo el derecho al olvido, fallando casos a favor de la eliminación de la red, de aquellos datos que lesionen derechos fundamentales.

Jurídicamente, la interceptación de comunicaciones telefónicas, se convierte en una limitante al derecho fundamental a la intimidad, porque la prevalencia de fines del Estado, así lo demandan, en procura de salvaguardar intereses, valores, y principios constitucionales.

REFERENCIAS

- Amador Díaz, R. E. (2016). *Los derechos humanos en la historia*. En Bernal García, M. J. (Dir.), *Reflexiones en torno a los derechos humanos en Colombia*. (pp. 9 - 55). Tunja: Universidad de Boyacá.
- Arias Ospina, L. M. et al (2000). *El conflicto entre el derecho a la intimidad y la potestad investigadora del Estado*. (Tesis de especialización). Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.
- Bautista Avellaneda, M. E. (2015). *El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Becerra, Cotino, García, Sánchez y Torres. (2015). *La responsabilidad del Estado por la utilización de tecnologías de la información y la comunicación*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Caldera Ynfante, Jesús, (2018a). La democracia como derecho fundamental: Ideas sobre un modelo de Democracia Integral. Revista Opción, volumen 34, número 87, páginas 584-624. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Disponible en: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/24589/25329>
- Caldera Ynfante, Jesús, *et. al.* (2018b). La forja del Estado democrático constitucional en Venezuela y su relación con la democracia integral. Revista Utopía y Praxis Latinoamericana, Volumen 23, Número Extra 2, páginas 75-97. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/279/Resumenes/Resumen_27957770016_1.pdf
- Casabianca Zuleta, P. (2015). *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca - España). Recuperado de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/21856/1/TD_Methadis.pdf

Corbetta, P. (2003). *Metodología y técnica de investigación social*. Madrid: Mc Graw Hill.

Córdoba Castroverde, D. (2014). El “derecho al olvido” tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014. Recuperado de: <https://elderecho.com/el-derecho-al-olvido-tras-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-13-de-mayo-de-2014>

Daza González, A. (2009). *El derecho a la intimidad en las actividades preventivas y en los actos de investigación en el nuevo proceso penal colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad Libre de Colombia.

Daza González, A. (2016). *Reglas de producción de las pruebas y reglas de exclusión en sede de casación penal*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia

Dejusticia, Fundación Karisma y Privacy International. (2017). *El derecho a la intimidad en Colombia. Informe de actor interesado – Examen Periódico Universal 30º periodo de sesiones – Colombia*. Recuperado de: https://privacyinternational.org/sites/default/files/2018-04/EPU_El%20derecho%20a%20la%20intimidad%20en%20Colombia_2017.pdf.

Dejusticia. (2014). *Vigilancia de las comunicaciones en Colombia: El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales*. (Documento 18). Recuperado de: https://www.Dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_643.pdf

Donato Ramírez, M. A. (2017). *Sobre el derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas*. En Salon Piedra, J. D. y Valenzuela Ylizarbe, F. (Coord.), *El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates*. (pp. 49 – 99). Madrid: Dykinson.

Escobar López, E. A. y Marulanda Otálvaro, L. F. (2004). *El derecho a la intimidad*. 2ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley.

- Escobar, L. (13 de octubre de 2015). *Colombia: luces y sombras del derecho al olvido* [Mensaje en un blog]. Recuperado de: dernegocios.uexternado.edu.co/.../colombia-luces-y-sombras-del-derecho-al-olvido/
- Farfán Molina, F. (2014). *Interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario*. 3ª ed. Bogotá: Nueva jurídica.
- Ferrer, N., Barrios, D., Martínez, A., y Quintero, G. (2013). *Límites al derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional colombiana*. *Erg@omnes*, 5(1), 82-95. Recuperado de: <http://revistas.curn.edu.co/index.php/ergaomnes/article/view/362>
- González-Monguí, P. E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Hernández, Fernández, y Baptista. (2003). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Jaimovich, D. (2016). *La justicia de Brasil falló a favor de Google y en contra del derecho al olvido*. Recuperado de: <https://www.infobae.com/america/techo/2016/11/25/la-justicia-de-brasil-fallo-a-favor-de-google-y-en-contra-del-derecho-al-olvido/>
- Noya Ferrero, M. L. (2000). *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oviedo Torres, F. A. (2015). *Interceptaciones telefónicas y la necesidad de control previo en Colombia: Tensiones y dificultades con el derecho a la intimidad*. (Tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada). Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6672/3/APROBADO%20FABI%C3%81N%20PDF%20ULTIMO.pdf>
- Peláez Hernández, R. A. (2015). *Manual para el manejo de la prueba. Con énfasis en el proceso civil, penal y disciplinario*. 4ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley.

Rojas Gómez M. E. (2011) *Capítulo cuarto. El desprecio de la prueba obtenida mediante incursión indebida en la intimidad*. En Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad. Universidad Externado de Colombia. doi: 10.4000/books.uec.159

Rojas López, E. (2017). *Derecho a la intimidad en las primeras treinta y seis horas de privación de la libertad*. (Tesis de maestría, Universidad Católica de Colombia). Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14136/1/TESIS-MAESTRIAEDUARDOROJAS-LOPEZ.pdf>

Ronquillo García, V. F. (2014). *Derechos Fundamentales vs Interceptaciones telefónicas*. (Tesis de especialización, Universidad San Buenaventura de Cali). Recuperado de: http://bibliotecadigital.usb.edu.co:8080/bitstream/10819/2398/1/Derechos_Fundamentales_Vs_Interceptaciones_Telefonicas_Ronquillo_2014.pdf.

Taylor, S. y Bogdan, R. C. (1986). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós.

JURISPRUDENCIALES

Corte Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (2009). *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C-193, sentencia de 27 de enero.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (2009). *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C- 200, sentencia de 06 de julio.

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (1992). Sentencia T-406 de 05 de junio, M.P.:
Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sala Plena. (1995). Sentencia C-489 de 28 de noviembre, M.P.: Fabio Morón
Díaz.

Corte Constitucional. Sala Plena. (1996). Sentencia C-657 de 28 de noviembre, M.P.: Fabio Morón
Díaz.

Corte Constitucional. Sala Plena. (1998). Sentencia T-517 de 21 de septiembre, M.P.: Alejandro
Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. (2003). Sentencia T-227 de 17 de marzo, M.P.:
Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2005). Sentencia C-591 de 09 de junio, M.P.: Clara Inés Vargas
Hernández.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2007). Sentencia C-336 de 09 de mayo, M.P.: Jaime Córdoba
Triviño.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2009). Sentencia C-131 de 24 de febrero, M.P.: Nilson Pinilla.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2012). Sentencia C-540 de 12 de julio, M.P.: Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2014). Sentencia C-594 de 20 de agosto, M.P.: Jorge Ignacio
Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2014). Sentencia C-881 de 19 de noviembre, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2015). Sentencia C-516 de 12 de agosto, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sala Plena. (2016). Sentencia C-156 de 06 de abril, M.P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. (2017). Sentencia T-098 de 16 de febrero, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2014). Sentencia SP 10303, Radicado N° 43.691 de 05 de agosto, M.P.: Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2014). Sentencia SP 15588, Radicado N° 76.636 de 13 de noviembre, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero