

CATALINA RIVEROS MANRIQUE

EVIDENCIA ELECTRÓNICA Y PROCESO PENAL
EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL
SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO
(TESIS DE GRADO)

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR: DR. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

SECRETARIA GENERAL: DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DECANA DE LA FACULTAD: DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO
DE DERECHO PENAL: DR. JAIME BERNAL CUÉLLAR

DIRECTOR DE LA TESIS: DR. JOSÉ JOAQUÍN URBANO
MARTÍNEZ

PRESIDENTE DE LA TESIS: DR. NODIER AGUDELO BETANCUR

EXAMINADORES: DRA. ÁNGELA MARÍA BUITRAGO
DR. WILLIAM MONROY VICTORIA

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
I. Régimen normativo y jurisprudencial	9
A. Normativo	9
1. Fundamentos convencionales	9
2. Fundamentos constitucionales	14
3. Fundamentos legales	27
a. Código de Procedimiento Penal.....	27
b. Código Penal.....	41
4. Balance	43
B. Jurisprudencial.....	46
1. Corte Constitucional.....	47
a. Desarrollos iniciales	47
b. En el sistema penal acusatorio.....	53
c. Línea jurisprudencial	65
2. Corte Suprema de Justicia.....	80
a. Como segunda instancia de las decisiones de los magistrados con funciones de control de garantías de las salas de justicia y paz de los tribunales superiores	81
b. Como tribunal de apelaciones en los procesos de aforados	87
c. Como autoridad de casación en lo penal.....	89
3. Balance	92
II. Hacia un modelo razonable de producción de evidencia electrónica .	94
A. Presentación.....	94
1. Fundamentos	94
2. Mirada hacia la dimensión de la necesidad	98
3. Perspectiva delimitada	101
B. Métodos de producción de evidencia electrónica	106
1. Información administrada por terceras personas.....	106
2. Vigilancia prospectiva	108

3. Registros en dispositivos personales	112
C. ¿Una discusión novedosa?	122
D. Propuesta	137
1. Control judicial previo y, temporalmente, control interno	138
a. Estándar de prueba	139
b. Elemento subjetivo	139
c. Elemento objetivo.....	142
2. Protocolo para un registro electrónico razonable	144
3. Control posterior.....	151
E. Balance.....	152
CONCLUSIÓN	155
BIBLIOGRAFÍA.....	158

INTRODUCCIÓN

El proceso que se debe seguir para establecer, más allá de toda duda razonable, si una persona es responsable de la comisión de un delito o no implica actos de poder que tienen la capacidad de afectar de manera grave los derechos fundamentales de quienes se ven sometidos a él. Ningún otro mecanismo judicial, como el proceso penal, tiene tanta injerencia sobre los derechos y las libertades más preciadas por los seres humanos. Por ese motivo, el derecho internacional, el constitucionalismo y el sistema penal acusatorio han suministrado las bases de su razonabilidad.

En ese contexto, el derecho convencional consagró el derecho a la intimidad y sus garantías de protección en el proceso penal: el régimen de reserva y la prohibición de injerencias arbitrarias. El Estado colombiano, a través de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos, se ha comprometido a respetarlo. La Constitución Política de 1991 se erigió bajo esa axiología y el sistema penal acusatorio -Acto Legislativo 03 de 2002- se introdujo con la firme intención de limitar la facultad de la fiscalía de adoptar decisiones con capacidad de afectar derechos fundamentales. En el marco del proceso penal, este mecanismo de control se muestra adecuado para evitar intervenciones desproporcionadas en la intimidad y, al mismo tiempo, apropiado para mantener vigente el monopolio de la acción penal.

Con la llegada de la era digital, la tecnología de la información y de las comunicaciones normalizó el tránsito y almacenamiento en dispositivos electrónicos de información relacionada con cada ámbito de la vida de las personas. Basta reparar en lo siguiente: la sociedad avanza al ritmo de la tecnología, al punto que las instituciones más tradicionales se han transformado, el correo electrónico desplazó a las empresas de correo postal; Google y Yahoo!, sentenciaron a la Enciclopedia y las páginas amarillas; WhatsApp, Signal y Telegram amenazan a las compañías de telefonía fija y móvil; los bitcoins y las blockchains cuestionan al sistema bancario tradicional; Airbnb atemoriza a las cadenas hoteleras; los smartphones acabaron con las casas de fotografía; Waze acabó con los GPS; la nube está volviendo obsoletas las USB; las redes sociales están desplazando a los medios de comunicación y los criminales tradicionales se están convirtiendo en cibercriminales.

Como consecuencia de esta transformación social, la información digital contenida en dispositivos electrónicos se hizo atractiva a las investigaciones penales y se incrementó el número de casos criminales basados en una nueva fuente de evidencia: la evidencia electrónica.

Esta realidad dio paso a novedosos y profundos ámbitos de intimidad que el Estado constitucional de derecho y el proceso penal deben proteger, en aras de asegurar que el poder punitivo, en búsqueda de la evidencia electrónica, no torne la incautación y registro en dispositivos electrónicos en *cacerías exploratorias* que arrasen con cada ámbito de intimidad de la persona, tornen la garantía en obsoleta y den paso al régimen de un mundo sin privacidad.

En otros contextos, el esfuerzo normativo y académico se ha empeñado en atajar ese riesgo y ha radicado en la armonización de los mandatos convencionales y constitucionales y el sistema penal acusatorio, a esta *nueva* modalidad de producción de evidencia, para preservar y proteger el derecho a la intimidad y sus garantías procesales, bajo las nuevas dinámicas sociales y el constante y apresurado cambio social.

En Colombia tal esfuerzo no se ha emprendido. Pese a los fundamentos axiológicos y normativos, las herramientas para la protección de la intimidad en el proceso penal no han sido eficaces ni efectivas y la producción de evidencia electrónica ha generado ámbitos de desprotección de dimensiones alarmantes. Esta corriente es inversa a las dinámicas actuales de la era digital y al emprendimiento en otros ordenamientos jurídicos por salvaguardar uno de los pilares más preciados del Estado constitucional de derecho: las cosas son así, al punto que la intimidad y las injerencias razonables en una causa penal, tienen su origen en la facultad *excepcional* de la fiscalía de acceder a evidencia electrónica sin autorización judicial previa.

Este trabajo pretende demostrar que esa facultad de la fiscalía constituye una injerencia ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad. Para el efecto, se sostiene que el sistema penal acusatorio colombiano se implementó con una falencia en el régimen de reserva de la intimidad, anclada en un temor histórico, que dio paso a desarrollos en la

ley procesal penal y a una línea jurisprudencial, que ensancharon lo que en principio debía ser una excepción y que generaron un enorme déficit protección en los actos de investigación que se dirigen a recolectar evidencia electrónica.

Para demostrar la hipótesis, adoptar una postura y proponer soluciones a esta deficiencia, se seguirá la siguiente metodología. En primer lugar, se emprenderá un esfuerzo de racionalización del derecho colombiano, con el objetivo de trazar un balance normativo de la manera cómo la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos que la integran, el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y la jurisprudencia constitucional y penal han abordado esta materia. El objetivo es exponer los obstáculos normativos y jurisprudenciales que han impedido la efectiva implementación del régimen de la reserva del derecho a la intimidad como herramienta de control idónea para la producción de evidencia electrónica.

En segundo lugar, se analizarán las diferencias existentes entre los mecanismos de producción de evidencia física y de evidencia digital, y se presentará el rol protagónico que la información almacenada en los dispositivos personales ostenta en la sociedad contemporánea. Además, se observará la experiencia de otros países, particularmente de los Estados Unidos de América, para cambiar el paradigma de las dinámicas de incautación y registro de la evidencia digital y los métodos de producción, a más del replanteamiento de las garantías procesales para la indemnidad de la intimidad de las personas en las investigaciones penales.

Finalmente, luego de advertir la perspectiva errada con la que el ordenamiento jurídico colombiano abordó esta temática, de advertir las virtudes de los desarrollos y estudios de otros contextos y aplicables a las instituciones vinculadas al proceso penal, se presentarán tres soluciones al déficit de protección del derecho a la intimidad en el sistema acusatorio colombiano.

La primera, relativa al impulso de una reforma constitucional y legal que implemente de forma integral la garantía de la reserva de la intimidad. La segunda, atinente al redireccionamiento de la actual línea jurisprudencial creada por la Corte Constitucional y reiterada por la Corte

Suprema de Justicia, atinente a la subregla de flexibilización excepcional del control posterior. La tercera dirigida a la ejecución de un método razonable de producción de evidencia electrónica, compuesto del control judicial previo, con la variante de las condiciones actuales, un protocolo de registro y un control interno y judicial posterior.

El trabajo se presentará en dos partes. La primera abordará el estudio de los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes para Colombia, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, para extraer de ellos los fundamentos de las injerencias en el derecho fundamental a la intimidad. En ella también se analizará el acogimiento del régimen de reserva en los fundamentos axiológicos de la Constitución Política, del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal y sus problemáticos desarrollos, esto con un punto de llegada bastante inusual: la jerarquización de los derechos fundamentales en el proceso penal, en el que las injerencias en la intimidad de las personas para la recolección de evidencia digital quedaron relegadas al nivel más bajo de protección.

Posteriormente, se retomarán los pronunciamientos generales de la Corte Constitucional, de cara al régimen de reserva y, después, se presentará la línea jurisprudencial que creó la subregla de flexibilización excepcional del control posterior; y su reiteración por parte de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de segunda instancia de las decisiones de los magistrados con función de control de garantías de las salas de justicia y paz de los tribunales superiores, como tribunal de apelaciones en los procesos de aforados y como máxima autoridad de casación en lo penal.

La segunda parte tomará las falencias del sistema acusatorio colombiano y presentará los fundamentos, la necesidad y la delimitación de la implementación de un modelo razonable de producción de evidencia electrónica. Retomará la clasificación del autor estadounidense, Orin S. Kerr, de los tres métodos de producción de evidencia digital -información administrada por terceros, vigilancia prospectiva y registro en dispositivos personales- y el replanteamiento de los conceptos de incautación y registro

para esta clase de evidencia, en aras de actualizar la doctrina de la Cuarta Enmienda a las investigaciones ya no físicas, sino virtuales.

En seguida, se expondrán los pronunciamientos de cortes menores y de la Corte Suprema norteamericana, el Tribunal General de la Unión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos que desarrollan las injerencias en la intimidad de las personas en el marco de incautaciones y registros sobre dispositivos electrónicos personales, para exhibir que, contrario a las altas cortes colombianas, estas apuntan al aumento de las protecciones convencionales y constitucionales de la intimidad y las injerencias razonables en la era digital. Finalmente, se desarrollará la propuesta para la superación del déficit de desprotección del sistema penal acusatorio colombiano.

Los principales aportes que se pretende hacer con este trabajo son: exponer la necesidad de erradicar del ente acusador la facultad de afectar derechos fundamentales sin orden judicial previa; plantear la necesidad de apelar al recurso más importante del Estado de derecho -su sistema de fuentes- para redireccionar el precedente judicial que creó la subregla de derecho tan costosa en materia de derechos humanos y contraria a las necesidades de la era digital; avanzar en la comprensión y discusión de la actualización de las instituciones del proceso penal a las investigaciones que involucran la recolección de evidencia digital, en armonía con la indemnidad del derecho a la intimidad y sus garantías procesales, y proponer un modelo razonable aplicable por la fiscalía y los jueces de control de garantías, para superar temporalmente el déficit de protección, hasta que se un cambio de la línea jurisprudencial y se materialice una reforma constitucional y legal.

**EVIDENCIA ELECTRÓNICA Y PROCESO PENAL
EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD
EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO**

I. Régimen normativo y jurisprudencial

A. Normativo

1. Fundamentos convencionales

A continuación, se analizarán cuatro de los más importantes instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que toman al individuo como sujeto de derecho internacional y que integran la Constitución Política de Colombia, a través del bloque de constitucionalidad. A partir de ellos, se expondrán los fundamentos convencionales para las injerencias en el derecho fundamental a la intimidad en el marco del ejercicio del poder punitivo de un Estado constitucional de derecho.

Desde sus inicios, el derecho internacional público ha tenido una constante: las continuas guerras entre naciones, cuyos efectos han sido progresivamente más destructivos y devastadores. Sin embargo, a partir de las consecuencias de las atrocidades infligidas por el abuso del poder del nacionalsocialismo, que estremecieron a toda la humanidad, se hizo imperativa la necesidad de una cultura universal de promoción y protección de los derechos humanos.

De esta manera, con la implementación del derecho internacional de los derechos humanos, se reconoció a los individuos su calidad de sujetos de derecho internacional y se emprendió un esfuerzo en la comunidad de naciones por configurar un *corpus iuris*, tanto a nivel universal como regional, para la protección de los derechos y las libertades más preciadas por la humanidad. Este proceso se materializó en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos al interior de las diferentes organizaciones internacionales, que, con el desarrollo de la teoría

del bloque de constitucionalidad¹, pasaron progresivamente a integrar los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte.

Para el caso de Colombia, los instrumentos más relevantes son: la Declaración Universal de Derechos Humanos -DUDH-, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre -DADDH-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP- y la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-. En seguida se estudiarán sus contenidos para determinar si a partir de ellos es posible encontrar los fundamentos de las injerencias en el derecho fundamental a la intimidad.

El Preámbulo de la DUDH advierte la necesidad de que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, puesto que su desconocimiento y menosprecio han dejado en evidencia las capacidades de barbarie de la humanidad. El artículo 12 presenta el derecho a la intimidad desde la garantía de prohibición de injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, en el domicilio y en la correspondencia: da cuenta de que su disfrute no es absoluto y que las afectaciones a que haya lugar son legítimas siempre que estén previstas en la ley -reserva de ley- y no sean arbitrarias -reserva judicial-.

Para desarrollar lo último, es preciso remitirse a los artículos 29.2 y 30, pues estos prevén que las limitaciones de los derechos fundamentales preestablecidas en la ley son razonables en la medida en que sus finalidades contemplen el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás y satisfagan las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática. De esta manera, es posible controlar que su ejecución no llegue al extremo de suprimir del todo el derecho que se protege. Entonces, además de la reserva de ley, la DUDH exige que, para que una injerencia sobre un derecho o libertad básica no se torne arbitraria, el intérprete debe ponderar, en cada caso, entre el objetivo de la restricción y unos fines más valiosos. En una causa penal, el artículo 10° le asigna esa interpretación y la determinación del alcance de los derechos reconocidos en la DUDH, a un tribunal independiente e imparcial, dentro del marco del derecho a un juicio justo.

¹ Cfr. CALLE, Pablo Echeverri. Incorporación del derecho penal internacional al ordenamiento jurídico interno: entre profundas lagunas y peligrosas antinomias. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017. 220 p.

De esta manera, es plausible afirmar que la DUDH contiene el régimen de reserva de la intimidad: afirma que no es un derecho absoluto, exige que para que un Estado pueda limitarlo legítimamente en una causa penal tiene que haber previsto la injerencia en la ley e impone que, en cada caso, sea una autoridad judicial independiente e imparcial la que examine si la medida persigue un fin virtuoso y no resulta arbitraria. Ahora, si bien no define con precisión el momento del control judicial, sí reconoce la necesidad de que sea previo a la afectación, para no correr el riesgo de suprimir del todo el derecho reconocido.

En similar sentido, la DADDH, en sus artículos 5° y 10°, reconoce el derecho a la intimidad, la prohibición de afectar arbitrariamente la vida privada y familiar, la inviolabilidad de la correspondencia y la necesaria protección que debe brindar la ley frente a ataques abusivos en contra de ellas. El artículo 28 proporciona los contenidos de lo que resulta abusivo: los límites son los derechos de los demás, la seguridad y las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Y los artículos 18 y 26 confieren a las personas el derecho al reconocimiento de sus derechos ante los tribunales y, en una causa penal, a que estos sean independientes e imparciales y que garanticen un juicio justo.

Así, este instrumento también reconoce los contenidos del derecho a la intimidad y los límites de las injerencias en él: la reserva legal y, aun cuando no de manera expresa sino derivada del derecho a un juicio justo, la reserva judicial.

El PIDCP proscribe las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones de las personas. A su vez, en el artículo 17, contempla la necesidad de que sea el legislador el que proteja el derecho a la intimidad de esos posibles ataques² y, en la cláusula de hermenéutica *pro homine* consagrada en el artículo 5°, impone a los Estados Parte la prohibición de interpretar alguna de las disposiciones del Pacto, en el sentido de destruir derechos o libertades reconocidas o, incluso, limitarlos en mayor medida de lo previsto. Además, establece que

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 2200 A (XXI) (16 de diciembre de 1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En: Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171. Artículo 17.

“no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

En consecuencia, en lo que tiene que ver con el derecho a la intimidad, el PIDCP reconoce que no es absoluto y que sus restricciones son legítimas, siempre que cuenten con reserva de ley y que respeten unos límites: no pueden ser arbitrarias ni ilegales, lo que significa que no pueden llegar al punto de negar la existencia del derecho o de limitarlo en mayor medida que la autorizada; y, en una causa penal, el control de estos límites hace parte del derecho a un juicio justo, en la medida en que se lo asigna a un tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido por la ley³.

En términos similares al PIDCP, la CADH, a su vez, proclama el derecho que tienen todas las personas a la intimidad personal, familiar, en sus domicilios y en sus comunicaciones⁴, la prohibición de restricciones arbitrarias en estos ámbitos y la protección de la ley frente a estas. En aras de determinar los contenidos de lo arbitrario, se debe recurrir a los artículos 29, 30 y 32.2. De estos se extrae que ningún Estado puede limitar en mayor medida ni llegar a suprimir ningún derecho inherente al ser humano o reconocido por la Convención, por otros instrumentos internacionales, por las leyes internas o que se deriven de la forma representativa del gobierno; toda restricción al uso y goce de un derecho debe estar prevista en una ley y sus límites son los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

De modo que, al igual que los anteriores instrumentos, la CADH reconoce que son legítimas las limitaciones del derecho a la intimidad, establece que sus parámetros deben estar previstos en la ley y, que, para que no se tornen arbitrarias y que con su ejecución no se limite en mayor medida el derecho protegido o se llegue al punto de suprimirlo, se debe controlar que la medida sea proporcional y responda a intereses superiores. Además, en materia penal, el control de esos límites se lo asigna al juez o al

³ *Ibidem*, artículo 14.1

⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", artículo 11.

tribunal competente, independiente e imparcial, como parte de los contenidos de las garantías judiciales y del derecho a un juicio justo⁵.

Entonces, aun cuando no es posible encontrar de manera expresa en la CADH ni en el PIDCP la reserva judicial ni el momento del control judicial sobre las injerencias en derechos, hay razones para afirmar que estos instrumentos le atribuyen la facultad de garantizar un juicio justo en un proceso penal a las autoridades judiciales competentes, independientes e imparciales; fijan los baremos de racionalidad para afectar los derechos fundamentales de las personas, dentro de los cuales está el control al riesgo de exceso en la afectación o de supresión del derecho, y le imponen a los Estados Parte que sus ordenamientos jurídicos no desconozcan esos parámetros de protección. De estas premisas es posible deducir que el control judicial sobre las injerencias en la intimidad en una causa penal más coherente con estos instrumentos, es aquel que permita, de un lado, analizar el panorama de racionalidad de la intrusión en la privacidad y anticipar y prever los riesgos de excesos que la deslegitimen y, de otro lado, hacer un balance integral de su materialización, esto es: un control judicial estricto, anterior y posterior.

En síntesis, estos cuatro instrumentos internacionales reconocen el derecho fundamental a la intimidad y que se trata de un derecho que admite restricciones bajo determinados límites. En aras de delimitar las intromisiones autorizadas, que por lo general se materializan en escenarios de investigaciones penales, de las abusivas o ilegales, y salvaguardar la indemnidad de la intimidad de los seres humanos, consagran las garantías de prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones, y de reserva legal y judicial.

En este sentido, coinciden en que las medidas restrictivas de la intimidad deben: a. Estar previamente establecidas en la ley; b. Perseguir un objetivo legítimo, la seguridad y las justas exigencias del bien común y del orden público; c. Ser adecuadas y necesarias para salvaguardar el interés general en una sociedad democrática, y razonables; d. Ser objeto de control estricto, previo y posterior, que imprima racionalidad a la medida e impida que se exceda el nivel de afectación autorizado o que se llegue a

⁵ *Ibidem*, artículo 8.1

suprimir el goce y disfrute del derecho, y e. Que, en una causa penal, ese control lo ejerza un tribunal competente, independiente e imparcial, como garantía de un juicio justo.

En definitiva, el análisis sistemático de los citados instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos permite encontrar los contenidos del régimen de reserva del derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal. Por una parte, designan directamente al legislador como la autoridad nacional facultada para autorizar las injerencias sobre ese derecho, lo que compone la reserva de ley. Y, por otra parte, fijan los parámetros del control, la autoridad judicial competente en que recae para que se garantice el derecho a un juicio justo y los momentos en que debe ejercerse: antes de que se materialice y que se ponga en riesgo la indemnidad de la intimidad y del Estado constitucional de derecho y después de la injerencia, para controlar que no se haya excedido el nivel autorizado de injerencia.

2. Fundamentos constitucionales

Desde mediados del siglo pasado y tras las nefastas consecuencias humanitarias e institucionales que dejó la segunda guerra mundial, el constitucionalismo se ha orientado hacia la proclamación de la dignidad humana y la necesidad de existencia y efectividad de medios de control que apuntan en un solo sentido y con un único fin: fiscalizar la actividad del poder público para evitar nuevas arbitrariedades⁶. De esta corriente hizo parte la Constitución Política de Colombia⁷.

Ante este panorama, hay que reflexionar en torno a lo siguiente: en un Estado constitucional de derecho como el colombiano, el proceso que se

⁶ ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 31. “*Las limitaciones del poder se encuentran garantizadas a través de diversos instrumentos (reservas de ley, cláusulas de regidez (sic) constitucional, contenido esencial de los derechos fundamentales, garantías institucionales, declaraciones de ámbitos inmunes a la acción del poder, procedimientos de control, etc.) pero, de entre ellos, sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías.*” *Ibidem*, p. 69.

⁷ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991 (7 de julio de 1991) En: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

debe seguir para establecer si una persona es responsable de la comisión de un delito o no, implica actos de poder que tienen la capacidad de atentar, de manera grave, contra sus derechos fundamentales. Dada esta realidad, lo coherente es que existan límites y controles al poder punitivo del Estado, para así proteger a las personas de intervenciones desproporcionadas, mantener vigente el monopolio de la acción penal y respetar la axiología que hace que la Constitución sea esa y no otra.

Una forma de hacer más razonable esta *amarga necesidad* es encontrar un punto de equilibrio entre los fines de la persecución penal y los derechos fundamentales de los individuos⁸. Como se anticipó, tal punto de equilibrio requiere la intervención, de un lado, del legislador, para que fije los parámetros democráticos de las injerencias sobre las garantías mínimas que las personas están dispuestas a soportar; y, de otro lado, de una autoridad judicial⁹, para que controle que esas medidas, al ser yuxtapuestas con los fines constitucionales del proceso penal y el principio de legalidad, satisfagan las exigencias del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, para garantizar que ese control se ajuste al principio acusatorio y a las garantías de un juicio justo, es necesario que sea efectuado por un juez competente, imparcial e independiente, distinto al encargado del juzgamiento¹⁰, y no por quien investiga y acusa, pues su móvil siempre será su propia convicción como parte procesal.

Frente a esto último, la Constitución ha sido coherente: desde su redacción original previó a los jueces como garantes de los derechos fundamentales dentro del proceso penal, en específico, de los derechos a la

⁸“(…) equilibrio entre los intereses de la persecución penal estatal y los intereses de la libertad del ciudadano; entre la aspiración por un juicio jurídicamente objetivo y al mismo tiempo la salvaguarda de las formas establecidas en el proceso (...)” ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 1994. p. 110.

⁹ Un juez constitucional quien “(...) no limita sino que asegura la vigencia de limitaciones fijadas de manera objetiva (“normativizada”) por el Derecho. Al aplicar no su voluntad sino la voluntad de la norma, en el ejercicio del control, está obligado, necesariamente, a sancionar la contradicción entre el objeto controlado y el parámetro jurídico al que ha de adecuarse”. ARAGÓN REYES. *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁰ Cfr. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *Principio acusatorio y derechos fundamentales: hacia una reformulación necesaria en el proceso penal colombiano*. En: Libro Homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2021. En prensa.

intimidad personal y familiar¹¹ y a la libertad personal¹², de las personas detenidas preventivamente¹³ y de los capturados en situaciones de flagrancia¹⁴. Con la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002¹⁵, estas facultades fueron asignadas a un juez especializado y diferenciado funcionalmente del juez de conocimiento: el juez de control de garantías. Además, lo vinculó al control judicial de los actos de investigación susceptibles de afectar derechos fundamentales -al control posterior de los registros y allanamientos, incautaciones, interceptación de comunicaciones y capturas excepcionales de la fiscalía, y a la imposición de medidas de aseguramiento y adicionales que involucren injerencias en garantías mínimas- y a los actos de ejercicio y disposición de la acción penal -al control del principio de oportunidad-.

A continuación, se estudiará la manera como la Constitución ha regulado la reserva del derecho a la intimidad, en general, y en el marco del proceso penal, en especial.

La Constitución Política se ratifica en sus compromisos internacionales y con los postulados de un Estado constitucional de derecho, al legitimarse sobre el respeto de las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas¹⁶. El inciso 1° del artículo 15 reconoce el derecho subjetivo a la intimidad personal y familiar y, correlativamente, le impone al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar. El inciso 3° de esa norma, y los artículos 28, 42 y 93, desarrollan ese derecho, lo configuran no como un derecho absoluto, sino relativo, susceptible de ser limitado bajo los parámetros de la garantía de prohibición de injerencias arbitrarias, de origen convencional: la inviolabilidad de la correspondencia y demás comunicaciones privadas y la prohibición de ser molestado en la intimidad personal y familiar o en el domicilio.

¹¹ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991 (7 de julio de 1991). *Op. Cit.*, artículo 15.

¹² *Ibidem*, artículo 28.

¹³ *Ibidem*, artículo 28, inciso 2°.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 32.

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 (19 de diciembre de 2002). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. En: Diario Oficial. 2002. No. 45.040.

¹⁶ *Ibidem*, Preámbulo y artículos 2°, 5°, 86 y 95.

En particular, el artículo 28 contiene los elementos de la reserva del derecho a la intimidad: supedita cualquier afectación a la concurrencia de mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, al respeto por las formalidades legales y con fundamento en motivos preestablecidos por el legislador. En tal virtud, es evidente que el constituyente desarrolló esta institución bajo postulados similares a los del derecho convencional, con una diferencia: sí refirió expresamente a las autoridades encargadas del control.

En esa dirección, involucró a las ramas legislativa y judicial del poder público en la decisión sobre la limitación de la intimidad de las personas. Al consagrar el principio de legalidad, radicó en el legislador la facultad de definir los motivos y los parámetros de las injerencias en ella. Y a los jueces, les impuso controlar que aquellas medidas se ajusten a estos postulados y que sean coherentes con los demás principios y fines del proceso penal y, en caso de que sí lo sean, autorizarlas.

En relación con lo último, no hay duda de que el constituyente tuvo la firme intención de radicar el monopolio de las intervenciones en derechos fundamentales en manos de una autoridad judicial imparcial. En relación con el derecho a la libertad, lo hizo en los siguientes términos: *“El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra la puerta a los abusos de funcionarios subalternos, que, muchas veces, prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extralimitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto, o detener a los individuos”*¹⁷.

De esta manera, la atribución a los jueces del control sobre las injerencias en el derecho fundamental a la intimidad, que no era expresa y directa en el derecho convencional, fue introducida por el constituyente y, de esta manera, se perfeccionó el régimen de la reserva legal y judicial sobre ese derecho.

¹⁷ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No. 82 (25 de mayo de 1991). p. 11. (en línea) (consultado el 13 de noviembre de 2020) Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3723>

Sin perjuicio de lo anterior, esta garantía quedó plasmada en la parte dogmática de la Constitución, pero fue desatendida en su parte orgánica: durante algún tiempo, la atribución de este control sobre las medidas restrictivas dentro del proceso penal no era del todo clara, pues de acuerdo con los artículos 116, 250¹⁸ y 252, la Fiscalía General de la Nación tenía atribuidas facultades judiciales, como la imposición de medidas de aseguramiento y la adopción de decisiones con valor de cosa juzgada¹⁹. Es decir, pese a los avances convencionales y a la corriente del constitucionalismo que permeó a Colombia, este instituto no fue comprendido. Con posterioridad, como se verá, se racionalizó un poco, mas no se superó la deficiencia.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se implementó el sistema penal acusatorio en Colombia y se introdujo la institución del juez de control de garantías, con funciones diferenciadas de las del juez de conocimiento. Esta modificación fue muy relevante: con ella se pretendió suprimir todas las funciones judiciales en cabeza de la fiscalía y otorgarle al juez de control de garantías el monopolio del control judicial sobre las injerencias en derechos fundamentales, la imposición de medidas de aseguramiento, la disponibilidad de la acción penal y la formalización de la investigación²⁰.

¹⁸ En su redacción original. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991. *Op. Cit.*, artículo 250.

¹⁹ “Prosiguió con la Constitución Política de 1991, que creó la Fiscalía General de la Nación, le asignó las funciones de investigación y acusación y mantuvo el juzgamiento en los jueces y tribunales. Empero, a aquella le confirió atribuciones para afectar derechos fundamentales y para tomar decisiones con valor de cosa juzgada. Este modelo fue desarrollado inicialmente por el Decreto 2700 de 1991²⁷ y luego por la Ley 600 de 2000, estatutos entre los que no existían diferencias relevantes.” URBANO MARTÍNEZ. *Op. Cit.*, p. 10.

²⁰ “De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno a la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos. Por ello, en el proyecto se instituye un conjunto de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, mecanismos estos previstos de manera escalonada a lo largo de la actuación y encomendados a los jueces de control de garantías. Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyándose en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior. El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin

Alemania, Italia y Chile, desde un tiempo atrás, habían implementado la figura del “juez de la investigación penal”, que ejerce actividades de coordinación, control e investigación²¹; del “juez para las indagaciones preliminares”, que controla la tutela de la libertad personal y otros derechos constitucionalmente protegidos y los términos de la investigación penal, convalida la captura y la aplicación de medidas cautelares, entre otros²², o del “juez de garantías”, que cumple la función de formalización de la investigación, de imposición de medidas cautelares, de autorización de medidas de intromisión y de control de la duración de la investigación²³, respectivamente. En definitiva, se trata de un juez de control al que le corresponden las funciones jurisdiccionales de impulso procesal, afectaciones a derechos fundamentales, imposición de medidas cautelares personales y reales y disposición de la acción penal, entre otras.

Entonces, en esa corriente, el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano, la institución del juez de control de garantías. La concibió como la institución encargada de velar por el respeto de la reserva judicial de las libertades públicas y le asignó funciones de control: control de legalidad para los casos de aplicación del principio de oportunidad, control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad, control posterior sobre la captura por cuenta de la fiscalía sin orden judicial previa y las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones y control previo sobre las medidas adicionales que impliquen afectaciones a derechos fundamentales.

previa orden judicial y, en especial, tendrá facultad de decidir sobre la imposición de las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o participe de la conducta que se indaga..." COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 (26 de abril de 2002) Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No.134 de 26 de abril de 2002.

²¹ PRECHTEL, Günther. Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO. En: GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, reimpresión segunda edición, 2017. p. 179-180.

²² FERRAIOLI, Marzia. Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari. En: *Ibidem*, p. 182-183.

²³ *Ibidem*, p. 184.

Sin perjuicio de la intención de esta reforma, finalmente el constituyente derivado optó por otorgarle a la fiscalía la atribución constitucional propia de llevar a cabo los actos de investigación que tienen la mayor intervención en el derecho a la intimidad: realizar registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones, junto con la posibilidad de limitar el derecho a la propiedad a través de la incautación de bienes, y consideró que bastaba con un control judicial posterior por parte del juez de control de garantías para atender la garantía de reserva judicial.

Esto último, introducido en lo que pretendía ser un sistema penal acusatorio, no pasó desapercibido en el debate legislativo: se trató de una decisión descontextualizada, consciente y anclada en un temor institucionalizado hacia la delincuencia organizada. Desde la presentación del proyecto de acto legislativo por parte el Ministerio del Interior y de Justicia, la justificación para que la fiscalía pudiera adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones y, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, solicitar el control posterior de la diligencia ante el juez de control de garantías, fue una argumentación supremamente contradictoria. Véase:

“Mediante una diligencia de allanamiento o la interceptación de una llamada telefónica, se limitan derechos fundamentales del procesado, como el derecho a la intimidad. Es coherente, que un tercero imparcial, evalúe la viabilidad de dicha medida y sopesa la necesidad de averiguar la verdad procesal acerca de la comisión del delito, frente a la obligación de hacer valer a cabalidad los derechos fundamentales del sindicado. Y este tercero imparcial debe ser únicamente un juez, ya que el fiscal, debido a la naturaleza de la tarea que se le impone, no puede ser neutral frente a estas consideraciones. Este último, en su tarea de ente acusador, genera durante el proceso de investigación de un delito una idea preconcebida de la culpabilidad del imputado. Esto es apenas normal y es así como debe funcionar la psiquis de un funcionario a quien su trabajo le impone la obligación de buscar indicios y construir hipótesis a través de ellos, para así poder formular una acusación que persevere en la etapa de juzgamiento. Ahora bien, este funcionario que ha trabajado motivado por el desafío que representa el descubrir la verdad, y para quien cualquier objeto o versión es una prueba incriminatoria en potencia, no considerará mayormente la prevalencia de la protección de los derechos fundamentales del sindicado, sino que le dará más peso a su obligación de conseguir respuestas certeras dirigidas a clarificar la comisión del delito. Dicha evaluación la hará influenciado por el deseo de querer confirmar su hipótesis inicial respecto de la culpabilidad del acusado.

*Es necesario permitir que el juez sea entonces quien lleve a cabo la evaluación de medidas como las mencionadas, ya que este tipo de decisiones en cabeza del fiscal, resultan potencialmente violatorias de los derechos de los sindicados que se ven sometidas a ellas. Dicho **examen posterior e inmediato** permitirá confirmar la necesidad que motivó al fiscal para adelantar la incautación o interceptación telefónica, según sea el caso, a la luz de consideraciones respecto de la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida. // Por otro lado, la adopción de dicha medida no resultaría contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es coherente con la colaboración que debe predicarse de los funcionarios del aparato judicial. (...)*²⁴

Ninguna coherencia se desprende de tal argumentación, pues todas las premisas apuntaban a una conclusión adversa: si la psiquis de una persona que está investida de la prerrogativa pública de investigar y ejercer la acción penal se orienta por finalidades que le impiden desprenderse de la idea preconcebida de culpabilidad del indiciado y exaltar sus derechos fundamentales, al punto que hará prevalecer sus motivaciones funcionales sobre estos, la decisión respetuosa de la axiología que rige al Estado constitucional hacía imperativo desligar a tal persona de ese poder y someterlo al control judicial armónico con el régimen de reserva que introdujo el sistema penal acusatorio con el juez de control de garantías. Sin embargo, como se sabe, bastan “*tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se van a la basura*”²⁵.

Desde 1991, la reserva del derecho a la intimidad en el proceso penal hallaba sus fundamentos en el derecho convencional y en la parte sustantiva de la Constitución; con el Acto Legislativo 03 de 2002 se tenía la plena intención de purgar los defectos del antiguo sistema procesal penal - una fiscalía con facultades para afectar derechos fundamentales y tomar decisiones con valor de cosa juzgada- e instituir un juez constitucional de la investigación penal y, por si ello no bastara, el constituyente derivado tenía plena consciencia de que el rol funcional y procesal de la fiscalía era una razón muy fuerte para impedirle afectar los derechos fundamentales de los procesados.

²⁴ Negrita de la autora. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 (7 de mayo de 2002) Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No.148 del 7 de mayo de 2002.

²⁵ VON KIRCHMANN, Julius. En: ROXIN. *Op. Cit.*, p. 21

A pesar de todo ello, se permitió, sin ningún motivo aparente, que la fiscalía decidiera *motu proprio* en qué eventos podía llevar a cabo registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones para investigar las conductas que revistan las características de delito, relegó la institución encargada de prevenir que las injerencias puedan poner en riesgo el ámbito de lo permitido o que puedan llegar a suprimir uno de los derechos más preciados por la humanidad, a “*quien no considerará mayormente la prevalencia de la protección de los derechos fundamentales del sindicato*” y consideró suficiente una revisión judicial posterior de lo actuado, es decir, una vez materializado el riesgo que se pretendía prevenir.

Entonces, la preocupación del constituyente derivado sobre la incompatibilidad entre el rol de la fiscalía y el respeto de los derechos fundamentales era aparente, pues un control posterior, tal como lo anticipó el derecho convencional, llega tarde; sana el juicio, pero a un costo muy elevado: deslegitima a un evidente nivel uno de los pilares esenciales del Estado constitucional.

Pues bien, aunado a lo anterior, la justificación de esta decisión se complementó con un discurso político y retomando un temor institucional, que surgió en el primer debate de la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República:

“En este punto es necesario hacer la siguiente aclaración: Con el nuevo sistema se establecen dos clases de jueces diferentes: el de Control de Garantías y el de Conocimiento. El objetivo de esta división es que el Juez de conocimiento, quien es el director del juicio, de la audiencia pública y oral y quien va a dictar la sentencia correspondiente, llegue a ese momento sin haberse contaminado de la prueba que tiene el Fiscal, en cambio el Juez de Control será aquel que interviene antes del juicio, a solicitud del Fiscal para tomar ciertas determinaciones, o posteriormente luego de que se han tomado ciertas medidas, aun cuando esta última hipótesis es excepcional. (...)

Es necesario aclarar, así sea muy sucintamente que el Control que debe hacer el Juez de la actuación del Fiscal, es no solamente formal sino también sustancial, porque las garantías son sustanciales, es decir de la esencia de la persona.

En una oportunidad anterior, al ser tramitado un proyecto de similar contenido, por la preocupación que teníamos diferentes Senadores sobre la suerte de los procesos que hoy son de competencia de los Jueces Penales del Circuito

Especializado, a saber Terrorismo, Narcotráfico, Secuestro, Extorsión y Enriquecimiento ilícito, propusimos un inciso del siguiente contenido: 'Provisionalmente la fiscalía mantendrá las funciones de dictar medidas de aseguramiento y las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, respecto de los hechos punibles de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, sin perjuicio de su revisión posterior por estos jueces, y durante el tiempo de su existencia. En el entendido que los Fiscales tenían más garantías y seguridades que los jueces, además, con el agravante de que por efecto de la Ley 504 de 1999, estos jueces habían quedado distribuidos en muchas partes del país, donde era muy difícil darles protección, y sin esta protección era muy complicado someter a un juez a que asumiera el control de la investigación realizada por un Fiscal.

Hoy hemos repensado el tema, y consideramos que posiblemente el inciso transcrito podría llevar un efecto contrario al deseado. Efectivamente sería mandar la idea que el sistema acusatorio es laxo y flexible y que no sirve para el juzgamiento de ciertos comportamientos. Cuando es todo lo contrario. Es cierto que el sistema acusatorio es garantista, pero igualmente es fuerte en la investigación, hasta el extremo que en ese terreno el Fiscal es poderoso y soberano, lo hace sin límite de tiempo, por ejemplo. Entonces creemos que con el sistema planteado sí se puede hacer frente a la delincuencia organizada, solo que proponemos, para ser incluida en la Ley Estatutaria de la Justicia y en el Código de Procedimiento Penal que esos Jueces del Circuito Especializados sean sustituidos por Jueces Penales de Distrito, aglutinados en las capitales de departamento, pero con competencia en todo un distrito, y así es posible que se les pueda resguardar con todas las seguridades para que puedan tomar decisiones imparciales, y sin estar expuestos a toda clase de amenazas.”²⁶

Finalmente, bajo ese entendimiento quedó la nueva redacción del artículo 250 de la Constitución: la fiscalía fue despojada de la facultad de tomar decisiones con valor de cosa juzgada y de las injerencias sobre derechos fundamentales, salvo en lo atinente a los actos de investigación de registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones.

En fin, el resultado de esta decisión fue un sistema penal con tendencia acusatoria, regido bajo un principio acusatorio *sui generis*, que ha dado paso a desarrollos normativos y jurisprudenciales bastante problemáticos.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos del Acto Legislativo 12 de 2002. Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No.210 de 6 de junio de 2002.

De esta manera, el artículo 250 de la Constitución, con la modificación del Acto Legislativo 03 de 2002, quedó en desarmonía con todo lo que se había expuesto hasta el momento, lo que tiene mucha trascendencia, porque se trata de los contenidos sustanciales de ella. Tal como quedó la nueva redacción, en materia del régimen de reserva de derechos fundamentales, es posible concluir lo siguiente:

1. Las medidas que impliquen afectaciones a derechos fundamentales deben contar con autorización previa del juez de control de garantías (artículo 250.3).

2. En torno al régimen de libertad:

a. La regla general es que toda restricción requiere la autorización judicial previa del juez de control de garantías y la concurrencia de fines constitucionales (inciso 1° del artículo 250.1).

b. Ello a excepción de los casos de flagrancia y de la facultad que delegó al legislador de regular la captura excepcional de la fiscalía (inciso 3° del artículo 250.1)²⁷.

3. Frente al régimen de la intimidad:

a. La regla general es que la fiscalía puede llevar a cabo registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, sin autorización del juez de control de garantías (artículo 250.2).

b. La excepción a esa regla termina siendo la regla general del sistema penal acusatorio: si la fiscalía requiere medidas adicionales a estas, debe solicitar el control previo ante el juez de control de garantías (artículo 250.3).

Entonces, de una forma bastante particular, el constituyente derivado jerarquizó los derechos fundamentales susceptibles de ser restringidos al interior del proceso penal y que están sometidos al régimen de reserva:

²⁷ URBANO MARTÍNEZ. *Op. Cit.*, p. 13.

En primer lugar, para todas las injerencias sobre derechos fundamentales, salvo la libertad personal y la intimidad, previó el régimen completo de reserva.

En segundo lugar, para el régimen de la reserva de la libertad personal estableció dos eventos excepcionales: la captura excepcional de la fiscalía que debía regular el legislador y los casos de flagrancia.

En tercer lugar, vació de contenidos la garantía de prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, familiar, en el domicilio y en las comunicaciones de las personas y el régimen de reserva de la intimidad: dispuso que los actos de investigación que por excelencia restringen los ámbitos de intimidad de las personas en el proceso penal -los registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones- quedarán desprovistos de la autorización previa de la autoridad judicial imparcial e independiente encargada de controlar posibles excesos que tornen las medidas en arbitrarias. De este modo, quedaron supeditadas a la discrecionalidad de la fiscalía. Además de ello, reiteró el control judicial posterior e inmediato del que están provistas las demás.

Así se tergiversó el régimen. De un lado, el constituyente derivado hizo uso de su facultad de ejercer la reserva legal directamente y autorizó, al interior del proceso penal, las diligencias de registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones como mecanismos adecuados para injerir en el derecho a la intimidad de las personas. Sin embargo, de otro lado, eliminó la reserva judicial, pues pretermitió el control que debía ejercer en cada caso concreto el juez de control de garantías, para determinar que la medida se ajuste a las formalidades y los motivos previstos en la ley y que no sobrepase los límites de lo constitucionalmente permitido; y lo relegó al control judicial posterior, que, claro, permite mayor limitación que la prevista por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por la Constitución material.

Aun así, previó que las demás medidas que afecten el derecho a la intimidad se rigieran bajo el principio de la reserva judicial.

En definitiva, a pesar del esfuerzo de la comunidad internacional y del constituyente de 1991 por reconocer y proclamar el derecho fundamental a

la intimidad de los seres humanos, garantizarlo en aquellos ámbitos que, como el proceso penal, están expuestos a intromisiones excesivas, a través de la prohibición de injerencias arbitrarias, y proporcionar los contenidos del régimen de la reserva de derechos fundamentales, el Acto Legislativo 03 de 2002 conscientemente retrotrajo este avance, entró en desarmonía con la axiología de la Constitución material -artículo 28-, dejó sin protección esta garantía del poder punitivo del Estado y permitió que el principio acusatorio se restringiera en este punto.

De esta manera quedó redactado el artículo 250 de la Constitución y, como se verá más adelante, en este sentido e, incluso, con unos alcances inimaginables, ha sido interpretada esta disposición. No obstante, una comprensión compatible con los fundamentos constitucionales y convencionales es la siguiente:

El principio de reserva de derechos fundamentales se compone de la reserva legal y la judicial. La regla general que gobierna todos los actos investigativos de la fiscalía que interfieran con los derechos fundamentales de las personas, es la autorización previa de la ley y del juez de control de garantías y el control judicial posterior sobre la actuación, a efectos de conocer las consecuencias procesales de los resultados obtenidos. Se apartan de esta regla general las capturas en situación de flagrancia y las ordenadas excepcionalmente por la fiscalía, en materia del régimen de la libertad personal, y los registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, en relación con el régimen de la intimidad.

Bajo esta lectura de los fundamentos constitucionales se seguirán los capítulos siguientes. La importancia de este esfuerzo de racionalización recae en que, de acuerdo con Roxin, el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución Política de un Estado²⁸ y, en este mismo sentido, el juez de control de garantías es un punto de referencia para dimensionar el grado de civilidad de un sistema político²⁹: esto implica que, fortalecer y potenciar los controles judiciales sobre las injerencias en

²⁸ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Traductores Gabriel E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2014. p. 10.

²⁹ Cfr. URBANO MARTÍNEZ. *Op. Cit.*

derechos fundamentales, genera un proceso penal más razonable, confiable y adecuado a los parámetros de un Estado constitucional de derecho.

3. Fundamentos legales

a. Código de Procedimiento Penal

La Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal -CPP-, desarrolló el sistema penal con tendencia acusatoria, introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002. En armonía con el constitucionalismo contemporáneo, este erigió sus cimientos en el respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal³⁰ y estableció para los servidores públicos que de él hacen parte³¹ -a la fiscalía³², a los jueces³³ y al Ministerio Público³⁴- controles jurídicos para evitar excesos en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Este aspecto es de suma relevancia, pues es claro que el Estado debe investigar y ejercer la acción penal por hechos que revistan las características de delitos y contra sus posibles responsables. Sin embargo, ello no lo puede hacer de cualquier forma, sino siguiendo un camino en el que haya una aproximación razonable a la verdad, se realice justicia, todo dentro del respeto por los derechos de los acusados y de los distintos intervinientes y en un contexto de razonable matización de las normas penales sustanciales y procesales, con el fin de maximizar la funcionalidad del sistema penal como un todo³⁵.

³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31 de agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. En: Diario Oficial. 2004. No. 45.657, artículos 3°, 10, 23 y 26.

³¹ *Ibidem*, artículo 27.

³² *Ibidem*, artículo 200.

³³ *Ibidem*, artículos 138 y 139.

³⁴ *Ibidem*, artículos 109 y 111.

³⁵ Cfr. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal: hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, 2015. p. 136.

Entonces, esta teleología debe orientar la labor de investigadores, fiscales, defensores, jueces de control de garantías, jueces de conocimiento, víctimas y procuradores; aunque, claro, con los límites impuestos por la índole de cada uno de esos roles.

De otro lado, el CPP desarrolló el régimen de reserva de derechos fundamentales. A continuación, se expondrá la manera en que lo hizo. Primero se abordará la reserva legal y después la reserva judicial.

Frente al régimen de reserva legal, el legislador consagró el principio de libertad probatoria en materia penal³⁶, que no es otra cosa que un mandato a la fiscalía para desplegar los actos de investigación que considere necesarios para acreditar los hechos jurídicamente relevantes y, al mismo tiempo, un derecho de la defensa para presentar pruebas. Y lo hizo de una manera particular: esos hechos “*se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*”. De tal forma que, para que los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida tengan vocación probatoria dentro del proceso penal, es necesario que estos hayan sido recolectados, si implican inferencias sobre los derechos fundamentales, a través de los actos de investigación previstos en el CPP, o, de lo contrario, por cualquier otro medio sujeto a la liberalidad de las partes que no implique violación de tales derechos.

Este último aspecto es muy relevante, pues por decisión del legislador, todos los actos de investigación que impliquen inferencias en derechos de esa índole no están sujetos a la liberalidad de las partes, sino que tienen que ejercerse respetando las decisiones democráticas tácitas o expresas. Y tiene sentido: si los pilares del Estado constitucional de derecho se fundan en el respeto por los derechos humanos, es coherente que exista un consenso entre los derechos y las libertades mínimas que las personas están dispuestas a sacrificar para lograr la justicia penal como valor superior del ordenamiento jurídico y el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. De lo contrario, existiría total incertidumbre sobre los contenidos de los derechos de que son titulares todos los seres humanos frente a los poderes del mismo Estado y de las relaciones sociales en general. Así, por ejemplo,

³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31 de agosto de 2004). *Op. Cit.*, artículo 373.

existe consenso en que, de ninguna manera, la fiscalía puede usar algún mecanismo de tortura para obtener una confesión.

Los artículos 275.g)³⁷ y 424³⁸ del CPP clasifican la evidencia electrónica como documento. Independientemente de que esa clasificación sea correcta o no, para su recolección como elemento material probatorio y aducción al juicio como prueba, se deben seguir los parámetros del principio de libertad probatoria. Si no involucra ninguna injerencia en derechos fundamentales, la fiscalía y la defensa tienen libertad para decidir el medio a través del cual recolectarla y aducirla al juicio; de lo contrario, deben ceñirse a los parámetros fijados por los actos de investigación dispuestos por el legislador y aducirla al juicio como documento.

En relación con el régimen de reserva judicial, este siguió los parámetros de la interpretación literal del artículo 250 de la Constitución; así, lo que debió ser una interpretación restrictiva del artículo 250.2, se tornó en una bastante extensiva. De esa forma, el desarrollo legal de lo que debió haber sido una excepción al régimen de reserva de derechos fundamentales, alcanzó dimensiones amplísimas que dejaron en desprotección un sinnúmero de espacios de intimidad, incluidos los ámbitos de protección que demandan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, como se verá a continuación.

En este sentido, el artículo 14 consagra como norma rectora del proceso penal, el respeto del derecho fundamental a la intimidad y la garantía de prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, en el domicilio y en las comunicaciones. Sin embargo, a renglón seguido, supeditó las injerencias, los registros, allanamientos e incautaciones en el domicilio, residencia o lugar de trabajo y las interceptaciones a las comunicaciones, a

³⁷ *Ibidem*, artículo 275.g). “Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: (...) g). El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados en la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reforme, ...”

³⁸ *Ibidem*, artículo 424. “Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes: 1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos. 2. Las grabaciones magnetofónicas. 3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones. 4. Grabaciones fonópticas o vídeos. 5. Películas cinematográficas. 6. Grabaciones computacionales. 7. Mensajes de datos. 8. El télex, telefax y similares. 9. Fotografías. 10. Radiografías. 11. Ecografías. 12. Tomografías. 13. Electroencefalogramas. 14. Electrocardiogramas. 15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.”

la reserva de ley, a la emisión de una orden de la fiscalía y, en los mismos términos que la Constitución, a un control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes a la diligencia. Además de ello, contempló la excepción de la excepción, pues también excluyó del régimen de reserva judicial de la intimidad las situaciones de flagrancia y “*demás contempladas en la ley*”.

Entonces, los registros, los allanamientos, las incautaciones, las interceptaciones de comunicaciones, los actos que involucren situaciones de flagrancia y demás contemplados en la ley, son actos de poder de la fiscalía que tienen la capacidad de afectar la intimidad de las personas y que están desprovistos de autorización judicial. Esto a su vez resulta paradójico en un sistema penal que, en teoría, debería respetar la igualdad de partes: de un lado, la fiscalía puede ordenar esos actos de investigación sin control judicial previo³⁹ y, de otro lado, si en la actividad de recolección de elementos materiales probatorios la defensa encuentra elementos que están sometidos a reserva, debe primero solicitar la autorización ante el juez de control de garantías⁴⁰.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 200, la etapa de investigación penal está bajo la dirección, control jurídico, coordinación y verificación técnico-científica de la fiscalía. Adicionalmente, esa disposición les impone a todas las autoridades públicas y a los particulares, cumplir y prestar toda la colaboración que requieran la policía judicial y la fiscalía, so pena de sanción.

De modo que, en caso de que una institución, una empresa o una persona tengan la firme convicción de acatar los postulados de la Constitución material -respetar y hacer respetar el derecho a la intimidad de las personas, garantizar la prohibición de injerencias arbitrarias y solo admitir las intrusiones que tengan respaldo en la ley y autorización judicial-; no tienen la posibilidad de oponerse a la orden de la fiscalía o, de alguna manera, contar con un escenario para exponer sus intereses legítimos y racionalizar ese acto de poder antes de que se materialice, pues su oposición automáticamente acarrea una sanción. Y si se hila más delgado, podría constituir conductas típicas de fraude a resolución judicial o administrativa

³⁹ *Ibidem*, artículo 114

⁴⁰ *Ibidem*, artículo 125

de policía, u ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio.

Desde el final del inciso 3° del artículo 14, “*y demás contempladas en la ley*”, y con el numeral 4° del inciso 2° del 177, que consagra el efecto devolutivo del recurso de apelación para los autos que deciden sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, *retención de correspondencia*, interceptación de comunicaciones o *recuperación de información dejada al navegar por internet y otros medios similares*, el CPP anticipa que la interpretación restrictiva del régimen constitucional de reserva de la intimidad va a llegar muy lejos.

A pesar de que, de acuerdo con el principio de libertad probatoria, los actos de investigación que no involucren vulneraciones a derechos fundamentales están sometidos a la liberalidad de las partes y los que sí las impliquen requieren, además de la reserva legal, la autorización judicial del juez de control de garantías, el legislador de una forma bastante particular dispuso una serie de medios de investigación y los clasificó en dos grupos: los que requieren control previo y los que no. Lo que pareciera significar que el proceso de jerarquización de los derechos fundamentales al interior del proceso penal que emprendió el constituyente derivado lo continuó el legislador.

El Capítulo II del Título I del Libro II del CPP se denomina “*Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización*” y allí se incluyen, además de los actos urgentes, las diligencias de registro y allanamiento, la retención de correspondencia, la interceptación de comunicaciones, la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, el análisis e infiltración de organizaciones criminales, la actuación de agentes encubiertos, las operaciones encubiertas contra la corrupción, las operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual, la entrega vigilada, la búsqueda selectiva en bases de datos y los exámenes de ADN que involucren al procesado. A continuación, se exponen algunas de ellas:

1. Registro y allanamiento: el CPP desarrolló este acto de investigación como un binomio, es decir, los artículos 219 al 232 hacen referencia a una

diligencia sobre inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores. De estas disposiciones no es posible extraer que el acto de registro sea uno y el de allanamiento otro, sino que el primero complementa al segundo.

Estas normas presentan las siguientes particularidades. La orden emitida por la fiscalía, que debe estar respaldada al menos en un informe de policía judicial, la declaración jurada de un testigo o elementos probatorios que permitan establecer con verosimilitud la vinculación del bien a registrar con el delito investigado, tiene por finalidad la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física o la captura del procesado. En ella, la fiscalía debe especificar con precisión el inmueble a allanar, los lugares a registrar⁴¹ y los bienes a incautar, salvo que concurra

⁴¹ *Ibidem*, artículo 219. “... y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial...”. *Ibidem*, artículo 220. “Solo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallen los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito. *Ibidem*, artículo 221. “Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado...”. *Ibidem*, artículo 222. “La orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia. // De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscal General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.” *Ibidem*, artículo 225. Durante la diligencia de registro y allanamiento la Policía Judicial deberá: 1. El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y, en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia. 2. Se garantizará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito. 3. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas. Además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella...”. *Ibidem*, artículo 226. “Para el allanamiento y registro de bienes inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores que, conforme con el derecho internacional y los tratados en vigor

alguna situación de flagrancia que obligue a desbordar los límites del mandato; de lo contrario, la policía judicial debe ceñirse a registrar los lugares autorizados por la fiscalía e incautar los bienes señalados en la orden.

El artículo 223 hace referencia a los elementos que no pueden ser objeto de registro: a. Las comunicaciones escritas entre el procesado y las personas que por razones legales están excluidas del deber de testificar⁴² y b. Los archivos de estas personas que contengan información confidencial, física o digital, relativa al procesado.

Más adelante se presentará con detenimiento la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado sobre esta particular prohibición y cómo este artículo, en concepto de esa institución, prevé el acto de investigación de registro para obtener evidencia electrónica. También se expondrán las razones por las cuales esa particular interpretación no resulta convincente,

gocen de inmunidad diplomática o consular, el fiscal solicitará venia al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que se requerirá su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.” Ibidem, artículo 228. “Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados...”. Ibidem, artículo 229. En las situaciones de flagrancia, la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado. En caso de refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se solicitará el consentimiento del propietario o tenedor o en su defecto se obtendrá la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.” Ibidem, artículo 230. “Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando: //1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro...”. Ibidem, artículo 231. “Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.”

⁴² Ibidem, inciso 3° del artículo 385.

pues si el legislador se tomó el trabajo de fijar con detenimiento los contenidos de las instituciones previstas en el artículo 250 de la Constitución, en especial de la diligencia de registro y allanamiento, cuesta trabajo deducir los contenidos de una simple prohibición. En fin, más adelante se abordará esta temática con más detalle.

Sin perjuicio de lo anterior, la precisión que se pretende hacer en este momento y el motivo por el cual es pertinente citar esas disposiciones, es la manera como el CPP desarrolló la diligencia de registro y allanamiento sobre inmuebles, naves, aeronaves y vehículos automotores; diseñó los parámetros de la orden para esta institución de manera tan específica, que la aplicó analógicamente a todos los demás actos de investigación que *no* requieren control judicial previo, y previó un registro a determinados *lugares* del inmueble, con el fin de recolectar e incautar elementos materiales probatorios y evidencia física previamente señalada en la orden.

2. Retención de correspondencia: para retener correspondencia -privada, postal, telegráfica, de mensajería especializada o similar- que el procesado remita o transmita, la fiscalía debe diligenciar una orden, para la cual se aplican analógicamente los criterios del registro y allanamiento, y contar con motivos fundados, medios cognoscitivos e inferencia de que existe información útil para la investigación. De esta manera, en caso de requerirlo, las empresas de mensajería deben suministrarle a la fiscalía la relación de los mensajes transmitidos o recibidos por aquel y, en caso de que se encuentre escrita en clave, la orden también se extiende a su desciframiento por parte de peritos especializados.

Es evidente que con los nuevos desarrollos de la tecnología de las comunicaciones, este acto de investigación puede llegar a tener alcances más amplios a los inicialmente contemplados, pues si el legislador previó el telégrafo, que revolucionó las telecomunicaciones en Colombia entre 1865 y 1923⁴³, difícilmente anticipó la compleja tecnología de las plataformas de mensajería instantánea que hoy en día rigen las comunicaciones de las

⁴³ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Juan Camilo. La Telegrafía: una revolución en las telecomunicaciones de Colombia: 1865-1923. (en línea) En: Biblioteca virtual del Banco de la República, 2012, No.265. (Consultado el 2 de noviembre de 2020) Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-265/la-telegrafia-una-revolucion-en-las-telecomunicaciones-de-colombia>

personas y que podrían quedar incluidas en la expresión “o similares” a la mensajería especializada.

Las empresas que desarrollan estas novedosas formas de comunicación compiten por ofrecerl a sus usuarios las más revolucionarias y seguras. Por ejemplo, la comunicación encriptada, que solo puede ser descifrada en el dispositivo emisor o receptor, difícilmente podría ser *retenida*, pues quien lo haga se encontrará con datos sin sentido que solo podrían ser descifrados en uno de los puertos de transmisión; por la empresa desarrolladora del software, la que se vería obligada a cumplir la orden de la fiscalía *so pena* de sanción; o por investigadores especializados capaces de superar las barreras impuestas por las empresas que han invertido recursos para asegurar que los mejores ingenieros del mundo desarrollen la tecnología más segura. Sin embargo, esta labor puede resultar muy costosa, en tiempo y recursos, o deja de ser un acto de retención de comunicaciones, pues como se verá más adelante, a veces la única forma de descifrar la escritura cifrada es accediendo directamente a la información electrónica de uno de los puertos emisores o receptores y no por medio de la *retención*.

3. Interceptación de comunicaciones: para buscar elementos probatorios o los posibles responsables de una conducta punible, la fiscalía puede emitir una orden, por hasta seis meses, para interceptar cualquier tipo de comunicación que curse por una red de comunicaciones y grabarlas magnetofónicamente o por cualquier mecanismo similar. Este acto les impone a los funcionarios que lo ejecuten, guardar la respectiva reserva y les prohíbe interceptar las comunicaciones con la defensa.

Con las diversas y complejas formas de comunicación de la actualidad, este acto de investigación, en ocasiones, también puede resultar inadecuado para obtener medios de prueba. Por ejemplo, WhatsApp es una aplicación para compartir mensajes escritos o de voz, archivos o hacer llamadas; no obstante, posee un sistema de encriptado de extremo a extremo. No es posible o, al menos, reviste un nivel muy elevado de complejidad, interceptar este tipo de comunicaciones. Solo sería posible acceder a su contenido en el dispositivo emisor o receptor. Sucede lo mismo con Signal, la cual, además de tener el sistema de encriptación, permite configurar la eliminación de mensajes y asignar a cada emisor un número

aleatorio por conversación que impide su identificación. Entonces, con esta aplicación, la interceptación también devendría obsoleta y, aun estando en alguno de los dispositivos, sería aún más complejo acceder a la información de las comunicaciones y de la identidad de sus partes.

De modo que, da la impresión de que las comunicaciones que se manejan hoy en día por este tipo de plataformas no tienen la capacidad de ser interceptadas; más bien se trata de información electrónica producto de la transmisión de datos que puede ser recuperada en alguno de los dispositivos o en aquel que almacene esa información, por ejemplo, en la *nube*, que es una tecnología de acceso remoto a un software de almacenamiento y procesamiento de datos, por medio de internet.

4. Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones: con el fin de obtener elementos materiales probatorios o realizar la captura del procesado y cuando se cuente con motivos razonablemente fundados, la fiscalía puede proferir una orden encaminada a retener, aprehender o recuperar la información transmitida o manipulada por el investigado a través de redes de telecomunicaciones, los equipos terminales, dispositivos o servidores que puedan haber sido utilizados como medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien tal información.

De acuerdo con lo expuesto, este sería el mecanismo de investigación para la recolección de evidencia electrónica, esto es, archivos, datos, imágenes o conversaciones almacenadas en dispositivos electrónicos, como computadores, teléfonos, tabletas, entre otros, o a través de ellos. Esto es así, puesto que los sistemas informáticos, en su mayoría, están compuestos de redes de telecomunicaciones.

La manera a través de la cual se lleva a cabo la recolección de evidencia electrónica es la siguiente. En primer lugar, es necesario identificar si su extracción involucra el equipo en el que está contenida -un computador o un smartphone-, o no, es el caso de la información está contenida en un servidor al que se puede acceder remotamente -por ejemplo, OneDrive, Dropbox o iCloud-. En el primer caso, se debe seguir el proceso previsto en los artículos 80 al 88 del CPP:

a. La incautación del elemento por parte de policía judicial. De manera preferente se debe optar por su entrega voluntaria, que sería la medida menos restrictiva del derecho a la propiedad de las personas; sin embargo, cuando ello no sea posible, se puede llevar a cabo en desarrollo del plan metodológico y por disposición de la fiscalía⁴⁴, a través de una diligencia de registro y allanamiento; o, incluso, mediante los actos urgentes de policía judicial⁴⁵.

b. La policía judicial debe dejar a disposición de la fiscalía los elementos incautados y esta debe llevar a cabo un control sobre los actos de aquella. Los excesos que involucren desconocimiento de garantías mínimas debe sancionarlos con compulsas de copias disciplinarias y rechazo de la evidencia⁴⁶.

c. Dentro de las 36 horas siguientes, la fiscalía debe someter a control judicial posterior ante el juez de control de garantías⁴⁷ la legalidad de la incautación. En la audiencia, la fiscalía, el Ministerio Público o la víctima, pueden solicitar la suspensión del poder dispositivo del objeto con fines de comiso.

d. Dado que estas audiencias por lo general son reservadas y se llevan a cabo en etapa de indagación, es decir, sin que el investigado tenga conocimiento de ellas, la manera como la defensa podría oponerse a este acto es por medio de una solicitud de otra audiencia preliminar o, más adelante, durante la audiencia preparatoria, pedir la exclusión de la evidencia⁴⁸.

e. De acceder a las solicitudes de legalización de la incautación e imposición de la medida cautelar, el juez de control de garantías, dentro de los tres días siguientes, pondrá la administración de los elementos a

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31 de agosto de 2004). *Op. Cit.*, artículo 207

⁴⁵ *Ibidem*, artículo 205

⁴⁶ *Ibidem*, artículo 212

⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 (19 de diciembre de 2002). *Op. Cit.*, artículo 250.2. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31 de agosto de 2004). *Op. Cit.*, 14 y 154.1.

⁴⁸ *Ibidem*, artículo 238.

disposición del Fondo Especial de Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación.

Teniendo bajo su disposición el bien mueble o hardware a inspeccionar o, en caso de que no se requiera el equipo, la fiscalía debe establecer qué tipo de información es la que se pretende recaudar. Si sus contenidos tienen injerencia en el derecho fundamental a la intimidad de su titular, de acuerdo con los fundamentos constitucionales del régimen de reserva, debe remitirse al acto de investigación dispuesto por el legislador para tal fin y solicitar el control judicial previo ante el juez de control de garantías. De lo contrario, basta con la orden de trabajo a policía judicial emitida por el fiscal competente. En el primer evento, esta solicitud se podría elevar en la misma audiencia de legalización de la incautación o en una autónoma.

No obstante, por la manera como el legislador desarrolló este régimen y organizó los actos de investigación en el CPP, así la producción de evidencia electrónica involucre trasgresiones en el derecho fundamental a la intimidad de las personas, no se requiere autorización del juez de control de garantías, sino solo el control posterior previsto para las diligencias del artículo 250.2 de la Constitución. Entonces, para extraer esta evidencia, la fiscalía debe librar la correspondiente orden de trabajo a policía judicial. De ese procedimiento llevado a cabo por el investigador técnico debe quedar registro que garantice fidelidad, genuinidad y originalidad⁴⁹.

Antes de la formulación de la acusación y sin exceder de seis meses, los bienes incautados deben ser devueltos a su propietario y se debe solicitar al juez de control de garantías levantar la medida cautelar⁵⁰. A pesar de ello, de acuerdo con el inciso 3° del artículo 236, la aprehensión de los equipos debe limitarse exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información y deben ser devueltos inmediatamente. De modo que, debería preferirse la segunda interpretación, por ser más garantista de los derechos a la propiedad y la intimidad de las personas.

5. Vigilancia y seguimiento de personas: implica someter a seguimiento pasivo al indiciado, para obtener información útil para la

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 146.1.

⁵⁰ *Ibidem*, artículo 88.

investigación que se adelanta y para tal fin se pueden tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante, sin afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o de terceros. Frente a este, aun cuando está previsto en este capítulo del CPP, el legislador optó por un control judicial previo, lo que permite inferir que la clasificación por la que optó el código no es muy convincente.

6. Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual: este acto de investigación fue introducido con la Ley 1908 de 2018 y, para su ejecución, el legislador previó el control judicial previo ante el juez de control de garantías. Esta técnica especial de investigación se lleva a cabo por medio de un agente encubierto en redes de comunicación virtual, que está autorizado a intercambiar archivos ilícitos y a obtener la evidencia digital necesaria para la detección de organizaciones cibercriminales.

Esta novedad legislativa permite establecer que, pese a los deficientes desarrollos del CPP del régimen de reserva de derechos fundamentales, sigue sobre la mesa de discusión el control judicial que procede frente a cada acto de investigación con injerencias en derechos fundamentales y que la reserva legal sigue siendo una decisión democrática y no de la fiscalía o de los jueces. Además, el hecho que para esta diligencia se haya previsto un control judicial previo y, aun así, el legislador haya ubicado este mecanismo en este Capítulo, permite confirmar que ninguna lógica tiene esta clasificación aleatoria y, por tanto, ninguna consecuencia jurídica se podría derivar de ella.

7. Búsqueda selectiva en bases de datos: consiste en acceder a centrales de información de instituciones públicas o privadas que contengan datos personales de diversa índole de la persona procesada. Esa información puede ser pública, privada, semiprivada o reservada. El CPP previó este acto para ser llevado a cabo sin control previo de juez de control de garantías; sin embargo, en protección a los derechos a la intimidad y a la libertad de determinación informática, la Corte Constitucional⁵¹ restableció el régimen completo de la reserva de derechos fundamentales.

⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. (9 de mayo de 2007)

El Capítulo III del Título I del Libro II del CPP se titula “*Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización*” y se compone de una regla general, de la inspección corporal, del registro personal, de la obtención de muestras que involucren al procesado y del procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.

La previsión inicial afirma que todas las actuaciones de investigación que no hayan sido referidas en el anterior capítulo y que involucren afectaciones a derechos fundamentales, deben ser sometidas al control previo del juez de control de garantías. Es decir, esta disposición replicó el contenido del artículo 250.3 de la Constitución; no obstante, en este nivel, ese mandato no halla mayor sentido, pues si el legislador no previó otras diligencias de esa índole, ello implica que no hay reserva de ley y, en consecuencia, que no hay legitimidad para adelantar ningún acto de investigación que implique trasgresiones a derechos fundamentales con la sola autorización del juez de control de garantías.

Razonar de manera contraria sería tanto como facultar a los jueces para adoptar decisiones democráticas privativas del legislador, en una audiencia a puerta cerrada con la fiscalía y, por lo general, sin participación de la defensa. Lo que no tiene ningún sentido.

Las demás actividades tienen relación con la protección del cuerpo humano. Esta clasificación deja en el aire la idea de que el CPP no reguló los actos de investigación que afectan derechos humanos bajo la axiología de la reserva de derechos fundamentales, sino bajo una concepción sacralizada de la humanidad: *el cuerpo humano es sagrado y para tocarlo se necesita autorización de un juez, todo lo demás puede ser soportado*.

De esta manera entonces, las específicas y determinadas excepciones introducidas con el Acto Legislativo 03 de 2002, como salvedades a la autorización previa del juez de control de garantías sobre las injerencias en derechos fundamentales por parte de la fiscalía, se tornaron en un catálogo amplio de actos de investigación a la liberalidad de esa parte procesal. Como se verá más adelante, en algunos aspectos la Corte Constitucional ha modulado este tema; pero, lo ha hecho de manera problemática y sin una teleología clara.

En fin, esta clasificación del CPP resulta bastante cuestionable, pues no apela a los fundamentos convencionales y constitucionales del régimen de reserva de derechos fundamentales que ya fueron abordados y pone en evidencia una desarmonía en la relación de subordinación de la ley hacia la Constitución, la que debe existir dentro del sistema de fuentes del Estado de derecho colombiano. No hay duda de que el legislador debió interpretar el régimen de reserva que introdujo el constituyente derivado de una forma compatible con la axiología que rige la Constitución material, la que prevalece sobre la orgánica, y los principios universales *pro hommine* y *pro libertate*; y no aprovecharse de un quiebre en el principio acusatorio para abrir una puerta a posibles abusos del poder.

b. Código Penal

El Código Penal -CP- también parte de los derechos humanos protegidos por la Constitución y los tratados internacionales y los hace parte de su cuerpo normativo, a través de una cláusula de integración⁵². En este sentido, de sus normas rectoras también hacen parte el reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad y sus garantías de prohibición de injerencias arbitrarias y de reserva.

Ahora bien, como se vio en los capítulos anteriores, uno de los pilares más importantes del sistema penal acusatorio es la reserva de los derechos fundamentales. Esta institución fue introducida en el ordenamiento jurídico con un quiebre, el que terminó por ser ampliado por el legislador, bajo una interpretación *contra hommine*, desfigurándola y permitiendo un abismo de ámbitos de desprotección al interior del proceso penal.

Lo que deja este panorama es un poder muy grande en manos de la fiscalía: esta tiene que estar en capacidad de ponderar entre sus motivaciones como parte procesal y su rol de protectora del Estado constitucional de derecho, ya no solo en cuatro casos excepcionales, sino en todos aquellos que fueron dejados a su arbitrio por el legislador y por los que puedan llegar a incluirse. Esto abre un campo de responsabilidad aún

⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. En: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000. Artículo 2°

más grande, que puede llegar incluso hasta la responsabilidad penal, la que protege los bienes jurídicos de la intimidad de las personas, la información electrónica y, sin duda alguna, el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

En este orden de ideas, tal como se lo imponen los artículos 200 y 212 del CPP, la fiscalía debe ejercer el control sobre la investigación penal, en general, y los actos de investigación que despliega la policía judicial, en particular, pues, en caso de que estos violen los principios rectores o las garantías procesales, la evidencia debe ser rechazada y las acciones desplegadas deben ser puestas en conocimiento de las autoridades penales y disciplinarias correspondientes.

De modo que los excesos en que puedan incurrir los investigadores en actos como los de producción de evidencia informática que involucre injerencias en el derecho a la intimidad, tienen la capacidad de constituirse en conductas típicas como la violación de comunicaciones⁵³, la violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial⁵⁴ y la utilización ilícita de redes de comunicaciones⁵⁵; el acceso abusivo a sistema informático⁵⁶, la obstaculización ilegítima de sistema informático o red de comunicaciones⁵⁷, la interceptación de datos informáticos⁵⁸, el daño informático, la violación de datos personales⁵⁹, el uso de software malicioso⁶⁰ y con el agravante⁶¹ de tratarse de servidores públicos, y el fraude a resolución judicial⁶².

Entonces, este quiebre del régimen de reserva de derechos fundamentales al interior del sistema penal colombiano, además de ser sumamente costoso en materia de protección a los derechos humanos, traza una línea demasiado delgada entre el ejercicio de la acción penal a cargo de la fiscalía y los excesos o desviaciones en esta función. No en vano han salido

⁵³ *Ibidem*, artículo 192.

⁵⁴ *Ibidem*, artículo 196.

⁵⁵ *Ibidem*, artículo 197.

⁵⁶ *Ibidem*, artículo 269 A.

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 269B.

⁵⁸ *Ibidem*, artículo 269C.

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 269F.

⁶⁰ *Ibidem*, artículo 269E.

⁶¹ *Ibidem*, artículo 269H.

⁶² *Ibidem*, artículo 454.

a la luz pública las desviaciones en que han incurrido funcionarios del Estado a través de las “chuzadas” a opositores del Gobierno, a periodistas, a magistrados y a funcionarios de gobierno⁶³.

4. Balance

Hasta este punto, se ha hecho un recorrido por los más importantes instrumentos de derecho humanos, por las normas constitucionales y por la legislación penal y procesal penal colombiana, con el propósito de encontrar los fundamentos del régimen de reserva del derecho a la intimidad y la manera como se ha incorporado al sistema acusatorio colombiano. Este estudio ha permitido conocer los contenidos del derecho fundamental a la intimidad, el consenso sobre su relatividad y las garantías que se han desarrollado para su protección: la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones personales, y el régimen de reserva, y la especial relevancia de estos en el proceso penal. Además, este camino permite afirmar que esta institución tiene un claro soporte convencional y constitucional.

La reforma constitucional que introdujo el sistema penal acusatorio desarrolló el régimen de la reserva de derechos fundamentales, pero lo hizo de una manera bastante particular y no bajo una axiología compatible con los valores constitucionales, sino a partir de móviles políticos y de un temor institucionalizado: todas las medidas que se adopten al interior del proceso penal y que involucren afectaciones a derechos fundamentales deben ser

⁶³ Varios ejemplos: “No cesa el alboroto por 'chuzadas' a opositores, periodistas, magistrados y funcionarios de Gobierno”. (en línea). En: Periódico El Tiempo, 23 de febrero 2009. (Consultado el 19 de octubre de 2020). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4836174>; “Las 'chuza-DAS’”. En: Revista Semana, 19 de diciembre de 2009. (Consultado el 19 de octubre de 2020) Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/las-chuza-das/111197-3>; “Néstor Humberto Martínez montó en la Fiscalía un aparato de 'chuzadas’”: Gonzalo Guillén. En: Pulzo, 25 de mayo de 2019. (Consultado el 19 de octubre de 2020). Disponible en: <https://www.pulzo.com/nacion/gonzalo-guillen-acusa-exfiscal-nessor-humberto-martinez-ordenar-chuzadas-PP702105>; “Chuzadas. Traición en el búnker de la Fiscalía”. En: Revista Semana, 14 de julio de 2019. (Consultado el 19 de octubre de 2019). Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/corrupcion-en-la-fiscalia-semana-revela-escandalo-de-espionaje/623374/>, entre otros.

sometidas al control previo del juez de control de garantías; en relación con el derecho a la libertad personal se aplica la misma regla, pero se excluyen las situaciones de flagrancia y la facultad del legislador de regular la captura excepcional de la fiscalía y, en torno al derecho a la intimidad también se sigue el régimen de reserva, salvo para las diligencias de registro, allanamiento, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. Pareciera que, en una especie de jerarquización, las afectaciones al derecho fundamental a la intimidad hubieran quedado relegadas a las más desprotegidas de todo el sistema.

Es decir, en sintonía con los contenidos de la Constitución material, el constituyente derivado desarrolló el régimen de reserva de derechos; sin embargo, para fortalecer la fiscalía como instancia de investigación y acusación, abrió cuatro campos de desprotección frente al derecho a la intimidad de las personas, lo que lo vació de contenidos materiales.

En fin, ante este panorama, lo deseable hubiera sido que el legislador orientara su labor de implementación del sistema penal acusatorio de acuerdo con los fundamentos convencionales y constitucionales, lo que le implicaba optar por una interpretación más razonable: una más respetuosa de los derechos fundamentales, que era la compatible con los contenidos del régimen de reserva de la intimidad previsto en la Constitución material y que era coherente con la sustracción de la fiscalía de decisiones con capacidad de afectar las garantías mínimas de las personas o con valor de cosa juzgada.

No obstante, el legislador optó por otra alternativa: interpretar la excepción del artículo 250.2 de la Constitución de manera extensiva, como una autorización para escoger cuáles actos de investigación que afectan derechos fundamentales requieren del control judicial previo del juez de control de garantías y cuáles no. Y, de esa manera, llegó a un punto bastante cuestionable hoy en día: los actos de investigación *relevantes* que requieren un control judicial son aquellos que involucran intervenciones en el cuerpo humano y, los que no, quedan a la liberalidad del legislador y, al parecer, de los jueces. Entonces, el CPP terminó de abrir la puerta de desprotección que abrió la reforma constitucional, siguió en la clasificación jerárquica de los derechos fundamentales de las personas al interior del proceso penal y

terminó por desfigurar aún más lo que tenía que haber sido un sistema penal acusatorio legítimo dentro de un Estado constitucional.

La supresión de este control tiene implicaciones sustanciales y, eventualmente, puede conllevar ámbitos de responsabilidad internacional del Estado, al garantizar en menor proporción los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y de responsabilidad disciplinaria e incluso penal de los servidores que ejecutan los actos de investigación referidos. Y esto último tiene sentido, pues, si el ente acusador “...*que ha trabajado motivado por el desafío que representa el descubrir la verdad, y para quien cualquier objeto o versión es una prueba incriminatoria en potencia, no considerará mayormente la prevalencia de la protección de los derechos fundamentales del sindicado, sino le dará más peso a su obligación de conseguir respuestas certeras dirigidas a clarificar la comisión del delito*”⁶⁴, difícilmente se le puede exigir que dirija su investigación de manera imparcial e independiente.

Y es que, después del estudio realizado, difícilmente se puede deducir, tal como lo hizo el constituyente derivado, que tal falencia se colme con el control posterior y automático que pueda ejercer el juez de control de garantías, pues llega tarde a la injerencia, cuando ya se pudieron haber deslegitimado en algún nivel los cimientos del Estado constitucional.

El régimen de reserva del derecho fundamental a la intimidad se compone de dos elementos, uno democrático y otro judicial; este control con soporte convencional y constitucional es adecuado y razonable para proteger el núcleo esencial del derecho y no puede ser facultativo o de libre disposición.

De esta manera, en la era de la tecnología y las comunicaciones, todos los datos y la información a través de los cuales las personas y, en especial, las nuevas generaciones, desarrollan sus personalidades, se comunican y llevan sus vidas cotidianas, que contienen ámbitos de intimidad personal, privada o reservada, quedaron desprotegidos al interior del proceso penal: al margen del control del juez de control de garantías. En un mundo digital

⁶⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 (7 de mayo de 2002) Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No. 148 del 7 de mayo de 2002.

como el contemporáneo, el ser humano no puede ser comprendido ni medido con la misma vara de hace siglos, cuando el cuerpo era sagrado. Hoy se ameritan nuevos esfuerzos de racionalización.

En fin, no hay duda de que el Estado tiene que estar en capacidad de investigar los hechos que revistan características de delitos y de sancionar a sus posibles responsables; sin embargo, tiene que estarlo sin necesidad de sacrificar los derechos y las libertades fundamentales que a la humanidad tanto le ha costado conseguir y que son los pilares sobre los cuales están contruidos los Estados democráticos de derecho.

Para tal fin no es necesario ir más allá de lo existente: hay que recordar el sistema de fuentes del derecho, que es “*la potencia legitimadora y simbólica que se compara a la coacción física que posee quien controla el ejército de un Estado*”⁶⁵, y remitirse a las disposiciones de la Constitución Política que ostentan un valor axiológico jurídico diferenciado, que desarrollan los derechos fundamentales y sus garantías, como la reserva de derecho. A partir de esa comprensión es posible darle sentido a la axiología que debe regir al sistema penal acusatorio y optimizar las herramientas de control con las que cuenta: reforzar el papel del juez de control de garantías y desprender a la fiscalía de las facultades de injerir sobre derechos fundamentales.

B. Jurisprudencial

Ahora bien, teniendo en cuenta el panorama descrito, es necesario evidenciar si la jurisprudencia constitucional y penal ha solucionado estas imperfecciones del sistema normativo. La importancia de este estudio radica en exaltar las funciones racionalizadoras e integradoras que ostentan los jueces sobre el derecho y encontrar en qué lugar se sitúan las doctrinas mayoritarias de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el siguiente problema jurídico:

⁶⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis y Universidad de Los Andes, Segunda Edición, 2006. p XXI.

¿la facultad de la Fiscalía General de la Nación de acceder a evidencia electrónica sin autorización judicial previa constituye una injerencia ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad?

Sobre esa base será posible conocer si existe un patrón de desarrollo decisional sobre ese punto de derecho e identificar qué peso jurídico tiene dentro del sistema de relativa vinculatoriedad de la jurisprudencia que existe en el ordenamiento jurídico colombiano⁶⁶. De esta manera será posible conocer la subregla que actualmente existe dentro del derecho procesal penal.

1. Corte Constitucional

a. Desarrollos iniciales

En un principio, con la recién promulgada Constitución Política de 1991, rigieron procesos penales distintos al sistema penal acusatorio. Primero lo hizo el Decreto 2700 de 1991⁶⁷ y más tarde el sistema penal mixto de la Ley 600 de 2000⁶⁸. Debido a esto, en los desarrollos jurisprudenciales iniciales, no es posible identificar decisiones que hayan resuelto el problema jurídico sometido a análisis; sin embargo, y sin la intención de desviar el estudio, es preciso reseñar algunos pronunciamientos que suministran elementos importantes para conocer la manera cómo la Corte Constitucional ha comprendido el régimen de reserva de derechos fundamentales, en particular frente al derecho a la libertad.

En las sentencias T-490 de 1992⁶⁹ y C-024 de 1994⁷⁰, se resolvieron problemas jurídicos similares, relacionados con la legitimidad de las facultades de las autoridades administrativas, en ejercicio de funciones de

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2700 (30 de noviembre de 1991). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. En: Diario Oficial. 1991. No. 40.190.

⁶⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 600 (24 de julio de 2000). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. En: Diario Oficial. 2000. No. 44.097

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-490 de 1992 (13 de agosto de 1992)

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994 (27 de enero de 1994)

policía, de imponer multas conmutables en arresto por faltas al antiguo Código de Policía y de captura administrativa, y con que si estas violaban el derecho al debido proceso, la prohibición de prisión o arresto por deudas, y el principio de legalidad. La corte hizo un recuento de los fundamentos del recién creado régimen de reserva de derechos fundamentales, en especial de la reserva judicial de la libertad personal, como presupuesto necesario para el goce y disfrute de los demás derechos y libertades reconocidos.

Advirtió que el fundamento de esta institución es el principio de separación de poderes, propio del régimen democrático sobre el cual se cimentó el nuevo orden constitucional. En este, los jueces son, frente a la administración y al propio legislador, los principales defensores de los derechos fundamentales y garantes de sus restricciones. Solo aquellos pueden adoptar decisiones motivadas, razonadas y proporcionales, que concilien los valores e intereses en pugna, permitiendo la judicialización del conflicto social y evitando la exacerbación de la violencia mediante el uso exclusivo de la coacción⁷¹. Son garantía de imparcialidad contra la arbitrariedad, pues impiden que la autoridad acusadora desempeñe el papel de juez y de parte y son los únicos competentes para privar a las personas de su libertad, por motivos previamente definidos en la ley y bajo las formalidades legales. De esta manera, se eliminaron las penas impuestas sin juicio previo y las detenciones por orden de autoridades administrativas.

En estos precedentes, la corte resaltó un factor jurídico muy importante contenido en la Carta Política: la necesidad de que los derechos fundamentales, los procedimientos para su protección y el régimen de reserva de la libertad, se regularan bajo las formalidades de las leyes estatutarias.

Ese mismo año, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del Decreto 2700 de 1991, que disponía el control judicial de legalidad sobre la decisión de la fiscalía⁷² de imponer una media de aseguramiento. Para ello, resaltó dos componentes importantes introducidos con la Constitución de 1991: la reserva de derechos fundamentales y la estructura básica del

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-490 de 1992. *Op. Cit.*

⁷² Hay que recordar que bajo ese sistema procesal penal, la fiscalía fungía como verdadera administradora de justicia y en la Asamblea Nacional Constituyente se mantuvo en firme esa decisión.

proceso penal. Estableció que, como en la parte dogmática de la Constitución se encuentran los principios, valores y fines del Estado y en la parte orgánica, entre otros, la regulación de las funciones de la Fiscalía General de la Nación, y como la primera prevalece sobre la segunda, una interpretación sistemática de la Constitución permite deducir que el artículo 250⁷³ que, a su vez, consagra el respeto por los derechos fundamentales y las garantías que les asisten a los procesados, se subordina a la parte dogmática -artículo 28-.

De este modo, la delicada tarea de salvaguardia de los derechos y garantías autoriza la razonable previsión de controles tanto internos como externos a las tareas que realiza la fiscalía. Entre estos, destacó la colaboración entre fiscales y jueces durante las etapas de investigación y juzgamiento, la que no implica injerencias indebidas de estos en las actuaciones de aquellos ni poner en duda la rectitud de los funcionarios judiciales que adelantan la instrucción o desconfiar de su sometimiento a la Constitución y a la ley. Por el contrario, se trata de un complemento del desempeño de los distintos funcionarios judiciales, el desarrollo del principio de economía procesal y el respeto por el Estado de derecho⁷⁴. Esto permite subsanar posibles yerros sustanciales y garantizar una etapa de juzgamiento depurada de vicios y respetuosa de los derechos fundamentales del procesado.

La relevancia de todo esto radica en que el proceso penal no agota el conjunto de sus objetivos en la sola satisfacción de un propósito de eficacia, sino que está abocado a cumplir la doble misión de dotar al poder estatal de medios adecuados para establecer la verdad y administrar pronta y cumplida justicia, garantizando, a la vez, el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales⁷⁵.

⁷³ En su redacción original. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991. *Op. Cit.*, artículo 250.

⁷⁴ “(e)n un auténtico Estado de derecho, la coacción que el poder público ejerce, en cuanto involucra la afectación de derechos individuales, debe estar lo suficientemente justificada. El acto que a primera vista tenga potencialidad para infringir un derecho, debe tomarse con la mayor cautela, cuidando de que efectivamente se configuren las condiciones que lo autorizan y atendiendo los requisitos señalados para su procedencia...” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-395 de 1994 (8 de septiembre de 1994).

⁷⁵ *Ibidem*.

De cara a una aproximación al problema jurídico bajo estudio, esta sentencia confirma un punto que ya había sido expuesto en capítulos anteriores: los fundamentos sustanciales del régimen de reserva residen en la parte dogmática de la Constitución y estos prevalecen sobre las previsiones orgánicas, de las que hacen parte las funciones de la fiscalía. Además, resalta un aspecto importante: los controles al ejercicio de su actividad investigativa y acusadora no implican un desconocimiento de sus capacidades institucionales, sino que enaltecen los fundamentos del Estado constitucional de derecho y alcanzan los fines del proceso penal.

Más adelante, la corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 392 de la Ley 600 de 2000⁷⁶, por medio de la cual se alegaba que la parte civil, al igual que el procesado, su defensor y el Ministerio Público, debía estar autorizada para solicitar el control judicial sobre la decisión de la fiscalía de no imponer medida de aseguramiento. La Corte Constitucional le halló razón a la demanda y para llegar a esa decisión tuvo en cuenta los fundamentos del control judicial a las actuaciones de la fiscalía en el régimen procesal de la Ley 600 de 2000, sobre todo el artículo 28 de la Constitución. Como quiera que en ese proceso penal la fiscalía administra justicia, a su cargo está la decisión de imponer la detención preventiva o medidas cautelares sobre bienes y, en caso de que las partes e intervinientes no estén de acuerdo con tal determinación, pueden solicitar el control ante el juez de conocimiento sobre esa decisión.

Esas decisiones no están exentas de control judicial por tres razones. La primera, porque dentro del Estado social de derecho colombiano existe un sistema de controles armónicos entre las ramas del poder -artículos 1°, 2°, 6 y 113-. La segunda, dado que el ordenamiento jurídico contempla mecanismos a través de los cuales la jurisdicción ejerce un control material sobre las acciones u omisiones de las autoridades, como garantía del orden público y de los derechos fundamentales, por ejemplo, la acción de tutela y el recurso extraordinario de casación. La tercera tiene que ver con el deber de las autoridades de garantizar los derechos de las personas sometidas a un proceso penal -artículos 2° y 250- y el contenido acusatorio del sistema penal mixto establecido en la Constitución -artículos 249 y 253-.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2002 (1° de octubre de 2002)

La corte recordó que, inicialmente, en el proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno, la fiscalía estaba diseñada como un órgano del ejecutivo, encargado de la investigación y la acusación de ciertas conductas, principalmente de las relacionadas con la criminalidad organizada, y cuyas actuaciones serían controladas por los jueces. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión IV de la Asamblea Nacional Constituyente propiciaron el debate en torno a la conveniencia de excluir de cualquier control judicial los actos de la fiscalía, con el fin de fortalecer sus facultades de investigación y acusación, especialmente frente al poder que ejercían las organizaciones criminales del narcotráfico, y lo ganaron⁷⁷. Hay que recordar el contexto de zozobra por el que atravesaba Colombia a finales del siglo XX en su lucha contra el cartel de Medellín.

A pesar de que ese es el espíritu del constituyente, la corte advirtió que, de ninguna manera, un control judicial sobre los actos de la fiscalía se oponía a su capacidad de enfrentar modalidades poderosas de criminalidad, de combatir la impunidad ni desvirtuaba su autonomía al interior de la rama judicial. Por el contrario, el legislador está plenamente facultado para diseñar los mecanismos de control judicial que considere convenientes e idóneos, siempre que determine con precisión el órgano encargado del control, el momento en el que se debe ejercer -previo o posterior-, su objetivo, su ámbito y sus efectos.

En relación con la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, en cuanto a la exigencia del artículo 28 de la Constitución, sobre la existencia de un motivo previamente definido en la ley, el artículo 354 de la Ley 600 de 2000 dispuso que para su procedencia se requería la concurrencia de un delito respecto del cual proceda una medida en abstracto y un criterio material de orden probatorio que indica cuál es el estándar suficiente para que una persona pueda ser detenida: dos indicios graves de responsabilidad.

⁷⁷ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No. 81 (24 de mayo de 1991). p. 10. (en línea) (consultado el 13 de noviembre de 2020) Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3798>. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No. 90 (5 de junio de 1991). p. 15. (en línea) (consultado el 13 de noviembre de 2020) Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3754>. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2002. *Op. Cit.*

Sobre esa medida el legislador optó por un control judicial de legalidad sobre errores graves que desconozcan ese estándar, mas no sobre la discrepancia de criterios; externo, en cabeza de los jueces de conocimiento; posterior, una vez la fiscalía haya adoptado la decisión de imponer o no imponer; material, con condiciones sustantivas probatorias cuyo cumplimiento debe verificar el juez y, finalmente, en cuanto a sus efectos, definió que la consecuencia de constatar la existencia de errores graves era la revocatoria de la providencia proferida por el fiscal.

Ahora bien, en relación con la importancia y aproximación de estos precedentes al problema jurídico relevante para este estudio, vale la pena detenerse en lo siguiente: el artículo 28 de la Constitución fue el fundamento de la tan cuestionada detención administrativa, la que a su vez tenía que basarse en razones objetivas y en motivos fundados. La protección de los derechos de los ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias, radicaba en el control ejercido tanto por los superiores del funcionario que practicó la diligencia, como por las autoridades judiciales y los organismos de vigilancia y control del Estado.

También fue el sustento del control judicial posterior de las medidas cautelares impuestas por la fiscalía bajo el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000. Entonces, es evidente que se trata de una disposición que ha sido maleable a las cambiantes necesidades de política criminal y que es necesario que, de una vez por todas, se definan sus alcances.

Si el compromiso de Colombia con el respeto por los derechos humanos reconocidos internacionalmente es real, si la implementación de un Estado constitucional de derecho es una responsabilidad seria, si la parte orgánica de la Constitución se subordina a la dogmática y si la adopción de un sistema penal acusatorio legítimo es el ideal, el control judicial más razonable no es otro que el que mayor garantice los derechos de las personas: el que se despliegue antes de que se materialice la injerencia.

De otro lado, el fundamento democrático del control sobre los actos de investigación no puede ser la misma zozobra que azotaba el país en 1991 y el miedo que debe causar la Fiscalía General de la Nación; de lo contrario, jamás se superará esa parte de la historia y las bases de todo proceso penal

colombiano siempre estarán ancladas en un miedo institucionalizado, pues evidentemente siempre habrá nuevas modalidades de criminalidad organizada. Esto pone en evidencia la necesidad de reinterpretar el artículo 28 de la Constitución.

b. En el sistema penal acusatorio

A través de la sentencia C-1092 de 2003⁷⁸, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “al solo efecto de determinar su validez” del artículo 250.2 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, por la existencia de vicios de forma en el proceso legislativo y por sus efectos sustanciales sobre el régimen de reserva de derechos fundamentales previsto.

Para lo primero hizo un análisis detallado del proceso legislativo de reforma constitucional y de la inclusión sin fundamento democrático del aparte tachado de inconstitucional. Precisó cómo el ministro del interior y de justicia presentó el proyecto de acto legislativo que contenía, como función de la fiscalía, “*Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones. En estos eventos, el juez de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, contadas a partir de su conocimiento*”; y la manera cómo la idea de este control *posterior e inmediato* radicó en la necesidad de sustraer a un funcionario parcializado, por su calidad de parte procesal, del control sobre las decisiones que involucren injerencias en derechos fundamentales y sanear el juicio.

Además, como fundamento del control posterior excepcional, trajo a colación distintos casos del derecho comparado:

“... (E)n muchos países, la legislación que autoriza el allanamiento sin orden judicial, y con su correspondiente control judicial posterior, aparece como una medida de emergencia, creada para enfrentar el terrorismo. Países como Perú, España, Francia, Gran Bretaña y República Federal de Alemania sólo por excepción permiten allanamientos a domicilios e interceptación de

⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 de 2003 (19 de noviembre de 2003).

comunicaciones sin previa autorización judicial. Se trata de países que han debido enfrentar duras acciones terroristas con motivaciones políticas. Este es el caso de la legislación española que permite a los agentes de policía “proceder de propia autoridad” a registrar el lugar o domicilio de presuntos responsables de actos terroristas. Del registro debe darse cuenta inmediata al juez competente indicando las causas que lo motivaron (Ley de enjuiciamiento criminal modificada por la ley orgánica 4 de 1988, art. 533). De la misma manera, la intervención de las comunicaciones telefónicas, cuando fueren llevadas a cabo por decisión del Ministerio del Interior o del Director de Seguridad del Estado, en el Reino Unido debe ser comunicada inmediatamente por escrito motivado al juez competente, permitiéndole a este último, llevar a cabo el control judicial respectivo...”⁷⁹

En el primer debate, en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, quedó aprobada la misma redacción del proyecto, bajo el entendido que la función de control del juez de control de garantías consiste en la evaluación de la pertinencia, razonabilidad y proporcionalidad del acto de investigación.

En la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, se surtió el debate expuesto con antelación, en torno a la justificación de dejar en cabeza de la fiscalía estas cuatro excepciones, bajo la idea del temor institucional hacia la criminalidad organizada, en general, y al narcotráfico, en particular. Además, se aclaró que el control que debía llevar a cabo el juez de control de garantías era, no solo formal, sino principalmente sustancial, porque las garantías son sustanciales, de la esencia de la persona. En el segundo debate en la Plenaria del Senado de la República se aprobó ese mismo texto y de igual forma se hizo en la Comisión Accidental de Conciliación.

En el primer debate de la segunda vuelta en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, se propuso la adición de la expresión "*contados a partir de su realización o del conocimiento por parte del afectado a instancia suya*"; sin embargo, al final no se incluyó y, en iguales términos, fue aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes.

⁷⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 (26 de abril de 2002) Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No.134 de 26 de abril de 2002.

Ahora, a pesar de que en la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República la discusión giró en torno al control dentro de las 36 horas y no sobre el contenido del control ejercido por el juez de control de garantías, el texto aprobado en la Comisión Primera del Senado incluyó la frase objeto de cuestionamiento por el accionante: *“Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”*. De la revisión del acta en la que se documentó esa sesión, la inclusión de esa expresión fue por proposición del ministro del interior, el que justificó la iniciativa así:

“Sí, señor Presidente, ¿qué es lo que controla el juez de garantías? Cuando la prueba ya ha sido decretada y ya ha sido practicada. Lo que controla exclusivamente es si la prueba se hizo o no conforme a derecho, no califica su poder probatorio porque eso está reservado al juez del conocimiento. // El juez del conocimiento será el que diga si el allanamiento o las pruebas recogidas en el allanamiento son suficientes para establecer un determinado hecho como probado. De manera que es solamente para determinar si hubo validez. // Con esta circunstancia importantísima que el probable vicio de forma en que se hubiere incurrido, no va a ser descubierto años después cuando ya sea demasiado tarde y el costo para el proceso sea enorme. Entonces el juez de garantías dirá de una vez y para siempre, es decir, con efecto de cosas juzgadas, producirá un efecto preclusivo dentro de la instancia, dirá con efecto de la cosa juzgada, si la prueba fue válida o no fue válida y ya queda definitivamente incorporada al proceso o rechazada de él. Por eso propongo que se haga esa adición que explica cuál es el alcance de la intervención del juez de garantías en ese tema.”

En esos términos, entonces, se aprobó el texto del acto legislativo en el segundo debate de la Plenaria del Senado, en la Comisión Accidental de Conciliación y en el texto definitivo.

Para lo segundo advirtió que, el juez de control de garantías se había introducido como un mecanismo para encontrar un equilibrio entre la eficacia de la justicia, representada en el amplio poder investigativo que se asignó a la fiscalía, y la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio de dicha facultad, como mandato constitucional ineludible. Aun así, y si bien con la implementación del sistema penal acusatorio se pretendió dejar en manos de los jueces todas las decisiones que tuvieran que ver con restricciones a

derechos constitucionales, se conservaron algunas facultades judiciales en cabeza de la fiscalía, como los registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, que inciden en los derechos a la libertad, intimidad y propiedad.

Entonces, para compensar el desequilibrio que dejan los actos de investigación sin control judicial previo y conservar el lugar preferente que los derechos fundamentales ostentan en el Estado constitucional de derecho, se previó un control judicial automático por parte del juez de control de garantías, luego de practicada la diligencia. En caso de que la medida no haya pasado el control, el juez no legitima el acto investigativo, la evidencia recaudada se reputa inexistente y no podrá ser luego admitida como prueba, ni mucho menos valorada como tal, lo que es compatible con la nulidad de pleno derecho de toda prueba obtenida con violación del debido proceso del artículo 29 de la Constitución.

La expresión “*al solo efecto de determinar su validez*” claro que afectaba la esencia de la institución jurídica del juez de control de garantías, pues pretendió limitar el alcance del control judicial que no fue objeto de debate e implicaba una restricción a la función constitucional que se asignó a ese mecanismo.

Pues bien, en esta sentencia se hizo un recuento del proceso de reforma constitucional que permitió que las diligencias de registro, allanamiento, incautación e interceptaciones de comunicaciones quedaran desprovistas de control judicial previo del juez de control de garantías y permanecieran como facultades judiciales de titularidad de la fiscalía.

La razón fundamental de esa determinación tuvo que ver el temor institucionalizado al narcotráfico y a la criminalidad organizada de finales del siglo pasado, al punto que se trasladaron argumentos adoptados en diversos contextos en contra la lucha contra el terrorismo, como sustento de medidas excepcionales dentro del sistema penal acusatorio colombiano. Al parecer se trata de un precio histórico que la sociedad colombiana está pagando a un costo muy elevado: el sacrificio de garantías fundamentales.

Siempre existirán nuevas y más sofisticadas formas de criminalidad, y si ese argumento sigue permeando las instituciones básicas del Estado

constitucional de derecho y del proceso penal, jamás llegará el día en que sea posible ejercer el poder punitivo en un marco de respeto por los derechos fundamentales, sin extralimitaciones innecesarias y de forma compatible con los fundamentos normativos básicos que la humanidad ha luchado tanto por alcanzar.

En fin, este precedente suministra insumos relevantes para comprender que los actos de investigación previstos en el artículo 250.2 de la Constitución surgieron a la vida jurídica como medidas excepcionales a la institución del juez de control de garantías y que el debate legislativo giró en torno a cuatro diligencias, no a una facultad judicial indiscriminada e indeterminada de la fiscalía.

La sentencia C-1092 de 2003 fue aprobada por la Sala Mayoritaria de la Corte Constitucional. La postura del magistrado disidente es de total disconformidad con el Acto Legislativo 03 de 2002 y compatible con la lectura crítica y fundamentada que se ha venido exponiendo, aun cuando es bastante radical.

Afirmó que la reforma constitucional que introdujo el sistema penal acusatorio contiene la peor contradicción e incoherencia, pues no se escogió un sistema definido de fiscalía con todas sus virtudes y sus defectos, sino que mezcló lo peor de todos los sistemas de fiscalías y creó un "*Frankenstein jurídico y un demonio que pone en peligro la libertad de los ciudadanos*"⁸⁰.

Explicó que, si la intención era imitar el sistema norteamericano, el legislador olvidó que en ese sistema la fiscalía pertenece a la rama ejecutiva y no a la judicial y en esos términos, esa institución no puede privar de la libertad, allanar o interceptar, sin presentar pruebas suficientes ante el juez de control, el que, luego de valorarlas, autoriza o no esos actos. O, si la intención era copiar una fiscalía judicial, como la italiana, debió haberla instituido con todas las garantías judiciales: independencia, autonomía y responsabilidad, y no bajo el sistema político de nombramiento del Fiscal General de la Nación, que impide su consideración como administrador de justicia.

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 de 2003. *Op. Cit.*, Salvamento de voto.

Sin embargo, como no fue así, dentro del sistema penal acusatorio quedó una fiscalía que puede afectar la libertad, la intimidad y la propiedad de las personas, sin ser propiamente un funcionario judicial independiente y autónomo y, teniendo claro que esas facultades le están vedadas a la administración pública. Lo que hizo esa reforma fue retroceder en el tiempo y en las garantías, pues, *“Cuando un ciudadano se enfrenta a un juez designado a dedo y el juez, además, puede recibir la orden de que lo detenga, lo allane o lo intercepte, de un superior jerárquico, su libertad está en peligro y la de toda la sociedad en su conjunto”*.⁸¹

De otro lado, la corte ya había aclarado en la sentencia C-551 de 2003, que una reforma de la Constitución no podía sobrepasar ciertos límites del modelo de Estado social y democrático de derecho y que, en materia de conflictos normativos constitucionales, la regla de interpretación consiste en darle prelación a la normatividad dogmática sobre la orgánica. En este sentido, como la norma introducida con el Acto Legislativo 03 de 2002 es organizacional, esta debe respetar la jerarquía normativa y ceder ante las normas que reconocen las libertades personales y las garantizan a través de un juez integral.

Más adelante, por medio de la sentencia C-591 de 2005⁸², entre otras decisiones, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 78 y 331 del CPP -Ley 906 de 2004- que permitían a la fiscalía archivar la investigación antes de la formulación de la imputación, con efectos de cosa juzgada.

En esta oportunidad, la corte hizo especial énfasis en los límites a la libertad del legislador en la configuración de los procedimientos penales, cuáles son las disposiciones constitucionales relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y las reglas de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio.

Advirtió que, como quiera que las decisiones, como la prescripción, la muerte del indiciado y la amnistía, entre otras, implican la extinción de la acción penal, tienen valor de cosa juzgada y pueden suscitar controversia, debe producirse en un escenario judicial. Con esta lógica, el Acto Legislativo

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005 (9 de junio de 2005).

03 de 2002 radicó en el juez de conocimiento la decisión sobre la extinción de la acción penal, previa solicitud de la fiscalía. En tal virtud, el legislador no estaba autorizado para adicionarle facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, como la de dictar decisiones con valor de cosa juzgada.

El fundamento de este fallo es sencillo, la reforma constitucional que introdujo el sistema penal acusatorio al ordenamiento jurídico colombiano despojó a la fiscalía de la facultad de adoptar decisiones con valor de cosa juzgada, como la extinción de la acción penal; en consecuencia, el legislador se excedió en sus funciones, al conferirle facultades judiciales y ello violó la Constitución.

Una situación similar ocurre con el problema jurídico sometido a este análisis: el acto legislativo introdujo la institución del juez de control de garantías y le confió todas las decisiones que impliquen injerencias en derechos fundamentales, salvo cuatro excepciones taxativas que dejó en cabeza de la fiscalía. De esta manera, al adicional el legislador a estas excepciones los actos de investigación que permiten la recolección de evidencia electrónica, como la retención de correspondencia y la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones, también se excedió en su libertad de configuración del procedimiento penal, pues, como bien se sabe, el principio acusatorio involucra una fiscalía desprovista de facultades de intervención en derechos fundamentales y de emisión de decisiones con valor de cosa juzgada.

Además, en este punto también es preciso reflexionar en lo siguiente: si de la adecuada interpretación de los artículos 28 y 250⁸³ de la Constitución se extrae que en materia del régimen de reserva del derecho fundamental a la intimidad al interior del proceso penal, la fiscalía debe solicitar autorización judicial previa ante el juez de control de garantías sobre todas las medidas que quiera desplegar y que tengan la potencialidad de afectar ese derecho, a excepción de los actos de investigación de registro y allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones; cualquier desarrollo o reforma de esa garantía constitucional, necesariamente debía

⁸³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 (19 de diciembre de 2002). *Op. Cit.*

ser tramitada por medio de una ley estatutaria, por regular los límites de un derecho fundamental y su mecanismo de protección.

Al parecer, no estaba dentro de la libertad de configuración del procedimiento penal del legislador, sobrepasar los límites de lo que fue considerado por la Constitución como injerencias razonables en la intimidad de las personas. De acuerdo con esta perspectiva, si el legislador consideraba que las excepciones del artículo 250.2 de la Constitución cobijaban todos los ámbitos de intimidad de las personas, debió respetar el mecanismo democrático reforzado que para ese particular se requería.

Sin embargo, como no lo hizo e incluyó todos los medios de investigación que involucran la obtención de evidencia electrónica, sin importar el grado de injerencia que pueda llegar a tener en la intimidad de las personas, da la impresión de que la sospecha es correcta. Existiría una incorrección sustancial al interior del proceso penal en materia del régimen de reserva de derecho fundamental a la intimidad y que puede tener la capacidad de afectar el sistema normativo en general.

Por medio de la sentencia C-979 de 2005⁸⁴, la corte declaró la inexecutable de la expresión “*siempre que con esta se extinga la acción penal*” del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, que disponía que el control del juez de garantías ejercía sobre la aplicación del principio de oportunidad era solo procedente cuando se extinguiera la acción penal.

En ella, la corte tuvo en cuenta que la razón de ser del juez de control de garantías dentro del sistema penal acusatorio responde al principio de necesidad de efectiva protección judicial. Ello es así, pues muchas de las medidas procesales que se adoptan en la fase de la investigación penal entran en tensión con las garantías mínimas de los sujetos, por lo que deben ser autorizadas o convalidadas en un ámbito jurisdiccional, con miras a garantizar el necesario equilibrio entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del procesado y de las víctimas.

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005 (26 de septiembre de 2005)

Como quiera que la aplicación del principio de oportunidad comporta afectaciones a garantías mínimas, el constituyente secundario blindó esa institución con un control judicial obligatorio y automático. Entonces, el legislador, al limitar el control a las situaciones en que el principio de oportunidad extingue la acción penal, dejando de lado la suspensión del procedimiento a prueba, por ejemplo, restringió el ámbito de protección constitucionalmente conferido y vulneró la primacía y garantía de protección de los valores de orden constitucional y el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad.

De cara al problema jurídico planteado, sucede algo parecido. La intención del constituyente derivado fue implementar la institución del juez de control de garantías para todas las medidas que involucren injerencias en derechos fundamentales, pero, por motivos de política criminal, optó por consagrar cuatro excepciones al régimen de reserva de la intimidad. En consecuencia, no podía el legislador restringir en mayor medida el ámbito de protección autorizado por la Constitución, pues al igual que con el principio de oportunidad, ampliar indiscriminadamente un régimen excepcional viola el derecho a las personas de acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad.

Estas dos últimas sentencias permiten pensar que, por una eventual demanda de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones que exceden el régimen de reserva constitucional, bajo un similar estudio, estas devendrían inexecutable. Si el sistema penal acusatorio implica despojar a la fiscalía de la facultad de tomar decisiones judiciales, si de ninguna manera pueden ser considerados como funcionarios independientes o imparciales y si ninguna interpretación constitucionalmente admisible permitiría deducir que la intención del constituyente con la disposición 250.2 fue la de abrir una puerta que incluya cualquier medida similar o que también afecte la intimidad, la conclusión a la que se llega es que se trató de un exceso en la libertad de configuración del legislador.

En el fallo C-822 de 2005, la corte hizo un análisis de los actos de investigación de inspección corporal, registro personal, obtención de muestras que involucren al imputado y del procedimiento en caso de lesiones o de víctimas de agresiones sexuales y declaró su exequibilidad

condicionada, bajo el entendido que su práctica requiere del control previo ante el juez de control de garantías.

Para llegar a esa decisión, tuvo en cuenta que el sistema penal acusatorio introducido al ordenamiento jurídico a través del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, instituyó un mecanismo de administración de justicia imparcial, pronta y respetuosa de las garantías constitucionales para ponderar y buscar un equilibrio entre los derechos del procesado, de las víctimas y el interés público en la realización de la justicia: el juez de control de garantías.

Según el artículo 250 de la Constitución, existen tres clases de medidas a cargo de la fiscalía. Ellas son, las que siempre requieren autorización judicial previa: para hacer comparecer al imputado al proceso, para la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas (numeral 1°, artículo 250 de la Constitución⁸⁵); las que no requieren dicha autorización: diligencias de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones (numeral 2°, artículo 250 de la Constitución) y, finalmente, las que pueden llegar a requerir el control previo, de acuerdo al grado de afectación que tengan sobre los derechos constitucionales (numeral 3°, artículo 250 de la Constitución).

Bajo estos postulados, analizó los actos de investigación sometidos a estudio y concluyó que, como quiera que estos consagran medidas que tienen la capacidad de restringir los derechos a la dignidad humana, a la intimidad, a la integridad personal, a la autonomía personal, de no autoincriminación, a la libertad, de prohibición de tratos crueles, degradantes o inhumanos y de proscripción de tortura; y que el grado de afectación de estos derechos puede ser alto o medio, dependiendo del tipo de intervención corporal, las condiciones en que se realicen y el impacto que pueda tener sobre el ejercicio y goce de los derechos, es imperativo que sea el juez de control de garantías el que examine esos factores y autorice su realización.

Sin embargo, la corte identificó que la manera como habían quedado redactadas estas disposiciones en el CPP, permitía una interpretación en el

⁸⁵ Aunque en el fallo se hace referencia al inciso 1° del numeral 3° de la Constitución, de la remisión al pie de página y del contexto, es posible comprender que se trató de un error.

sentido que la fiscalía podría ejercerlos directamente. De modo que, para garantizar el principio de reserva judicial de derechos fundamentales y el mandato constitucional, condicionó su entendimiento a que la realización de estos actos de investigación, siempre requiere control judicial previo del juez de control de garantías.

Hubo un salvamento de voto de un magistrado que consideró innecesario condicionar la interpretación de unas disposiciones que ya estaban claras, pues se encuentran incluidas en el Capítulo de “*Actuaciones que requieren orden judicial previa*” del CPP.

En esta sentencia, la corte también fijó su postura en torno al régimen de reserva. De un lado, la interpretación que hizo del artículo 250 de la Constitución para concluir que las medidas demandadas siempre requerían de control judicial previo, es compatible con el análisis que se presentó en los capítulos anteriores y permite también deducir que las medidas encaminadas a recolectar evidencia electrónica que tengan capacidad de injerir sobre derechos fundamentales y un grado relevante de afectación, también requieren de autorización previa del juez de control de garantías.

De otro lado, el voto disidente tiene razón en que no era necesario condicionar la interpretación de las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad, dado que eran lo suficientemente claras. No obstante, los motivos no radican en la ubicación al interior de un capítulo del CPP, pues basta con remitirse a todos los actos de investigación para advertir que varias de las diligencias ubicadas al interior del Capítulo “*Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización*” sí lo contemplan.

Por ejemplo, la vigilancia de cosas está mal ubicada desde la expedición misma del CPP y, debido a las modificaciones que sobre el particular han efectuado el legislador y la Corte Constitucional, también lo están la vigilancia y seguimiento de personas, la actuación de agentes encubiertos virtuales, la búsqueda selectiva en bases de datos y el examen de ADN que involucra al indiciado. De modo que se trata de una clasificación no confiable que difícilmente sirve de fundamento para el régimen de reserva. El sustento de esta radica en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. Así, lo innecesario de este

condicionamiento radicaba en recordar el sistema de fuentes del derecho y los fundamentos convencionales y constitucionales.

A través de la sentencia C-411 de 2015⁸⁶, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 31 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó una norma al Código Penitenciario y Carcelario, relacionado con la facultad de las autoridades penitenciarias o policiales, a cargo de las cuales se encuentre una persona beneficiaria de la detención o de la prisión domiciliaria, de detenerla en caso de sorprenderla violando los compromisos adquiridos y dejarla a disposición de la autoridad competente dentro de las 36 horas siguientes.

El magistrado disidente se apartó de la postura mayoritaria, dado que, desde su punto de vista, la norma demandada autoriza una nueva forma de detención desprovista de orden judicial previa y que excede a las excepciones de las capturas en flagrancia y excepcional: únicas salvedades a la reserva judicial de la libertad. Para ello, apeló a los principios constitucionales y las garantías democráticas que definen al Estado liberal y recordó:

“Durante siglos, el poder punitivo fue el principal instrumento para el predominio autoritario y el castigo de quienes no compartían las ideas de los gobernantes. El aparato de la justicia era utilizado por la voluntad del monarca para sancionar cualquier clase de desobediencia y los jueces eran simplemente súbditos de los tiranos.

Surgieron voces que buscaban acallar los excesos del Antiguo Régimen y controlar el abuso de los poderosos, mediante el establecimiento de la separación de poderes y unas garantías mínimas que limitarían la privación de la libertad de las personas, cuyos principales pilares se encuentran a lo largo de toda la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: (i) la exigencia de lesividad de los delitos; (ii) el principio de legalidad; (iii) la necesidad de la pena; y, (iv) la presunción de inocencia, los cuales aún se mantienen incólumes como garantías constitucionales del debido proceso, irrenunciables en cualquier Estado Democrático de Derecho. Con fundamento en estos principios, se redactaron numerosos Códigos Penales y de Procedimiento Penal en Europa y Latinoamérica que lograron establecer reglas claras para impedir la arbitrariedad y los abusos en el poder punitivo.

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 2015 (1° de julio de 2015)

El derecho penal moderno no surgió entonces como una máquina de castigo, sino como un conjunto de garantías mínimas que no solamente pretenden tutelar a la sociedad frente al delito, sino proteger al acusado de la venganza privada y de los abusos del poder punitivo del Estado...⁸⁷

Este voto disidente, además de que recuerda los fundamentos del Estado y de la necesidad de control sobre las prerrogativas públicas, maneja la misma lógica de la solución que se ha presentado a lo largo de este análisis normativo: en materia de derecho a la libertad la regla general es la reserva judicial y las excepciones constitucionales son dos, la flagrancia y la captura excepcional. Lo que exceda a este régimen, es inconstitucional.

Lo mismo sucede con el derecho a la intimidad, la regla general es la reserva judicial y las excepciones constitucionales son los registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones. Todas las medidas adicionales que sobrepasen este régimen deberían ser inconstitucionales.

Este salto en la jurisprudencia, de 2005 a 2015 tiene una razón de ser: los pronunciamientos reseñados en esta sección corresponden a aproximaciones de la corte al problema jurídico bajo estudio, que dan luces de la relevancia constitucional del régimen de reserva de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano y de la interpretación que ha guiado las decisiones sobre diferentes temáticas. Sin embargo, de forma paralela, a partir de la sentencia C-336 de 2007⁸⁸, esa corporación desarrolló una línea jurisprudencial bastante particular sobre el problema jurídico bajo estudio. Se expondrá a continuación.

c. Línea jurisprudencial

La sentencia C-336 de 2007 es muy importante, dado que fue la primera vez que la Corte Constitucional hizo referencia a un problema jurídico bastante similar al propuesto en este proyecto: ¿La facultad de la Fiscalía General de la Nación de acceder a evidencia electrónica sin

⁸⁷ *Ibidem*, salvamento de voto.

⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. (9 de mayo de 2007)

autorización judicial previa constituye una injerencia ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad? A partir de él, fijó un precedente que en adelante sería replicado, tanto por la jurisprudencia constitucional, como por la penal.

El problema jurídico que se trató en este fallo consistió en establecer si las normas que autorizan a la fiscalía a efectuar búsquedas selectivas sobre bases de datos que contienen información que no es de libre acceso o que es confidencial, sin control judicial previo por parte del juez de control de garantías, violan la Constitución o no. La conclusión fue afirmativa e implicó la declaración de exequibilidad condicionada de las disposiciones demandadas -artículos 14, inciso 3°, y 244 del CPP-. No obstante, para llegar a ese veredicto, la corte hizo un raciocinio general, del cual dedujo que todas las diligencias de investigación que tengan como fin recaudar evidencia electrónica están excluidas del control judicial previo del juez de control de garantías.

En primer lugar, la corte retomó los desarrollos del principio de reserva judicial de las intervenciones sobre derechos fundamentales, llevados a cabo en las sentencias C-1092 de 2003, C-979 de 2005 y C-822 de 2005. Con esta última, resaltó la esencia del artículo 250.3 de la Constitución y citó el siguiente aparte: *“Según esta disposición constitucional es la “afectación de derechos fundamentales” la que obliga al Fiscal a solicitar de manera expresa y específica la autorización judicial previa. El empleo del término “afectación” supone, según su grado, una “limitación” o “restricción” al ejercicio o goce de un derecho fundamental. Dicha limitación o restricción (i). debe estar prevista en la ley (principio de reserva legal) y requiere, además, (ii). de la intervención judicial (principio de reserva judicial), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada.”*⁸⁹.

De estos precedentes extrajo dos premisas: la regla general es que toda medida de investigación que implique afectación de derechos fundamentales debe estar precedida de autorización de juez de control de garantías y la excepción o *regla de flexibilización excepcional del control posterior*, que está compuesta por cuatro diligencias taxativas: registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones.

⁸⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-882 de 2005 (10 de agosto de 2005)

La búsqueda selectiva en bases de datos no se encuentra cobijada por esa *relativa flexibilización* y la explicación fue bastante particular. Afirmó que, de un lado, están los datos personales que son administrados por las instituciones encargadas de su acopio y que se rigen por principios jurídicos de recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación de datos. La información que esas instituciones manejan puede ser de diversa naturaleza, como, de acceso libre; que esté sometida a un régimen de divulgación restringida para preservar el interés general y la seguridad nacional; que contenga información confidencial de la persona o que involucre un análisis cruzado de datos. En tal virtud, un acto de investigación sobre esa información conlleva más intereses que el derecho a la intimidad del procesado, pues tiene que ver con el derecho al *habeas data* y los derechos de titularidad de los usuarios y de los administradores.

De otro lado, existen los sistemas de información, mecánicos o computarizados, que son de creación de las personas y son, en estricto sentido, documentos, cuyo examen judicial se rige por las reglas de las diligencias de registro de objetos, previstas en los artículos 250.2 de la Constitución y 219 al 238 del CPP, pues tienen que ver con el derecho a la intimidad. Refirió cómo el acto de registro consiste en la inspección, pesquisa o examen minucioso que se lleva a cabo en una diligencia de allanamiento sobre ciertos objetos, como archivos digitales o documentos computarizados.

Entonces, una búsqueda selectiva sobre la información que manejan las administradoras de datos no es semejable a un acto de registro y, como “...la enunciación que contempla el numeral 2° del artículo 250 de la Constitución es de naturaleza taxativa y de interpretación restrictiva, en cuanto contempla las excepciones a la regla general derivada de la misma disposición...”⁹⁰, tal divergencia imposibilita la ampliación de la *regla de flexibilización*.

Con base en ese entendimiento, encasilló la producción de evidencia electrónica con injerencia en el derecho fundamental a la intimidad de las personas, en la diligencia de registro que hace parte de la excepción del

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. *Op. Cit.*

artículo 250.2 de la Constitución, dada “...la necesidad y oportunidad del recaudo de información, en cuanto se trata de diligencias que generalmente están referidas a realidades fácticas que pueden estar propensas a cambios repentinos o que podrían eventualmente ser alteradas en desmedro del interés estatal de proteger la investigación.”⁹¹. No sucede lo mismo con la búsqueda selectiva en bases de datos, en la que la información tiene vocación de permanencia.

Pues bien, en esta sentencia la corte se esforzó por excluir la diligencia de búsqueda selectiva en bases de datos de las excepciones constitucionales a la regla de la reserva judicial de los derechos fundamentales y lo hizo a través de la diferenciación de ese acto, del registro sobre objetos en una diligencia de registro y allanamiento, que incluye la inspección sobre archivos e información digital, y teniendo en cuenta la mayor cantidad de intereses que aquella afecta.

Sin embargo, todo parece indicar que, en este ejercicio, la corte otorgó al acto de investigación de registro unos alcances desconocidos hasta el momento, pues de acuerdo con el CPP, la diligencia de registro y allanamiento recae sobre inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores y tiene como fin la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física o la captura de indiciados. El registro es propiamente sobre el inmueble a allanar y los lugares que se especifiquen en la orden y los bienes a incautar deben ser exclusivamente los previstos con antelación, salvo que concurra alguna situación de flagrancia que obligue a desbordar los límites del mandato.

De modo que, con esta nueva interpretación, todo apunta hacia que la orden de registro y allanamiento sobre inmuebles no solo permite que la fiscalía ingrese al domicilio de una persona, registre los distintos lugares y recolecte material probatorio, materializándose así la injerencia razonable en la prohibición de violaciones sobre la vida personal, familiar y el domicilio autorizada constitucionalmente; sino que también la autoriza a desplegar cualquier labor investigativa posterior que pueda catalogarse como registro -inspección, pesquisa, examen sobre objetos materiales o inmateriales-, sin

⁹¹ *Ibidem*.

importar la afectación adicional sobre derechos fundamentales que pueda tener⁹² y sin que comporte un control judicial previo.

La autorización de la injerencia es sobre el domicilio de una persona y los sensibles espacios de intimidad que allí radican, no es un pase libre para ponerse un velo de ignorancia y arrasar con los demás ámbitos de intimidad posibles y los contenidos del Estado constitucional de derecho. Una comprensión de esa índole está prohibida, pues los límites de lo arbitrario radican en ir más allá de las injerencias autorizadas por el legislador y consideradas apropiadas en cada caso y claro, llegar al punto de vaciar el derecho de contenidos.

Entonces, dar un alcance mayor al registro desarrollado por la Constitución y la ley es compatible con ese exceso prohibido, dado que permite la violación del domicilio y la violación de todos los demás ámbitos de intimidad de una persona, sin importar si se trata de información reservada o privada, pues todo hace parte de la misma autorización. Bajo ese mismo razonamiento, no parecería descabellado que luego de una captura, la fiscalía estuviera entonces autorizada a tomar muestras de sangre y hacer una inspección corporal de la persona, pues la autorización inicial ya fue dada y no hay por qué representarse mayores injerencias.

De modo que hay motivos para afirmar que el registro y allanamiento no es una diligencia para el registro sobre la evidencia, ese nuevo acto debería estar igualmente motivado y fundamentado y si implica injerencias adicionales, respaldado por la autorización del juez de control de garantías.

De esta manera, es posible presentar un ejemplo. En una investigación por un posible hurto, la fiscalía ordena que en la diligencia de

⁹² Ello a pesar de que reconoció que “*La información privada contiene datos personales o impersonales, “pero por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.” Por último, indicó que la información reservada está compuesta por información personal, estrechamente relacionada con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad-, por lo que “se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.” Ibidem.*

registro y allanamiento se incaute un computador de propiedad del posible responsable. Una vez el juez de control de garantías imparte el control posterior, sobre la diligencia y la incautación, se procede a recuperar las huellas dactilares del equipo -hardware- e ingresar al sistema informático -software-. Como quiera que este se encuentra protegido con medida de seguridad, el perito informático aplica el método de desciframiento de ataque de fuerza bruta por diccionario y logra superarla. Una vez adentro, encuentra que los datos no están almacenados en ese dispositivo, sino en otro sistema informático descentralizado, administrado por otro servidor, o “la nube”, el que también solicita medidas de validación, verificación y autenticación (por ejemplo, usuario, clave, huella, reconocimiento facial y confirmación por email). Por medio del método de inyección SQL, le es posible acceder a ese software y efectivamente allí encuentra toda la información del investigado. Hay datos de bancos, de su agenda personal, del calendario, del correo electrónico, de las conversaciones de WhatsApp, fotos y videos. También hay acceso directo a sus redes sociales: Facebook, Instagram y Twitter.

Entonces, con este ejemplo es claro que una cosa es el hardware, un bien material, del cual es posible extraer una especie de evidencia; y otra el software, un bien inmaterial, del que se produce evidencia totalmente diferente. Tan evidente es este aspecto que el legislador penal hace tiempo advirtió esta distinción y, para su protección, previó dos bienes jurídicos autónomos, de un lado, el patrimonio económico, y del otro, los datos y la información. Y es que la diferencia no es meramente conceptual, pues como se vio, la evidencia que se extrae de uno y de otro es absolutamente diferente.

No es irracional afirmar que con el acceso a un software se está accediendo a un mundo digital paralelo en el que se puede encontrar todo tipo de información sobre una persona: íntima, personal, financiera, laboral y social; la ubicación real y los trayectos; las fotos y videos personales, familiares e íntimos; las comunicaciones y conversaciones privadas y todos los datos de su vida social, entre mucha más.

En consecuencia, un acto de investigación que permita el acceso a esta información y que pueda ser muy complejo e invasivo de la intimidad de las personas y de los derechos de aquellas empresas que desarrollan

software, difícilmente puede deducirse de los artículos 250.2 de la Constitución y 219 a 238 del CPP, tampoco puede entenderse incluido en la orden de registro y allanamiento de la fiscalía y, menos aún, puede permitirse que sean los jueces los que en estos casos desarrollen la reserva de ley, para una diligencia tan compleja y tan relevante en la era digital.

Así, de ninguna manera es posible encontrar la reserva de ley requerida en esas disposiciones y menos aún en la interpretación abstracta y, si es posible, prohibida, que la corte efectuó sobre las excepciones taxativas y de interpretación restrictiva del artículo 250.2 de la Constitución.

Los sistemas informáticos son cada vez más complejos e involucran redes de telecomunicaciones; para mejor comprensión, si el dispositivo - computador o smartphone- no está conectado a internet, es un sistema informático por sí solo, pero si sí lo está, se está ante un servidor que se conecta con una terminal, que a la vez se conecta con otros servidores y esas interacciones configuran una red informática inmensa. Entonces, parece más acertado afirmar que la reserva de ley de este tipo de actos de investigación se encuentra en el artículo 236 del CPP, recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones.

En fin, esta sentencia desconoció el régimen de reserva de la intimidad: no respetó la reserva de ley que deben tener todos los actos de la fiscalía que involucren injerencias en derechos fundamentales y al interpretar que la inspección de archivos digitales era compatible con el registro que en una diligencia de registro y allanamiento se debe hacer sobre ciertos objetos, debido a la facilidad con que esa evidencia puede ser alterada y en perjuicio de la investigación, excluyó la reserva judicial sobre esa clase de diligencias y se abrogó esa facultad exclusiva del legislador de establecer los alcances de un acto de investigación capaz de afectar derechos fundamentales.

También exoneró a la fiscalía del deber de analizar la evidencia recolectada en una diligencia de registro y allanamiento para establecer si hay motivos para desplegar actos de investigación adicionales encaminados

a obtener evidencia electrónica y, finalmente, hizo una interpretación proscrita de una disposición constitucional.

Además de esto, la justificación que dio la corte sobre la extensión del registro a las diligencias para la obtención de evidencia electrónica resulta bastante cuestionable, porque es utilitarista y parte de una falacia: la incapacidad institucional del sistema penal acusatorio. Lo primero es así, dado que puede ser aplicable a cada investigación que revista cierta complejidad y en la que el criminal se considere astuto y no deje la evidencia intacta y a disposición de la fiscalía.

Frente a lo segundo, no es razonable que la institución del juez de control de garantías se haya implementado de manera permanente y con categoría de juez municipal para que esté disponible a toda hora y en todo el territorio nacional y que, aun así, se considere que ese *filtro* es perjudicial para la investigación. Además, razonar de esa manera sería tanto como aceptar la incompetencia del director de la investigación y de los peritos informáticos y reconocer la supremacía del cibercriminal, al punto que los primeros necesitan una ventaja para desarrollar su labor, lo que no tiene sentido. Si hay falencias institucionales, estas deben superarse, pero definitivamente no por medio del sacrificio de los derechos humanos, que es lo que en este fallo se hizo.

Como se anticipó, siempre existirán nuevas y más complejas modalidades de criminalidad; pero la capacidad de avanzar con la tecnología no es solo de un bando y es responsabilidad del Estado reconocer esa necesidad e invertir en esa carrera, en vez de sacrificar las garantías mínimas de las personas.

A pesar de estas deficiencias, como se verá a continuación, este fallo fijó un precedente que sería replicado tanto por la jurisprudencia constitucional como por la penal. Lo más preocupante es que se trató de una decisión *unánime*; es cierto que hubo un voto disidente, sin embargo, de ese salvamento de voto no es posible extraer ninguno de estos cuestionamientos y realmente no se entienden los motivos por los cuales un magistrado no estuvo de acuerdo con la decisión.

El siguiente pronunciamiento que siguió esa misma línea fue la sentencia C-025 de 2009⁹³. En esta, la corte estudió la constitucionalidad de los artículos del CPP que autorizan la actuación de agentes encubiertos, de entregas vigiladas, de búsquedas selectivas en bases de datos y de exámenes de ADN que no involucren al indiciado, sobre los cuales se previó un control posterior. No obstante, lo hizo en punto al ejercicio del derecho de defensa en las diligencias de control ante el juez de control de garantías.

La corte resaltó los aportes del nuevo proceso penal, entre ellos, el fortalecimiento de las funciones investigativas y acusatorias de la fiscalía, en el sentido de especializarla en la búsqueda de evidencia destinada a desvirtuar la presunción de inocencia y despojándola de funciones jurisdiccionales, y la creación del juez de control de garantías, encargado de *“adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución”*⁹⁴.

También resaltó que dentro de ese esquema se haya autorizado expresamente al ente acusador a desplegar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, sin la autorización judicial previa.

A pesar de las premisas precedentes, concluyó que una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías al que le asignaron competencias *“...para adelantar un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, **y en general, sobre todas aquellas de que tratan las normas acusadas**”*⁹⁵. Aunque no se demandaron las diligencias de retención de correspondencia y de recuperación de

⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2009 (27 de enero de 2009)

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*. Negrita fuera del texto.

información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, la corte sí las incluyó en esa misma generalización.

Entonces, una vez más, la Corte Constitucional reconoce la esencia de la institución del juez de control de garantías y el carácter restrictivo de las excepciones del artículo 250.2 de la Constitución y, aun así, pasa desapercibido el exceso en que incurrió el legislador y lo convalida de una manera bastante genérica y alarmante.

Por fortuna, esta vez hubo una voz disidente contundente que advirtió que todas las normas pertenecientes al Capítulo “*Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización*” del CPP, debieron ser declaradas inexecutable, dado que son perversas, anti garantistas y legitiman a un ente acusador con poderes investigativos extraordinarios que actúa a espaldas de los investigados.

El disidente refirió cómo el Acto Legislativo 03 de 2002 redujo al máximo las facultades jurisdiccionales de la fiscalía: la despojó de atribuciones de restricción de derechos fundamentales, en su mayoría, y concentró sus poderes en el recaudo de material probatorio. En estricto sentido, quedó una institución en la misma condición que cualquier autoridad administrativa. No obstante, sin ninguna lógica jurídica ni aceptabilidad constitucional, en un ordenamiento jurídico que creó la institución del juez de control de garantías, de permanente funcionamiento y organizada en turnos, se privilegió a la fiscalía -un órgano politizado y sin funciones judiciales-, con facultades para afectar uno de los más importantes derechos fundamentales: la inviolabilidad del domicilio.

Y finaliza: “*Eso, me parece una monumental inconsecuencia constitucional de la que orgullosamente me aparto pues no creo que pueda seguirse prefiriendo el supuesto eficientismo de la investigación, en desmedro de las garantías constitucionales. Las investigaciones penales deben ser, no solo legales, sino sobre todo legítimas. Y no hay legitimidad cuando se autoriza la violación de la Constitución para obtener resultados investigativos.*”⁹⁶

⁹⁶ *Ibidem*, salvamento de voto.

Más adelante, en la sentencia C-131 de 2009⁹⁷, la corte declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “*a juicio del Fiscal*” del artículo 235 del CPP que le permitía a la fiscalía prorrogar la orden de registro y allanamiento, pues ello implicaba una medida adicional de afectación de derechos fundamentales, en los términos del artículo 250.3 de la Constitución, por lo que requería autorización del juez de control de garantías. Advirtió cómo esa disposición vulneraba el principio de reserva judicial del derecho a la intimidad que había sido instituido para el fortalecimiento del sistema acusatorio y, de otro lado, reiteró algunos de los apartes de la postura asumida en la sentencia C-025 de 2009.

Esta sentencia, aun cuando hace referencia al precedente inmediatamente anterior, reconoce que las medidas restrictivas de derechos fundamentales dispuestas por el constituyente secundario en cabeza de la fiscalía son taxativas y que su exceso, como la prórroga de las órdenes que autorizan esas medidas, son mecanismos adicionales que sobrepasan los límites autorizados por la Constitución, por lo que deben regirse por la regla general del control previo ante el juez de control de garantías.

Esta postura simple y contundente de la corte, permite pensar que la intuición expuesta sobre la incorrección jurídica plasmada en las sentencias C-336 de 2007 y C-025 de 2009 es acertada: si no se trata de alguno de los actos previstos por el artículo 250.2 de la Constitución, cualquier medida que afecte en mayor proporción los derechos fundamentales de las personas resulta excesiva y, por lo tanto, inconstitucional. Entonces, da la impresión de que la corte tiene plena claridad en cuanto a que cualquier exceso a las diligencias excepcionales previstas por el constituyente implica su adhesión a la regla general del control judicial previo, pero, consciente de ello, en ocasiones se aparta de esa comprensión.

Por medio de la sentencia C-014 de 2018⁹⁸, la corte declaró la exequibilidad del término de 24 horas contado a partir de la recepción del informe de policía sobre las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de

⁹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 2009 (24 de febrero de 2009)

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 014 de 2018 (14 de marzo de 2018)

comunicaciones, para que el fiscal comparezca ante el juez de control de garantías a legalizar los resultados de esas diligencias.

En esta se hizo un análisis detenido de los contenidos del derecho a la intimidad, de sus ámbitos de protección -íntimo, privado e individual y social- y de sus límites formales: la reserva legal, como garantía de seguridad y de competencia exclusiva del legislador para definir las hipótesis y los requisitos para las intervenciones en la intimidad de las personas, pues solo de esa manera los ciudadanos pueden conocer previamente las condiciones en las que pueden ser objeto de afectaciones en sus derechos fundamentales; y la reserva judicial, que se trata de *una de las garantías más importantes de la tradición liberal del derecho penal*, que asigna a los jueces exclusivamente, la competencia para decretar restricciones en la intimidad, la privacidad y la vida reservada de las personas.

Con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio colombiano, la reserva judicial fue asignada al juez de control de garantías, en el que recayó la salvaguarda de los derechos constitucionales de los procesados en el ámbito de desenvolvimiento de la investigación penal y con el propósito de conjurar excesos y dotar al proceso de corrección sustantiva. Entonces, no se trata de una institución creada exclusivamente para sanear el juicio, sino que esa es una consecuencia de advertir desmesura en los actos de investigación que afectan derechos fundamentales.

Reinterpretó la lectura que hizo la sentencia C-336 de 2007 del artículo 250 de la Constitución en el siguiente sentido: en el ámbito de las intervenciones al domicilio, a la intimidad y a la privacidad, previstos en el numeral segundo, opera el control judicial posterior sobre el contenido de la orden y su ejecución; y, para todos los demás procedimientos restrictivos de los demás derechos fundamentales, se requiere control judicial previo. Como ya se vio, a primera vista, esta particular comprensión de esa disposición constitucional parece inofensiva e irrelevante; sin embargo, el no reconocer que la regla es a la inversa, es decir, la prevalencia de la regla sobre la excepción, ha resultado demasiado costoso para el ordenamiento jurídico y para la sociedad colombiana.

Y ello se hace evidente en la concepción que adopta la corte y que lógicamente la deduce de esa interpretación. Es correcto que la disposición

demandada incluya dentro de las diligencias que solo requieren control judicial posterior, además de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, la retención de correspondencia y la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, dado que, frente a estas últimas se aplican analógicamente las normas previstas para los registros y allanamientos y que el objetivo común de estas y de la interceptación de comunicaciones es la recuperación de información de interés que el sujeto investigado intercambia con otros. Además, porque se trata de procedimientos restrictivos de la intimidad y debido a que la interpretación sistemática del numeral 1° y 9° del artículo 154 del CPP lo sustenta.

Así, una vez más, la corte efectuó una interpretación extensiva y prohibida de la excepción del artículo 250.2 de la Constitución y las razones adicionales que suministró son aún más preocupantes: consideró razonable que, como quiera que su objetivo era similar al de la interceptación de comunicaciones y que su ejecución, *respetando la naturaleza de cada una*, tiene la misma regulación a la diligencia de registro y allanamiento, por la aplicación analógica de sus disposiciones, había lugar a asimilarla a las excepciones constitucionales, excluirlas del régimen de reserva judicial de los derechos fundamentales y aplicarles la misma suerte que corren las diligencias de registro, allanamiento, incautaciones e interceptación de comunicaciones⁹⁹.

Adicionalmente, la corte *halló* el fundamento legal de toda esta constitución en dos numerales de una disposición del CPP -1° y 9° del artículo 154-, de los cuales hay que forzar la razón para extraer la consecuencia a la que llegó. Véase:

⁹⁹ “Así como la retención de correspondencia y la recuperación de contenidos que circulan mediante la transmisión de datos, la interceptación de comunicaciones está destinada a obtener información de interés que el sujeto investigado intercambia con otras personas y, por lo tanto, del mismo modo que aquellos, se trata de un procedimiento restrictivo de la intimidad. Adicionalmente, los artículos 14, inciso 4°, y 154, numerales 1 y 9, C.P.P. prevén la interceptación de comunicaciones como una de las diligencias que, junto con las demás mencionadas en el artículo demandado, limitan el referido derecho fundamental, con el objeto de establecer frente a todas el control judicial posterior como mecanismo de garantía. Todo esto evidencia la semejanza en sus elementos relevantes de estos procedimientos de investigación y, en consecuencia, la procedencia de aplicar a la interceptación de comunicaciones la regla de las 12 horas para que la Policía Judicial rinda el respectivo informe al Fiscal” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 014 de 2018 (14 de marzo de 2018)

El Capítulo III del Título VI “*La actuación*” se denomina “*Audiencias preliminares*” y se compone de tres artículos. El primero define lo que son¹⁰⁰ y el siguiente enumera las actuaciones que deben tramitarse en audiencia preliminar:

“1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las 36 horas siguientes; 2. La práctica de prueba anticipada; 3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de las víctimas y testigos; 4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento; 5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales; 6. La formulación de la imputación; 7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad; 8. Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo y 9. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.”¹⁰¹

Entonces, es claro que lo que pretendió el legislador fue señalar, genéricamente, cuáles son las actuaciones que deben tramitarse en audiencias preliminares ante el juez de control de garantías. Y, para ello, fijó una regla de subsidiariedad: todas aquellas que no sean de conocimiento del juez de conocimiento; y elaboró una lista no taxativa de las actuaciones.

Ahora bien, parece más razonable que los “*asuntos similares a los anteriores*” hagan referencia a aquellos que deben ser tramitados ante los jueces de control de garantías y no quedaron expresamente consignados, y no como una extensión de su numeral primero y del artículo 250.2 de la Constitución. Si esta hubiera sido la intención del legislador, probablemente así lo hubiera previsto o al menos, hubiera permitido una inferencia de ello. De la lectura integral de esas disposiciones resulta muy difícil arribar a la conclusión a la que llegó la corte. Razonar de esta manera, conlleva deducir que ese último numeral es una puerta abierta para excluir del control judicial previo constitucionalmente previsto para todas aquellas actividades investigativas que restrinjan derechos fundamentales y que sean, de algún modo, similares a las del numeral primero.

¹⁰⁰ “*Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o de juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías.*” COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31 de agosto de 2004). *Op. Cit.*

¹⁰¹ Negrita fuera del texto

Bajo esa misma lógica, podría interpretarse que, como quiera que el legislador no refirió expresamente la diligencia de legalización de la captura, esta también podría ser asimilada a una de las diligencias a que hace referencia el numeral 1° y todas las demás que en adelante cree el legislador, lo que resulta poco convincente.

En fin, esto pone en evidencia que la extralimitación en la libertad de configuración del procedimiento penal en que incurrió el legislador, pasó desapercibida por la Corte Constitucional por tercera vez y, por el contrario, suministró más motivos para convalidarla, los que no son contundentes, sino más bien, utilitaristas.

En definitiva, desde la sentencia C-336 del 2007 la Corte Constitucional ha venido reiterando una subregla de derecho, a partir de la cual, al interior del proceso penal, la fiscalía está facultada para recaudar evidencia electrónica que tenga injerencia sobre ámbitos de intimidad de las personas sin la autorización del juez de control de garantías y sin que ello viole el régimen de reserva de la intimidad. No obstante, se ha hecho evidente que esta construcción jurisprudencial tiene unos cimientos bastante contradictorios: de un lado, la corte ha reconocido la interpretación constitucionalmente admisible del régimen de reserva de derechos fundamentales y las cuatro excepciones *sui generis* a la reserva judicial y, de otro lado, con fundamento en un elemento de oportunidad, se ha apartado de aquel.

Por ende, resulta fundadamente cuestionable el patrón decisional de esta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. No hay duda de que, frente a vacíos de la ley, se debe aplicar la Constitución y la jurisprudencia de su máximo intérprete. Sin embargo, en realidad, la producción de evidencia electrónica con injerencias en la intimidad no estaba desprovista de fundamentos normativos: bastaba remitirse a los contenidos de la Constitución material, a los tratados internacionales de derechos humanos y a los códigos penal y procesal penal, realizar un esfuerzo de racionalización del derecho, recordar el sistema de fuentes y aplicar la interpretación que más garantizara los derechos fundamentales de las personas; ello en lugar de optar por lo contrario, que es exactamente la puerta que abrió la corte

con esta interpretación y que, como se verá, ha sido replicada por la jurisprudencia penal.

Con esta subregla de derecho se replicó la misma lógica *politizada* que llevó al constituyente derivado a contemplar una excepción al régimen de reserva: el miedo institucionalizado a la criminalidad organizada y al narcotráfico y la apariencia de una fiscalía poderosa capaz de intimidar; pero, en este caso, el miedo institucionalizado pasó a ser la cibercriminalidad, capaz de superar los mecanismos de inteligencia del Estado y una fiscalía con una ventaja sobre ellos¹⁰².

2. Corte Suprema de Justicia

¹⁰² El vaciamiento de esas competencias judiciales y su radicación en autoridades administrativas debido a la injerencia de los vaivenes políticos de la lucha contra el terrorismo en la estructura probatoria del proceso penal y en los derechos fundamentales de las personas, es una situación problemática y un riesgo permanente al régimen de reserva de las libertades públicas que había sido advertida por el profesor José Joaquín Urbano Martínez, tanto en el contexto norteamericano, como en el nacional. Así, el autor refiere el ejemplo de The Patriot Act de los Estados Unidos de América, que se trata de una norma jurídica que desde 2001 “...permite: grabar conversaciones entre los abogados y sus clientes; escuchas telefónicas indiscriminadas; investigación de los correos electrónicos y de las páginas web visitadas; espiar las celebraciones religiosas y las reuniones políticas y ciudadanas; investigar las cuentas que los ciudadanos tengan en las librerías o en otro tipo de comercios, así como documentación comercial y contable... (sin que) de un lado, que no hay que justificar ni ante el investigado ni ante ningún tipo de órgano administrativo o jurisdiccional que existe algún tipo de sospecha; y, de otro lado, que las investigaciones, sus móviles y métodos son del todo secretos, de manea que la persona u organización investigada -en el caso hipotético de que llegue a darse cuenta de que la espían- no puede ni siquiera revelar que está siendo espiada. Si lo hace se va a la cárcel”. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En: URBANO MARTÍNEZ. La nueva estructura probatoria del proceso penal: hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio. *Op. Cit.*, p. 136. Y, la intención del Acto Legislativo 03 de 2002, que por fortuna quedó en el grado de la tentativa por su declaratoria de inconstitucionalidad -C-816 de 2004-, que se orientaba a modificar los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución para permitir que, sin orden judicial previa, autoridades administrativas pudieran interceptar o registrar las comunicaciones, llevar un registro de las residencias de las personas y realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios. *Ibidem*.

a. Como segunda instancia de las decisiones de los magistrados con funciones de control de garantías de las salas de justicia y paz de los tribunales superiores

Una falencia relevante del sistema penal acusatorio colombiano es la ausencia de un tribunal de cierre para las decisiones que se adoptan en sede de control de garantías a lo largo y ancho del país. Son los jueces penales unipersonales con categoría de circuito, los encargados de resolver las apelaciones que se interponen contra las decisiones de los jueces de control de garantías. Ese panorama deja un sinnúmero de decisiones que se apilan unas sobre otras y cualquier valor jurídico que puedan llegar a tener, se pierde en el vacío¹⁰³.

En consecuencia, el único mecanismo de disciplina judicial que rige a estos jueces en primera y en segunda instancia, es la coherencia interna: que frente a casos iguales profieran resoluciones iguales. Con todo, al no tener una instancia de unificación, no cuentan con ningún mecanismo de coherencia externa, pues respecto de sus homólogos, les rige el principio de independencia judicial.

Ahora bien, a través de la Ley 975 de 2005¹⁰⁴, mejor conocida como la Ley de Justicia y Paz, se dictaron disposiciones para la facilitación de un proceso de reincorporación a la vida civil de los integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley - paramilitares, FARC, ELN, EPL- que quisieran desmovilizarse, individual o colectivamente, a cambio de que garantizaran a las víctimas sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En ella se estableció un sistema de procesamiento y sanción de dichas personas y de beneficios por la colaboración efectiva a la búsqueda de la paz que tales grupos prestaran. Debe precisarse que ese régimen cobija a aquellos individuos que cometieron delitos durante y con ocasión del

¹⁰³ LÓPEZ MEDINA. *Op. Cit.*, p. 139-141.

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 975 (25 de julio de 2005). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. En: Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

conflicto armado y decidieron desmovilizarse para contribuir a la paz, y no pudieron acceder a los beneficios previstos en la Ley 782 de 2002.

Bajo la misma axiología que el sistema penal acusatorio, ese proceso acogió la institución del juez de control de garantías, la que quedó a cargo de los magistrados de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de los Distritos; y, por virtud del principio de complementariedad¹⁰⁵, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le correspondió decidir los recursos de apelación interpuestos contra sus decisiones, bajo un trámite preferente. En tal virtud, por fortuna, gracias a este régimen, es posible conocer la postura del máximo tribunal de lo penal sobre aspectos relativos al control de garantías.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia dictó tres decisiones uniformes que desarrollaron el problema jurídico bajo estudio y que fijaron una subregla de derecho que sería replicada por esa institución en otros contextos de decisión. La primera de ellas¹⁰⁶ corresponde a la resolución de una solicitud de la fiscalía a un magistrado del Tribunal Superior de Medellín, con funciones de control de garantías, de autorizarle el acceso a la información de un teléfono celular y un computador de propiedad de un postulado que había sido extraditado, que había dejado en su celda y que funcionarios del INPEC habían dejado a su disposición.

El tribunal impartió el control previo y la autorizó a extraer únicamente la información que tuviera relación con el conflicto armado. El Ministerio Público apeló esa decisión y argumentó que, dado que el postulado aún no había rendido versión libre, no había sido vinculado formalmente a ningún proceso y, por lo tanto, no existían motivos fundados para establecer que la información electrónica que se pretendía extraer tuviera relación con el conflicto armado: la fiscalía solo tenía una sospecha.

La Corte Suprema de Justicia anuló la audiencia de control previo llevada a cabo por el Tribunal Superior de Medellín, por violación al debido proceso. Advirtió que la percepción de la fiscalía era errada, pues la

¹⁰⁵ *Ibidem*, artículo 62. Complementariedad. “Para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”.

¹⁰⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 2 de julio de 2008 (radicado 29.991)

diligencia de extracción de evidencia electrónica del celular y el computador no era una diligencia de búsqueda selectiva en bases de datos, sino, de acuerdo con la sentencia C-336 de 2007, un registro sobre archivos y documentos digitales, por lo que corren la misma suerte que las diligencias previstas en el artículo 250.2 de la Constitución: solo requieren de control judicial posterior.

En tal virtud, el tribunal carecía de competencia para autorizar una actuación cuya decisión le corresponde única y exclusivamente a la fiscalía, por lo que la actuación estuvo viciada.

Pues bien, tal como se advirtió, a partir de este precedente se empieza a percibir el daño que causó el precedente constitucional en materia del régimen de reserva de la intimidad. El impacto es tan relevante, que la Corte Suprema de Justicia consideró que la irregularidad en que incurrió la fiscalía en aras de garantizar el derecho a la intimidad del postulado era tan contundente, que constituía una violación al debido proceso y merecía ser invalidada.

Además, lo que la sentencia C-336 de 2007 dice, es que el *registro sobre archivos y documentos electrónicos* tiene justificación únicamente si le antecede una diligencia de registro y allanamiento, mas no en todos los casos; y en este caso, no lo antecedía una diligencia de esa índole.

En la siguiente providencia¹⁰⁷, la Corte Suprema de Justicia decidió un caso sustancialmente similar al anterior. La fiscalía, con fundamento en el deber que le impone el artículo 250.3 de la Constitución, acudió ante un magistrado del Tribunal Superior de Medellín, con función de control de garantías, a solicitarle autorización para acceder a la información contenida en un disco duro y un teléfono celular que habían sido entregados a la fiscalía por funcionarios del INPEC y por el defensor del postulado. Ello como quiera que esa revisión implicaba una afectación a la intimidad del procesado y que se trataba de un registro personal, pues un computador contiene información personalísima.

¹⁰⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 14 de julio de 2008 (radicado 29.992)

El magistrado consideró que, como los equipos electrónicos habían sido voluntariamente entregados por la defensa, era posible predicar un consentimiento a la práctica del acto investigativo, por lo que era innecesaria la autorización judicial. No obstante, en aras de hacer prevalecer las garantías fundamentales del procesado, accedió a la petición de la fiscalía. El Ministerio Público apeló esa determinación.

La Corte Suprema de Justicia anuló la audiencia celebrada por el Tribunal Superior de Medellín, por violación al debido proceso. Argumentó que es cierto que el artículo 250.3 de la Constitución impone para algunos casos requerir autorización judicial previa; sin embargo, *“la mencionada disposición no implica, empero, que todo acto de investigación requiera la intervención previa del juez de control de garantías. Tal entendimiento es equivocado, pues mientras se obtiene la autorización podría perderse la evidencia o alterarse en su esencia o, incluso, generarse problemas de orden público y salubridad si no se recauda inmediatamente, como ocurriría de no levantarse un cadáver de persona cuya muerte se produce en vía pública.”*¹⁰⁸

Afirmó que esa había sido la motivación que inspiró al legislador a prever unos actos de investigación que requieren control previo y otros que no, incluso dispuso unos actos que ni siquiera necesitan autorización de la fiscalía y que pueden ejecutarse directamente por la policía judicial. El control previo al que hacen referencia los artículos 250.3 de la Constitución y 246 del CPP tiene que ver con los medios de investigación que no hayan sido previstos por el CPP y que impliquen afectaciones a derechos fundamentales.

En consecuencia, la fiscalía se equivocó al asumir que la diligencia por la que solicitaba el control previo se asemejaba a un registro personal: si el CPP no contemplaba ese condicionamiento para procedimientos que involucraban mayor invasión en la privacidad de las personas, como los registros y allanamientos, las interceptaciones de comunicaciones o las búsquedas selectivas en bases de datos, menos aún se exige para una diligencia en la que *solo* se revisa información contenida en un computador o en un teléfono celular.

¹⁰⁸ *Ibidem.*

Aunado a lo anterior, se remitió a la sentencia C-336 de 2007 para reiterar la diferencia que existe entre la búsqueda selectiva en bases de datos y los registros sobre objetos o documentos, e identificó que en este caso lo que la fiscalía solicitaba es la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones. Ello, dado que pretendía revisar los equipos pertenecientes al postulado para determinar si la información electrónica contenida en ellos permite verificar la información proporcionada por este en su versión libre. En tales condiciones, aseveró que lo debido en este caso, era que la fiscalía les ordene a los expertos informáticos proceder en tal sentido y, luego de obtenidos los resultados, los legalicen ante el juez de control de garantías.

Entonces, con esta decisión la corte reiteró su postura, aplicó la sanción más estricta al acto procesal del magistrado de tribunal con función de control de garantías que autorizó la recolección de evidencia electrónica y trazó un mapa *sui generis* sobre los distintos actos de investigación con injerencia en derechos fundamentales que existen en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, existe:

a. Evidencia inalterable, inocultable y permanente en el tiempo que permite a la fiscalía acudir previamente ante el juez de control de garantías a solicitar la autorización para su recolección y cuyo procedimiento está expresamente previsto en el CPP. Es el caso de la obtención de muestras del imputado (artículo 249).

b. Evidencia que sí puede ser alterada u ocultada ágilmente -en menos de 36 horas- y que, mientras se obtiene la autorización del juez de control de garantías, puede perderse; por lo que, debido a un elemento de oportunidad, no requiere de control judicial previo para su producción, sino la simple orden de la fiscalía. Los procedimientos para su obtención pueden ser nominados, los que están previstos en el CPP como la interceptación de comunicaciones, o innominados, que no lo están, es decir, que se trate de cualquier actividad de investigación que involucre vulneración de derechos fundamentales (artículo 246).

c. Evidencia que puede generar problemas de orden público y salubridad si no se recauda inmediatamente, por lo que ni siquiera requiere

orden de la fiscalía, sino la acción inmediata de la policía judicial. Por ejemplo, el levantamiento de un cadáver (artículo 214).

De modo que, de acuerdo con esta interpretación de la corte, no existe tal cosa como el régimen de reserva de los derechos fundamentales. Descarta de plano la reserva legal, pues, de acuerdo con su postura, al parecer existen actos de investigación innominados que no son producto de un consenso democrático en el cual los ciudadanos acceden a sacrificar parte de sus derechos y libertades por la seguridad general, sino que pueden ser decididos, en una audiencia preliminar reservada, por el juez de control de garantías y por solicitud de la fiscalía.

Adicionalmente, es alarmante como la corte reduce la institución del juez de la investigación a una materia de mera oportunidad en la recolección de material probatorio, en la que lo relevante no es la garantía de los derechos fundamentales de las personas, sino la producción de elementos materiales probatorios. A pesar del mandato constitucional del artículo 250.3, es decisión de la fiscalía determinar los casos en los que la naturaleza de la evidencia permita acatarlo o no.

Por último, advirtió que, como quiera que la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, es la diligencia que, entre todos los actos de investigación previstos en el CPP, implica la menor injerencia en derechos fundamentales, pues se limita a extraer información de un computador, no existe el más mínimo motivo para que se necesite un control judicial previo.

Pues bien, lo único rescatable de la decisión es que, aun cuando se remitió al precedente constitucional C-336 de 2007, no catalogó al mecanismo para la obtención de evidencia electrónica como un registro, sino como recuperación de información de redes de comunicaciones.

Finalmente, en una decisión similar¹⁰⁹, la Corte Suprema de Justicia resolvió la apelación interpuesta por la fiscalía en contra de la decisión a través de la cual un magistrado con función de control de garantías del Tribunal Superior de Medellín le negó el acceder a la información digital de

¹⁰⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 16 de julio de 2008 (radicado 30.022)

un celular y una *sim card* de propiedad de un postulado a la Ley de Justicia y Paz que acababa de ser extraditado. El motivo por el cual el tribunal no accedió a su solicitud, fue por la no acreditación del estándar de prueba suficiente y debido al carácter de confidencial de la información allí contenida.

La corte aclaró que la información que reposa en esos dispositivos no reviste las características de bases de datos, sino de documentos electrónicos, cuya recuperación como material probatorio la puede llevar a cabo la fiscalía como actividad investigativa propia, sin necesidad de acudir ante el juez de control de garantías a solicitar el control previo. Con base en ello, también declaró la nulidad de la audiencia preliminar.

A más de ser reiterativa, la importancia de esta providencia radica en que se trata de la tercera decisión uniforme de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en un mismo sentido y sobre un mismo punto de derecho, es decir, doctrina probable, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 169 de 1896. Es cierto que este patrón de desarrollo decisonal se produjo en el marco del régimen transicional de justicia y paz; sin embargo, no hay que dejar de lado que la interpretación que se hizo involucró las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que han sido analizadas en este estudio. Por lo que, por ningún motivo, podría dejarse de lado y, por el contrario, resulta de una relevancia importante. Además, porque esta línea jurisprudencial serviría de fundamento para las demás decisiones de esta corte en distintos ámbitos de aplicación.

b. Como tribunal de apelaciones en los procesos de aforados

En esta oportunidad¹¹⁰, la corte resolvió el recurso de apelación que interpuso la defensa dentro de un proceso penal surtido en contra de una aforada, en contra del auto que no excluyó un elemento material probatorio. La defensa solicitó la revocatoria de la decisión y, en lugar de lo en ella dispuesto, excluir el contenido de unas conversaciones que habían sido

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 23 de noviembre de 2011 (radicado 37.431)

grabadas con el celular de la hermana de la víctima y copiadas en un CD, sin que mediara el control previo ante el juez de control de garantías.

En primer lugar, para descartar que en este caso la fiscalía haya debido solicitar autorización ante el juez de la investigación, la corte definió cuáles son los mecanismos para obtener evidencia digital, la que corresponde a una prueba documental magnetofónica, de acuerdo con el artículo 424.2 del CPP; y los identificó como: 1). *Actos de investigación*; 2). Búsquedas selectivas en bases de datos; 3). Registros, en los términos de la sentencia C-366 de 2007, y los definió como “...el examen minucioso, completo, metódico y detallado de un lugar, cadáver, persona o cosa, con el propósito de descubrir, identificar, recoger y embalar, los elementos materiales probatorios o evidencia física que tiendan a demostrar la existencia del hecho y a señalar al autor o partícipes del mismo”¹¹¹, y 4). La recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Finalmente, concluyó que, en este caso, el celular del cual se extrajo la información era de propiedad de la hermana de la víctima, quién lo aportó voluntariamente a la investigación; y que, en las conversaciones grabadas, no intervino la acusada, por lo que no habría motivo alguno para considerar violentados sus derechos ni necesidad alguna para solicitar la autorización del juez de control de garantías. El único motivo por el cual se extrajo la información había sido para obtener una copia de sus contenidos y ponerlo a disposición de la defensa como parte del descubrimiento, no como mecanismo para la producción de evidencia electrónica. De modo que, siendo esa la finalidad de las copias del material electrónico, el cuestionamiento de legalidad de la defensa carece de fundamento.

La particularidad de este pronunciamiento es que la Corte Suprema de Justicia identificó los mecanismos a través de los cuales se puede producir la evidencia electrónica con capacidad de afectar derechos fundamentales y, nuevamente, refirió el mecanismo genérico de *actos de investigación*. Además, entró a definir el medio de investigación del registro del artículo 250.2 de la Constitución y, a diferencia de la Corte Constitucional, lo *liberó* de su dependencia con la diligencia de registro y

¹¹¹ *Ibidem*.

allanamiento, pero le imprimió un carácter extremadamente amplio, pues puede consistir en registros a lugares, en personas o a cosas, incluso, una inspección a cadáver. Así, la corte no solo reiteró el vaciamiento de la reserva de ley en materia de injerencias en derechos fundamentales, sino que lo amplió en mayor medida. Lo que desquicia aún más cualquier punto de llegada y permite concluir que en cada aproximación que hace la corte en esta materia, no hay claridad ni coherencia alguna.

c. Como autoridad de casación en lo penal

La Corte Suprema de Justicia estudió un caso¹¹² en el que un Juzgado Penal del Circuito Especializado condenó a miembros del Ejército Nacional que asesinaron a siete miembros de la Policía Nacional que se encontraban realizando un operativo de narcóticos en el municipio de Jamundí, Valle del Cauca, y a un civil que estaba desarmado; luego de hallarlos responsables de la comisión de homicidios agravados. El fallo fue apelado y el Tribunal Superior de Cali modificó la decisión y condenó a dos de ellos por los delitos de homicidio y a los demás por el de homicidio culposo.

La defensa de los primeros interpuso demanda de casación y, entre otras cosas, solicitó declarar la ilicitud de unas pruebas que fueron obtenidas de manera irregular. Argumentó que, al momento de la captura en flagrancia, los militares acusados entregaron voluntariamente sus celulares, sin que se les advirtiera que de ellos se iba a extraer información. Además, la policía judicial no siguió las formalidades de la cadena de custodia para garantizar la autenticidad de la evidencia, al punto que, dos horas después de incautados los equipos, se hizo una llamada de uno de ellos. Y, finalmente, la defensa no fue convocada a la audiencia de legalización de esa información.

La corte no casó la sentencia del tribunal y las razones fueron las siguientes:

¹¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de abril de 2013 (radicado 35.127)

1). Los equipos fueron recolectados por la policía judicial como parte de sus funciones de registro, identificación, recolección y embalaje de evidencia física y material probatorio, dentro de los actos urgentes e inspección del lugar de los hechos. Adicionalmente, existe un acta de entrega voluntaria con fines de información, suscrita por los procesados en la que constan sus nombres, los números de identificación personales y de los equipos móviles, la clave para ingresar y la firma del tenedor.

Por estas razones, que las actividades urgentes de policía judicial no requieren de orden judicial previa y que medió el consentimiento de los portadores de los equipos, no había motivos para que se llevara a cabo una audiencia preliminar de control previo.

2). A más de ello, aclaró que la información extraída de aparatos celulares no es propia de una base de datos, sino que es un documento digital; entonces, la diligencia para su extracción se rige por los parámetros de la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones y de las audiencias de control posterior.

3). Como la audiencia preliminar de control posterior se llevó a cabo con antelación a la formulación de la imputación, no era exigible la presencia del defensor, pues, para el momento de su ocurrencia, no se había proferido la sentencia C-025 de 2009.

Pues bien, lo rescatable de esta de esta decisión es que en esta oportunidad la corte reiteró que la inspección sobre equipos electrónicos para extraer evidencia electrónica se ubicaba en el acto de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones y no por medio de una diligencia de registro.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia¹¹³ inadmitió una demanda de casación interpuesta por la defensa en contra de una sentencia por medio de la cual el tribunal superior revocó el fallo absolutorio y, en su lugar, condenó por el delito de pornografía infantil, a un menor de edad que fue

¹¹³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de 2013 (radicado 39.788)

sorprendido registrando en fotos y video las partes íntimas de una niña de seis años, al interior de un vehículo estacionado al frente de un colegio.

La defensa, entre otras cosas, le solicitó a la corte casar la sentencia condenatoria, puesto que ella había sido adoptada con fundamento en una prueba ilícita: las fotos y los videos aducidos al juicio fueron sustraídos del teléfono celular y la *sim card* de propiedad del acusado, sin que la fiscalía sometiera a control posterior del juez de control de garantía los resultados de ese acto de investigación que atentó contra su derecho a la intimidad. Por tal motivo, esa evidencia debía ser excluida.

Aun cuando se trata de un auto interlocutorio de inadmisión de demanda de casación, la corte estudió de fondo ese particular asunto. Recordó que la recolección de evidencia digital no hace referencia a una búsqueda selectiva en base de datos, sino que se enmarca en una actividad investigativa propia de la fiscalía sometida a control judicial posterior; el juzgado sí comprendió este punto de derecho y, como quiera que la fiscalía no acudió ante el juez de control de garantías a legalizar el contenido de la orden y la ejecución de la diligencia, excluyó esa evidencia; sin embargo, el tribunal superior no lo entendió así, advirtió que se trataba de *evidencia demostrativa* y que bastaba con que la fiscalía la hubiera relacionado en el escrito de acusación, descubierto y practicado, para tenerla como prueba.

La corte corrigió el error en que incurrió el tribunal, le halló la razón al demandante, afirmó que la ausencia de control judicial posterior sobre los documentos digitales extraídos de los equipos incautados constituía una irregularidad relevante y, por tanto, excluyó esas pruebas. No obstante, advirtió que las demás pruebas practicadas en el juicio eran suficientes para mantener la sentencia condenatoria, por lo que la exclusión de los documentos electrónicos era irrelevante, el cargo intrascendente y, en consecuencia, inadmitió la demanda.

Con esta providencia se hace evidente el desconocimiento sobre el manejo de la evidencia electrónica en una investigación penal y del régimen de reserva de derechos fundamentales por parte de la fiscalía; que ese desconocimiento trasciende a tal punto que es avalado por los administradores de justicia y que, aun en la Corte Suprema de Justicia, no hay un consenso sobre la manera cómo el legislador autorizó la extracción

de ese tipo de evidencia, al punto que lo ha denominado “*actividad investigativa propia de la fiscalía*”, sin catalogarlo dentro de una de las diligencias de investigación susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de las personas, lo que retoma la tesis de los “*actos de investigación innominados*” atentatorios del principio de reserva legal.

3. Balance

Según la doctrina especializada, “*La polifonía que produce la complejidad de la vida social y jurídica contemporánea sería inatajable sin esfuerzos de racionalización del derecho que fueron efectuados de manera consistente y exitosa durante el siglo XIX mediante la técnica de la codificación. Esta técnica también es aplicable al derecho jurisprudencial, pero en la mayoría de los casos es producto del trabajo de jueces y profesores de derecho más que de la legislatura misma.*”¹¹⁴

Como en el pasado, esa necesidad de esfuerzos de racionalización del derecho es latente: el estudio de la de la jurisprudencia constitucional y penal que se efectuó en las anteriores secciones es producto de esa exigencia. El análisis temporal y estructural de las providencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en búsqueda de un balance más o menos estable en torno a determinar si la facultad de la Fiscalía General de la Nación de acceder a evidencia electrónica sin autorización judicial previa constituye una injerencia ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad, permitió concluir lo siguiente:

En primer lugar, que los tribunales de unificación del derecho se apartaron de los fundamentos convencionales y constitucionales del régimen de reserva del derecho a la intimidad en el proceso penal y que lo hicieron por razones ancladas al temor histórico a la criminalidad organizada y la necesidad de obtener una ventaja frente a la cibercriminalidad: la Corte Constitucional creó la subregla de derecho denominada la *regla de flexibilización excepcional del control posterior*, que fue desarrollada y ampliada por esta y por la Corte Suprema de Justicia,

¹¹⁴ LÓPEZ MEDINA. *Op. Cit.*, p. 140-141.

desconociendo el claro exceso de la libertad de configuración del legislador penal y la axiología del instituto del juez de control de garantías, y todo ello en perjuicio de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, que no existe una posición estable en torno al mecanismo de producción de evidencia electrónica en el proceso penal, cuando este tiene injerencia en el derecho a la intimidad de las personas. Si bien la Constitución -artículo 250.3- y el CPP -artículo 236- lo denominaron recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones y fijaron sus alcances y límites; es decir, consagraron la reserva de ley, a la jurisprudencia no le bastó, la desconoció y previó su propia *reserva de ley* de ese acto y lo hizo de una forma absolutamente inconsistente.

La jurisprudencia constitucional y penal tergiversó este mecanismo en una multiplicidad de decisiones que han dejado una doctrina del derecho oscura e incoherente. Pasó por ser una inspección, pesquisa o examen sobre objetos materiales o inmateriales, consecutivo a una diligencia de registro y allanamiento, sin importar la afectación adicional sobre derechos fundamentales que pueda tener; un registro independiente, para producir evidencia digital; un acto de investigación indeterminado; de nuevo, una búsqueda selectiva en bases datos; un registro mucho más amplio, equiparable a la inspección sobre cadáver, y, una vez más, la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

En fin, esta incertidumbre jurídica es el punto de llegada de la inconsistencia existente entre los fundamentos convencionales y los desarrollos constitucionales, legales y jurisprudenciales de las injerencias en el derecho a la intimidad. El déficit de protección normativo fue identificado por la jurisprudencia; sin embargo, en vez de corregir esa deficiencia, lo amplió y, de nuevo, en la era de la tecnología y las comunicaciones, la vida íntima, personal, reservada, familiar y social de las personas, quedó en total desprotección al interior del proceso penal.

La conclusión a la que se llega es que, desde la sentencia C-336 del 2007 de la Corte Constitucional, el ordenamiento jurídico ha acogido una subregla de derecho muy cuestionable, a partir de la cual la fiscalía está

facultada para recaudar evidencia electrónica que tenga injerencia sobre ámbitos de intimidad de las personas sin la autorización del juez de control de garantías y sin que ello viole el régimen de reserva de la intimidad.

Del balance del régimen normativo y jurisprudencial, es evidente que el sistema acusatorio colombiano adolece de serias deficiencias de protección al derecho a la intimidad en la producción de evidencia electrónica. Ellas son claras en los niveles constitucional, legal y jurisprudencial. Para superarlas es preciso promover una reforma constitucional y legal y redireccionar la doctrina de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, tal solución implica un cambio institucional que puede tardar mucho tiempo¹¹⁵ y, en materia de derechos humanos y dadas las necesidades de la era de la tecnología y la información, ese déficit puede tener dimensiones muy complejas y costosas. En este orden, en el siguiente acápite, se presentará una propuesta que persigue superar estas deficiencias y que está al alcance de los fiscales y jueces de control de garantías, para lo cual basta remitirse a las máximas del derecho convencional y a las disposiciones de la Constitución que ostentan un valor axiológico jurídico diferenciado, que desarrollan los derechos fundamentales y sus garantías, como la reserva de derecho, y sobre las cuales se forja el Estado constitucional de derecho.

II. Hacia un modelo razonable de producción de evidencia electrónica

A. Presentación

1. Fundamentos

¹¹⁵ Téngase en cuenta que para aproximarse a un sistema acusatorio real, el ordenamiento jurídico colombiano ha estado en mora por más de 420 años con la historia del proceso penal. Cfr. URBANO MARTÍNEZ. Principio acusatorio y derechos fundamentales: hacia una reformulación necesaria en el proceso penal colombiano. *Op. Cit.*

Como se vio, hace tiempo que la humanidad advirtió la necesidad de fortalecer los valores, principios, derechos y libertades fundamentales de los individuos como garantía de no repetición de los abusos del poder que en el pasado tanto le costaron. No en vano la comunidad internacional se esforzó por llegar a un consenso sobre los derechos mínimos que política y moralmente debían ser respetados por todos los Estados, en cualquier escenario y a toda costa, y que constituirían la esencia misma de sus normas fundamentales, sin los cuales un Estado deja de ser ese y se sustituye por otro. En esa vía se reconoció el derecho a la intimidad, como un derecho relativo, y las garantías para su protección: la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones privadas y su régimen de reserva.

Sobre esa axiología cimentó sus bases dogmáticas la Constitución Política de Colombia de 1991 y, en relación con el derecho fundamental a la intimidad, asumió los mismos compromisos; sin embargo, sus desarrollos normativos han sido problemáticos, tanto en la parte dogmática -artículo 28 de la Constitución-, como en la parte orgánica -artículo 250 de la Constitución-. Particularmente, con el sistema penal acusatorio -Acto Legislativo 03 de 2002 y Ley 906 de 2004- y bajo el sustento de un temor institucionalizado, este esquema quedó desarticulado.

Este quiebre en el régimen de reserva de la intimidad ha traído consigo desarrollos normativos y jurisprudenciales bastante problemáticos en los que han prevalecido motivaciones utilitaristas¹¹⁶, sobre el compromiso adquirido con la humanidad y con la comunidad internacional de respetar y hacer respetar los derechos humanos. No es que no sea legítimo que el Estado ejerza sus facultades y busque maximizar la justicia penal y

¹¹⁶ Sobre este punto, Patrick E. Corbett también ha cuestionado el ordenamiento jurídico estadounidense, pues considera que después de diez años del atentado 9/11 a las torres gemelas, aún están afrontando la emergencia nacional. Diez años han pasado y lo único que ha sucedido es que se han incrementado las injerencias en la privacidad de las personas como respuesta al terrorismo. Afirma que es casi seguro que el argumento de la preocupación de la seguridad nacional impacte a cualquier corte que considere la excepción de los registros a dispositivos electrónicos en las fronteras. CORBETT, Patrick E. The future of digital evidence searches and seizures: the future of the Fourth Amendment in a digital context: where would the Supreme Court draw the electronic line at the international border?. (en línea). En: Mississippi Law Journal, 2012, vol. 81:5. (Consultado el 26 de octubre de 2020). p. 1305. Disponible en: https://olemiss.edu/depts/ncjrl/pdf/2011%20Symposium/15-%20Corbett_FINAL_REVISED.pdf

optimizar la lucha contra el crimen, sino que es imperativo que, cuando esa necesidad involucre la trasgresión de los derechos fundamentales, sean los jueces quienes se interpongan entre los individuos y la coacción estatal, para racionalizar esas intrusiones.

En el sistema penal acusatorio colombiano eso no sucede así, tanto la reserva legal como la reserva judicial han sido cuestionadas en todos los niveles normativos, y de esa manera se olvidaron los fundamentos materiales de la Constitución y del derecho convencional de los derechos humanos. Esta realidad puede ser asumida de dos maneras.

Una, en la que se acepta que el derecho a la intimidad de las personas está sobrevalorado, que es posible vivir en una nación sin privacidad y que la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones privadas, perdió vigencia. Ahora bien, el día en que una nación acepte tal realidad, estaría también dispuesta a ceder en todas las demás protecciones constitucionales, hasta el punto en que más bien quede poco del Estado constitucional de derecho¹¹⁷. Por ello, optar por esta vía resultaría demasiado costoso.

Otra, que conlleva la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico vigente: implementar otra reforma constitucional, modificar el Código de Procedimiento Penal, o esperar que a partir de un caso de relevancia se redireccionen las líneas jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional, como máxima autoridad encargada de la interpretación de la Constitución, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

¹¹⁷ “Si nos despertamos mañana en una nación sin privacidad, una en la que las compañías más poderosas observan los movimientos de cada ciudadano con plena conciencia y consentimiento de ser observados ¿seguiría vigente la Cuarta Enmienda? ¿El derecho de las personas a estar seguros en sus personas, en sus hogares, documentos y efectos, y la prohibición de registros e incautaciones irrazonables, sobreviviría si la policía puede solicitar al sector privado los frutos de la comprendida y consensuada vigilancia privada? Si no se estuviera pensando en extender la actual doctrina de la Cuarta Enmienda, las respuestas serían negativas. Si nos despertamos mañana en un mundo sin privacidad, seguramente también nos encontraríamos en un mundo sin protección constitucional frente a nuevos poderes invasivos de la policía. Este sombrío escenario no es ciencia ficción, para mañana es probable que despertemos en ese mundo.” Traducción propia. OHM, Paul. The future of digital evidence searches and seizures: the Fourth Amendment in a world without privacy. (en línea). En: Mississippi Law Journal, 2012, vol. 81:5. (Consultado el 26 de octubre de 2020). p. 1310. Disponible en: https://olemiss.edu/depts/ncjrl/pdf/2011%20Symposium/16-%20Ohm_FINAL.pdf

Justicia, como tribunal de unificación de la jurisprudencia penal, pues es más probable que las cortes estén abiertas a transformar su doctrina, que a permitir la supresión del derecho a la intimidad.

No obstante, por una parte, alcanzar un consenso político de tal magnitud toma tiempo y, en últimas, puede resultar problemático, pues la tecnología avanza con rapidez, las reformas legales, no y el riesgo de su obsolescencia ante los apresurados cambios tecnológicos es latente. Por otra parte, esperar un precedente judicial puede tomar años y la desprotección actual continúa vigente, más aún si se tiene en cuenta que las decisiones de los jueces de control de garantías en Colombia no tienen un tribunal de cierre.

En consecuencia, se requiere una propuesta que sea aplicable en la realidad normativa vigente y que responda a las necesidades actuales de las personas. Este será el objetivo de desarrollo de esta sección. Las bases de esa propuesta radican en: a. El reconocimiento de las ambigüedades y contradicciones del sistema penal acusatorio y su déficit de protección del derecho a la intimidad, y su superación a través del recurso más importante que tiene todo Estado de derecho: su sistema de fuentes; b. La reinterpretación del Acto Legislativo 03 de 2002 en armonía con los derechos fundamentales reconocidos en la parte dogmática de la Constitución y con los principios del proceso penal; c. El replanteamiento¹¹⁸ de la doctrina que compete al derecho a la intimidad en las investigaciones penales que involucran evidencia electrónica y la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones privadas y su régimen de reserva, y d. Su destinación hacia los actores que a diario deciden estas cuestiones: los fiscales y los jueces de control de garantías.

¹¹⁸ Hay autores que incluso consideran necesario cimentar las nuevas bases del derecho a la intimidad en el mundo digital, en el derecho a la libertad de las personas en contra del poder arbitrario del gobierno. Cfr. OHM. *Op. Cit.*, 1309-1356 p. Otros radican los contenidos de la Cuarta Enmienda exclusivamente en la seguridad personal y no en la prevención de intrusiones arbitrarias, sino en la exclusión de las intrusiones. Cfr. CLANCY, Thomas K. What does the Fourth Amendment protect: property, privacy, or security. (en línea) En: *Wake Forest Law Review*, 1998, vol. 33:2. (Consultado el 26 de octubre de 2020). 307-370 p. Disponible en: <http://heinonline.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/HOL/Page?handle=hein.journals/wf1r33&div=18>

2. Mirada hacia la dimensión de la necesidad

Para esta propuesta es necesario comprender las dimensiones de esta problemática y para ello será necesario considerar la discusión que desde hace años ha estado presente en contextos extranjeros¹¹⁹.

Cada año las compañías invierten enormes cantidades de recursos para desarrollar tecnología que permite desenvolver la vida de las personas en un entorno digital. Basta hacer un escaneo de la realidad actual: los teléfonos y los computadores hoy son medios de comunicación, oficinas postales, galerías de recuerdos, lugares de juegos, portales de citas, teatros de cine, agendas, centros comerciales, mapas de recorridos, libros, diarios personales e incluso, lugares para guardar pensamientos, que van desde los más caprichosos, hasta los más profundos¹²⁰. Entonces, debido a la interrelación de los individuos a través de estos dispositivos y por la cantidad e índole de la información que almacenan, como por el recorrido

¹¹⁹ Principalmente se abordarán las aproximaciones de autores y las distintas cortes de los Estados Unidos de América y también algunos casos de Europa y Corea del Sur.

¹²⁰ Hace algún tiempo, en torno al debate que se suscitó en Estado Unidos entre la seguridad y la privacidad, luego de la masacre de San Bernardino, Matthew Noah Smith desarrolló la idea de que un smartphone cumple un doble rol, de comunicación y de almacenamiento de información. El segundo ha sido considerado como una extensión de la mente: los procesos mentales no solo ocurren en la mente, sino también, a través de las partes del mundo que regularmente se usan y que son de fácil acceso, como la voz, el papel o, inclusive, un smartphone. Por ejemplo, si se cuenta mentalmente y para esto se usa la voz, se murmura ...25, 26, 27... y así sucesivamente, en ese momento el conteo dejó de ser puramente neurológico. Ahora, si además de murmurar, se hacen marcas en un papel para no perder la cuenta, ese papel, a su vez, hace parte del conteo mental, al igual que la voz. Así mismo, al planear una visita a un museo se ayuda de la herramienta de Google Maps del smartphone y allí ocurre un proceso similar que el del papel. O, si lo que se pretende es recordar una imagen importante en la memoria, pues ello se hace a través de una neurona, pero si ese ejercicio se hace con la ayuda de un dispositivo móvil, ocurre lo mismo. Se dirá que Google Maps no es tan confiable como el cerebro humano, pero eso no es tan cierto; este tampoco es ciento por ciento seguro e inaccesible, o acaso, después de unos tragos de alcohol este no se vuelve traicionero, desconfiable e inseguro. Entonces, permitirle al Estado acceder con una “llave maestra” a los smartphones, puede ser semejante a la creación de un acceso a la mente humana, y sencillamente el Estado no puede tener acceso a la mente humana. SMITH, Noah Matthew. An iPhone is an extension of the mind: the FBI isn't asking to access an uncrackable safe. It wants to compromise the boundaries of the self. (en línea) En: Slate, 19 de febrero de 2016. (Consultado el 15 de marzo de 2017) Disponible en:

http://www.slate.com/articles/technology/technology/2016/02/apple_and_the_fbi_think_iphones_are_safes_a_philosopher_explains_what_they.2.html

electrónico que suministran, son atractivos a las investigaciones forenses, dado que en ellos están las pruebas de muchos de los conflictos jurídicos.

Esto es así al punto que en 2018 el director del FBI afirmó que “*(h)ay un componente tecnológico o digital en cada caso que ahora tenemos. Organizaciones criminales transnacionales, depredadores sexuales, estafadores y terroristas transforman sus modos de hacer negocios mientras la tecnología avanza. Partes significantes de estos crímenes -y nuestra investigación de ellos-, involucran un componente digital u ocurren casi totalmente en línea. La avalancha de información creada por el uso de la tecnología representa un enorme reto para cada institución.*”¹²¹

Sin embargo, como se vio, aquellos dispositivos contienen muchos más datos que evidencia: información financiera, personal, sexual, clínica, personal y pensamientos antes no revelados, por lo que se trata de objetos especiales cuya incautación y registro difiere de otros elementos y que fácilmente puede invadir intensamente la intimidad de sus propietarios.

De esta manera, si bien no se trata de un medio de investigación físicamente intrusivo, como lo puede ser una búsqueda en una cavidad corporal, un registro sobre ese compendio de valiosa información puede ser de igual, si no de más entidad, que una intromisión de ese tipo. Es difícil imaginar una búsqueda más invasiva y extensiva en la intimidad de una persona, que la búsqueda de evidencia digital en un dispositivo personal. Basta representárselo: primero, la policía ingresa a la residencia familiar y lo incauta; lo lleva para examinarlo a un lugar inaccesible para su propietario, y allí, sin supervisión o restricción alguna y por método o por accidente, los investigadores forenses escarban los mensajes enviados y recibidos, los archivos adjuntos, las notas personales y correspondencia, la agenda, las reuniones y los compromisos, los datos médicos, los archivos financieros, los documentos descargados, copiados, escaneados,

¹²¹ Discurso del director del FBI Christopher Wray socializado el 9 de enero de 2018 en Fordham University. Citado en: TURNER, Jenia J. Managing digital discovery in criminal cases. (en línea) En: The journal of criminal law and criminology, 2019, vol. 109:2. (Consultado el 26 de octubre de 2020). p. 244-245. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7651&context=jclc>

compartidos o creados y todo el historial cibernético¹²². Su sola representación inquieta bastante.

Por otra parte, también se debe tener en cuenta que las investigaciones que se conducen en el mundo físico difieren de las que se llevan a cabo en el mundo virtual, entre otras cosas, porque la evidencia electrónica impone nuevos límites. Por ejemplo, un sistema de almacenamiento de 40 gigabytes puede almacenar 20 millones de páginas de texto, lo que puede equivaler a la mitad de todo un piso de una biblioteca; o, casi todas las comunicaciones que antes eran orales, hoy se manejan a través de mensajes de datos y quedan guardadas en un servidor¹²³.

De esta manera, parecería claro que, contrario a reducir las protecciones constitucionales debido a los avances tecnológicos, “(l)os celulares merecen extra protección en la privacidad y no pueden ser registrados sin una orden, porque almacenan una parte de la vida privada de un individuo.”¹²⁴ No obstante, ello no ha sucedido así, principalmente porque las normas del procedimiento penal están hechas para investigaciones físicas y no digitales: las reglas viejas aplicadas a hechos nuevos requieren una cierta especulación, la que puede ser nociva cuando tiene que ver con injerencias en derechos fundamentales. Desde 1928 el exjuez de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, Louis Brandeis, lo advirtió: “Algún día se desarrollarán modos por los cuales el gobierno, sin remover papeles de cajones secretos, podrá reproducirlos en la corte y que le permitirán exponerle al jurado las ocurrencias más íntimas en su hogar... y puede ser que la

¹²² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. NINTH CIRCUIT. US vs. Arnold. 533, F, 3 d., 1003, 1008 (9th Cir. 2008); COBERTT. *Op. Cit.*, p. 1269.

¹²³ En un día determinado se envían y reciben un promedio de 225 billones correos electrónicos, 23 billones mensajes de texto, 10 billones de mensajes de Facebook y 500 millones de tweets. NEPTUNE RIVERA, Viviane I. La evidencia electrónica: autenticación y admisibilidad. Puerto Rico: Ediciones SITUM, 2017. p. 4.

¹²⁴ Traducción propia. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. UNITED STATES SUPREME COURT. Riley vs California 134 S. Ct. 2473 (2014); GROSS, Shannon. A mystery wrapped in an encryption: surveillance and privacy in encrypted era. (en línea) En: Northwestern Journal Technology and Intellectual Property, 2017, vol. 15:1. (Consultado el 26 de octubre de 2020) p. 83. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2218/HOL/Page?handle=hein.journals/nwteintp15&div=6>.

*Constitución no tenga protecciones contra esas invasiones en la seguridad individual.”*¹²⁵.

En este orden, el objetivo de esta propuesta es encontrar el límite para la búsqueda de evidencia en la información que se puede recopilar de una persona en el entorno digital, dado que su recaudo puede fácilmente reñir con la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones privadas de las personas. En consecuencia, es preciso buscar un balance entre la protección del derecho a la intimidad y una investigación penal efectiva: presentar un método razonable que les permita a los jueces encontrar ese balance y a la fiscalía y sus investigadores, producir evidencia electrónica con vocación probatoria, de una manera legítima dentro del Estado constitucional de derecho.

3. Perspectiva delimitada

Como se anticipó, la forma y los métodos de conducir investigaciones penales ante delitos que ocurren en el mundo físico y los que se cometen en el ciberespacio o entorno digital difieren ostensiblemente. La evidencia que se espera obtener de las primeras apela a los más prosaicos sentidos humanos: oído, gusto, tacto, vista y olfato, y las segundas implican acceso a información digital, a través de procesos complejos, sofisticados y tecnológicos. En aras de presentar esta distinción y de exhibir las problemáticas que involucran en punto al derecho a la intimidad de las personas, se presentará el valioso aporte que sobre esta temática ha desarrollado el profesor Orin S. Kerr, el que parte de un ejemplo bastante ilustrativo¹²⁶.

¹²⁵ Traducción propia. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Olmstead vs. US*. 277 US 438, 466, 474 (1928). WINICK, Raphael. *Searches and seizures of computers and computer data*. (en línea). En: *Harvard journal of law and technology*, 1994, vol. 8:1. (Consultado el 26 de octubre de 2020). p. 75. Disponible en: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v08/08HarvJLTech075.pdf>

¹²⁶ KERR, Orin S. *Digital evidence and the new criminal procedure*. (en línea) En: *Columbia Law Review*, 2005, vol. 105:1. (Consultado el 27 de octubre de 2020) p. 105. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2068/login.aspx?direct=true&db=edsjsr&AN=edsjsr.4099310&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Primer escenario: un hurto a un banco. Un hombre desciende de su vehículo, ingresa al establecimiento bancario, se ubica en la fila del cajero, le entrega al operador un escrito que dice “*ponga todo el dinero en una bolsa*”; él mira al usuario y, con discreción, el hombre le apunta con un arma. El cajero obedece y el hombre, nervioso, sale del banco, en el camino deja caer el arma, y huye en su vehículo. Posteriormente, la policía llega a la escena del crimen. Su primera estrategia es buscar testigos presenciales para que relaten lo que percibieron: la descripción del sospechoso, sobre su conducta o las características del vehículo que conducía, y la manera cómo se llevó a cabo el hurto; incluso, el agente también se vuelve testigo de lo que vio, escuchó y halló en el lugar. Después, buscará el arma encontrada en la escena, la nota que el sospechoso entregó y, tal vez, las huellas digitales que haya podido dejar atrás. Si ello no le basta, irá tras las cámaras de seguridad y el vehículo. La secuencia de los testimonios es la que irá armando el caso y será presentada en el juicio.

Segundo escenario: hurto a un banco por medios informáticos. El cibercriminal utiliza su computador personal y se conecta a través de su red local; sin embargo, para desviar la atención de su dirección IP y mantener el anonimato, accede sin autorización y superando los filtros de seguridad, a los sistemas informáticos de una universidad privada y de una biblioteca pública de su ciudad, pues sabe que sus mecanismos de seguridad y almacenamiento no son sofisticados. Por medio de esas redes, ingresa al servidor del banco, supera los filtros de seguridad, crea una cuenta falsa, le trasfiere una cantidad de dinero y luego la vincula a una cuenta off-shore. Hasta aquí, es claro que la escena del crimen es totalmente diferente: no hay testigos presenciales, solo hay evidencia digital.

En el segundo caso, la policía debe, primero, buscar que el administrador del sistema informático del banco recolecte la información que está a su alcance, que seguramente será reducida, en búsqueda de rastros o logs, que lo conduzcan a la dirección IP desde la cual accedió el criminal, que será su identidad digital. Estos datos conducirán a los servidores de la universidad privada y la biblioteca pública y la policía deberá contactar a los administradores de los sistemas informáticos de esas instituciones y requerirles los datos que reposen en sus servidores sobre la presencia virtual del delincuente en la fecha y hora del hurto. También es

posible instalar un sistema de monitoreo en esas redes, en caso de que el criminal se vuelva a valer de ellas para cometer otro ilícito.

Cuando la evidencia electrónica finalmente los conduzca a la red local del sospechoso y sea posible ubicar el computador desde el cual realizó el hurto, la policía deberá ingresar a la residencia, incautar el dispositivo, llevarlo a un laboratorio forense, crear una copia exacta de toda la información, trabajar sobre la copia para no alterar la información original y buscar evidencia del hurto. Al juicio se llevará al empleado del banco que detectó la cuenta no autorizada y el desbalance en la caja, a los administradores de los sistemas informáticos del banco, la universidad privada y la biblioteca pública, y al investigador que accedió al computador del sospechoso. Con esta representación de la distinción de ambos escenarios, es claro que la propuesta apunta hacia el segundo. Sin embargo, también es importante distinguir el tipo de evidencia electrónica que es relevante.

La tecnología utilizada por las personas para desarrollar su personalidad, conducir su vida emocional o fantástica, para la interacción personal, o en los negocios e instituciones estatales, continuamente está registrando datos que pueden ser utilizados como evidencia en los tribunales. Viviane I. Neptune Rivera¹²⁷ define la evidencia electrónica como cualquier dato en formato digital¹²⁸ y con vocación probatoria, que haya sido creado, almacenado o transmitido a través de en un dispositivo electrónico, como un computador, un teléfono, una tableta u otro equipo tecnológico, que no se destruye, sino que se transforma, pues su destrucción también deja registro.

¹²⁷ NEPTUNE RIVERA. *Op. Cit.*, p. 1-5.

¹²⁸ La diferencia entre la información análoga y la digital está en su fuente. Los datos análogos se obtienen de procesos físicos, químicos o mecánicos, como por ejemplo, una fotografía de un rollo o la música de un cassette. La información digital se obtiene por un proceso tecnológico de traducción de datos en bytes: una imagen, un texto o una canción, sin el proceso tecnológico, es un conjunto de que se vería algo así, 10010010111010010. La letra “m” está configurada como “01001101” y el número “6” como “00110110”, cada clave en un byte de información y el número de bytes representa la capacidad de almacenamiento; así, 40 gigabytes permiten almacenar 40 billones de bytes o casi 320 billones de 1 y 0. Traducción propia. KERR, Orin S. Searches and seizures in a digital world. En: Harvard Law Review, 2005, vol 119: 2. (Consultado el 1° de noviembre de 2020) p. 539. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/4093493?seq=1>

Es usual que en un juicio se presenten mensajes o correos electrónicos impresos como evidencia documental, para corroborar, por ejemplo, que existió una conversación. También es frecuente que sobre esa prueba se suscite una controversia, porque al imprimir un documento electrónico, este pierde información que puede ser relevante. Por ese motivo, es importante diferenciar en qué casos es indispensable presentar evidencia electrónica en un proceso penal.

Este tipo de evidencia puede ser utilizada de dos maneras: para ilustrar un hecho base o para acreditar la configuración del delito. La prueba de la conversación referida, se ubicaría en el primer supuesto, pues para probar el intercambio de mensajes de texto o una conversación virtual, bastaría con el testimonio del interlocutor y la impresión no aportaría, sino que corroboraría el dicho del testigo base, y se autenticaría como una prueba documental. En consecuencia, los fundamentos de la construcción doctrinaria de la evidencia electrónica deben apuntar a la prueba sustancial de los elementos del delito, en los que es indispensable presentar los archivos en formato digital, en este caso, el correo electrónico¹²⁹, junto con los datos almacenados en los servidores por los que transitó, para contar con toda la información relativa a su creación, modificación y transferencia.

Para ejemplificar esto último, se presentará el caso US vs. Bennet¹³⁰. En una investigación por tráfico de narcóticos, un oficial de aduanas de los Estados Unidos incautó el GPS de la nave en que se transportaba el estupefaciente y fue llevado al juicio como testigo de cargo. El funcionario informó a la audiencia lo que observó: la representación gráfica de los datos que el GPS había recopilado sobre el trayecto de viaje del bote en el que iba el acusado; pero claro, no podía dar fe de que la nave hubiera recorrido la trayectoria que ilustraba el GPS, pues no la presenció. En este caso, el

¹²⁹ Un correo electrónico impreso a simple vista tiene el destinatario, el remitente, la fecha, la hora, el asunto y los destinatarios copiados; pero hay información que no es perceptible sin la ayuda de un dispositivo: la identificación de los servidores por los cuales transitó el correo, la ruta del recorrido y las direcciones virtuales (IP -internet protocol-) del destinatario y el remitente, que permiten localizar geográficamente la conexión de la red. Entre más sofisticada sea la controversia, más elementos se requerirán para este fin, pues existen herramientas de las que se valen los criminales para eludir su detección -por ejemplo, las VPN. SÁENZ RODRÍGUEZ, María Del Pilar, Cómo funciona internet. Karisma – ISOC Colombia. En: 6° Foro de Gobernanza de Internet (2, noviembre: Bogotá) Relatoria. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 4.

¹³⁰ NEPTUNE RIVERA. *Op. Cit.*, p. 125.

testimonio del oficial iba dirigido a probar el contenido del GPS, el cual era la prueba de uno de los elementos del delito: el tráfico internacional.

El tribunal explicó que haber ofrecido un testimonio sobre el cruce de fronteras del acusado, en lugar de los datos del GPS, era análogo a producir un testimonio que describiera gráficamente el contenido de la grabación de una cámara de seguridad, pudiendo aportar la grabación misma. Concluyó que, como la acusación no aportó el GPS ni la representación de los datos en él contenidos, sino que descansó en un testigo que no presencié el cruce de fronteras, operaba la regla de la mejor evidencia que eran los datos electrónicos generados por el GPS, originales o en copia, del recorrido de la nave.

En el medio colombiano sucede algo similar. La impresión de un mensaje de datos, de acuerdo con el artículo 247 del Código General del Proceso, es prueba documental; sin embargo, su impresión para probar los elementos del delito, iría en contravía con los requisitos de la Ley 527 de 1999¹³¹, para que un mensaje de datos pueda ser valorado como prueba. Entonces, al ser la impresión una copia, y valga precisar, una copia incompleta del documento electrónico, es posible solicitar su cotejo con el original, lo que aplica para el proceso penal, a través de la regla de mejor evidencia -artículos 433 y 434 del CPP-.

En este orden de ideas, la cuestión es cambiar el paradigma de las investigaciones penales tradicionales y actualizar el derecho a las nuevas dinámicas: esta tarea no debe ser reduccionista, al punto de intentar subsumir todo en los conceptos inherentes a las nuevas dinámicas, ni tampoco abolicionista, al extremo de pretender una revolución digital normativa y la creación de una jurisdicción ciberespacial¹³².

¹³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 527 (18 de agosto de 1999) Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999.

¹³² Propuestas en ese sentido ya se han visto. El juez noruego Stein Schjolberg redactó una propuesta de tratado de las Naciones Unidas sobre la creación de una corte penal internacional para el ciberespacio. FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Ciberespacio: soberanía, geo bloqueo, jurisdicción universal y cibercriminalidad. En: ALARCÓN ARIAS, Pamela, *et al* (coord.) *Ciberespacio, ciberseguridad y ciber justicia en la era digital: el futuro de la abogacía*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2019. p. 35.

En ese contexto, las investigaciones que involucran evidencia digital pueden fácilmente reñir con la intimidad¹³³ de las personas desde tres frentes: la información que administran terceras personas, la vigilancia prospectiva y los registros en los dispositivos de los indiciados¹³⁴.

B. Métodos de producción de evidencia electrónica

1. Información administrada por terceras personas.

Tal como se vio en el ejemplo, son los sistemas de información de propiedad del banco, de la universidad privada y de la biblioteca pública en los que reposa la evidencia del crimen y sus administradores los encargados de colaborar con la investigación y proporcionarla. De otro lado, debe tenerse en cuenta que hoy en día las compañías de tecnología almacenan grandes cantidades de datos de sus usuarios¹³⁵, de toda índole, que incluso ha cambiado el panorama de las indagaciones: los investigadores son ahora consumidores de la información de vigilancia que producen las empresas

¹³³ El derecho a la intimidad y sus garantías aplicables al proceso penal, que fueron ampliamente desarrolladas en las secciones anteriores, tiene su símil normativo en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Esta consagra el derecho de las personas a estar seguras en sus personas, domicilios, documentos y efectos, en contra de registros o incautaciones irrazonables, y la prohibición de emitir una orden de registro sin que exista causa probable, soportada en un juramento o declaración solemne y en la que se detallan los lugares a ser registrados y las personas o cosas que serán objeto de incautación. Traducción propia. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CONVENCION CONSTITUCIONAL DE FILADELFIA (PENSILVANIA). The Constitution of the United States of America. Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹³⁴ KERR, Digital evidence and the new criminal procedure. *Op. Cit.*

¹³⁵ Un reciente estudio demostró que la información compartida por los usuarios de Twitter permite el perfilamiento de individuos que no son usuarios de esa plataforma. Con la información que comparten los usuarios que tienen instalada la aplicación en sus dispositivos móviles y que autorizan a compartir sus listas de contactos, es posible construir *perfiles en la sombra de no-usuarios*: su ubicación geográfica aproximada y su información biográfica. Entonces, sin necesidad de dar su consentimiento, los sistemas de información pueden estar almacenando información de terceras personas. Las implicaciones son claras: los individuos no tienen control total sobre su privacidad y la decisión de compartir información con plataformas, inmediatamente se vuelve una decisión de terceros. GARCÍA, David, *et al.* Collective aspects of privacy in the Twitter social network. (en línea) En: EPJ Data Science, 2018, vol. 7:1. (Consultado el 27 de octubre de 2020) p. 3. Disponible en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2199/10.1140/epjds/s13688-018-0130-3>

privadas. La evidencia que antes era muy costosa de producir para construir la causa probable, ahora está a una orden de ser puesta a su disposición, en cumplimiento al deber de colaboración de los particulares con las investigaciones penales.

Sin embargo, hay que recordar que esos sistemas no almacenan solo evidencia, su función no es apoyar las investigaciones penales, sino que guardan información relacionada con el curso normal de los negocios: datos de sus usuarios de índole financiera, médica, personal, privada, confidencial, entre otras. Dar pleno acceso al Estado a esta información entremezclada puede representar una injerencia arbitraria en la intimidad de las personas. Vale la pena recordar un caso que causó polémica en los Estados Unidos de América¹³⁶. El gobierno federal condujo una investigación sobre el uso de esteroides por parte de jugadores profesionales de la Liga Mayor de Béisbol; obtuvo una orden judicial para buscar, en los registros del servidor privado de la compañía Bay Area Labs Cooperative, por evidencia electrónica de los sospechosos; no obstante, esa acción condujo a los investigadores a más de 100 deportistas adicionales que se encontraban incurriendo en la misma conducta, los que fueron incluidos en la investigación¹³⁷. La corte federal advirtió que, si bien la investigación del gobierno federal apuntaba hacia una finalidad, el caso tenía mayores implicaciones, pues involucraba las garantías mínimas de las personas y su respeto por las cortes al proferir órdenes de registro para buscar información electrónica almacenada por terceros.

Este caso es muestra de la necesidad de contar con reglas claras que ponderen las necesidades de intimidad de las personas y los intereses legítimos de justicia, en la búsqueda de evidencia electrónica que esté en poder de terceros administradores. En Colombia podría pensarse que esta discusión ya está zanjada, por las reglas de las búsquedas selectivas en bases de datos: en todo caso debe mediar una orden judicial previa cuando

¹³⁶ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. NINTH CIRCUIT. US vs. Comprehensive Drug Testing, Inc. (CDT. II) 579 F. 3d 959 (9th Cir 2009); ROBINTON, Lily R. Counting chaos: conflicting guidance from courts highlights the need for clear rules to govern the search and seizure of digital evidence. (en línea) En: Yale Journal of Law and Technology, 2010, vol. 12:1, art. 8. (Consultado el 27 de octubre de 2020) p. 313 y ss. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=yjolt>

¹³⁷ El caso es ampliamente conocido, pues incluyó a celebridades del deporte, como Barry Bonds, Alex Rodríguez, Sammy Sosa y Manny Ramírez, entre otros.

se trata de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello¹³⁸. Sin perjuicio de ello, aquellas pueden resultar relevantes cuando sean los investigadores de la fiscalía los encargados de realizar el registro, el que se tornaría en la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, como ocurrió en el caso estadounidense.

2. Vigilancia prospectiva

En el caso planteado, esta corresponde a la instalación de un sistema de monitoreo en las redes de la universidad privada y la biblioteca pública, para identificar la dirección IP del sospechoso, en el evento que vuelva a valerse de esas redes para algún fin. Si se hace un recorrido por el capítulo primero del título séptimo bis del Código Penal colombiano, se advierte que son típicas las conductas de obstaculizar el funcionamiento o el acceso normal a un sistema informático, a los datos informáticos allí contenidos, o una red de telecomunicaciones; interceptar datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte; destruir, dañar, deteriorar, alterar o suprimir datos informáticos o un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, y producir, traficar, adquirir, distribuir, vender, enviar, introducir o extraer del territorio nacional software malicioso u otros programas de computación de efectos dañinos. Todas estas conductas tienen un común denominador: *sin estar facultado para ello y, en relación con la segunda, sin orden judicial previa.*

Estos ingredientes normativos conducen a inferir que sí se podría desplegar esas conductas de manera legítima, varias de las cuales tienen completo sentido en el curso normal de los negocios de empresas privadas o instituciones, piénsese en un banco que obstaculiza el acceso de sus trabajadores al sistema por fuera del horario laboral. Sin embargo, las acciones que conducen a realizar vigilancias prospectivas -como interceptar

¹³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. *Op. Cit.*

datos informáticos o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte, o producir o adquirir un software malicioso u otros programas de computación de efectos dañinos, sin una orden judicial o sin estar facultado para ello- generan algunos cuestionamientos.

En primer lugar, tal como se vio en capítulos anteriores, para interceptar una comunicación privada en Colombia, no se requiere una orden judicial previa; entonces, habría que inferir que el legislador penal respetó el régimen excepcional que trajo el Acto Legislativo 03 de 2002 y las garantías del derecho a la intimidad y estableció la regla general de la orden judicial previa para todas las interceptaciones, ya no de comunicaciones, sino que involucren datos y sistemas informáticos. En segundo lugar, inquieta pensar en qué caso estaría un particular o una institución facultada a producir un software malicioso; no obstante, esta situación se aclara o resulta razonable para una investigación que requiera un acto de vigilancia prospectiva, como el propuesto en el ejemplo.

Entonces, estas acciones llevadas a cabo en una investigación penal pueden constituir el acto de investigación que Orin S. Kerr denomina vigilancia prospectiva, el que plantea varias situaciones problemáticas en punto a la intimidad de las personas. La garantía contra las injerencias arbitrarias en este derecho, tradicionalmente remite al ingreso a lugares físicos con expectativa de intimidad: tiene que ver con el límite entre lo público y lo privado, para la búsqueda de evidencia. Ese límite puede resultar problemático cuando se trata del acceso al tráfico de internet y qué expectativa de intimidad tienen sus usuarios en sus comunicaciones, en sus recorridos o, incluso, en sus cables.

Esta preocupación no es para nada novedosa. En 1980¹³⁹ la Corte Suprema de Estados Unidos de América afirmó que, en términos que aplican igualmente para registros en lugares y registros sobre personas, la Cuarta Enmienda ha trazado una línea firme en la entrada a una vivienda: ese umbral no se puede cruzar sin una orden judicial. En 2001¹⁴⁰, en una

¹³⁹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Payton vs. New York*. 445 US 573, 590 (1980). CORBETT. *Op. cit.*, p. 1264.

¹⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. NINTH CIRCUIT. *Kyllo vs. US*. 533 US 527, 40 (2001); CORBETT. *Op. cit.*, p. 1266.

decisión sobre la aplicación de una cámara térmica hacia una vivienda para recopilar información sobre la presencia de un cultivo ilícito, la corte recordó la línea firme de la Cuarta Enmienda y precisó que “*esa línea, creemos, debe ser, no solo firme, sino también brillante, que sea clara y específica sobre los métodos de investigación que requieren una orden judicial. La corte ha dejado claro que lo que sucede en el hogar es privado y está fuertemente protegido por la Cuarta Enmienda ¿existen otras áreas en los que la expectativa de intimidad esté a la altura y que la corte deba trazar una línea similar?*”¹⁴¹.

Ahora bien, el ciberespacio¹⁴² o el entorno digital tiene un elemento físico: hardware -el computador, el smartphone, la tableta o incluso la nube, que en principio parece intangible, pero en realidad en un gran servidor descentralizado-; un elemento virtual: software o sistema operativo, el que le da instrucciones al hardware sobre cómo funcionar; un elemento de tránsito -el espectro electromagnético y la red de cableado-, y un elemento social -la interacción personal-. Los dos primeros se articulan para procesar datos e información.

El funcionamiento del ciberespacio, a través de internet¹⁴³, involucra el espectro electromagnético, muchos cables¹⁴⁴, conexiones y a compañías

¹⁴¹ Traducción propia. *Ibidem*.

¹⁴² Juan Carlos Forero Ramírez caracterizó el ciberespacio como transnacional, neutral, descentralizado, universal, multicultural, dinámico, intangible y anónimo e hizo un recorrido por el uso de la expresión y precisó los orígenes del término. En 1968 unos artistas daneses utilizaron la palabra *ciberespacio* para referirse a una expresión artística que exploraba la conexión entre el arte, las experiencias sensoriales y la incipiente tecnología, y en 1984 William Gibson fue el primero en utilizarla para describir un lugar el interior de las computadoras y sus interconexiones. Franklin D. Kramer citó a Daniel Kuehl y definió el ciberespacio como un dominio operacional enmarcado por el uso de electrónicos y del espectro electromagnético para crear, almacenar, modificar, intercambiar y explotar información, a través de sistemas interconectados y con infraestructuras asociadas. Fernando Miró Linares señaló que, metáforas como *autopista de la información* y *ciberespacio*, ayudaron a visualizar lo que “...*en última instancia no son más que circuitos de señales electrónicas que contienen información codificada... (que) se trata de comunicación que no tiene una naturaleza física primaria, sino esencialmente relacional.*” Finalmente, Georgios Zekos clasificó el ciberespacio en cuatro capas: la capa física, compuesta del *hardware*, que es ubicable físicamente; el código o *software*; el contenido, que incluye la información creada, captada, almacenada y procesada dentro del ciberespacio, y la capa social, integrada por personas, gobiernos, el sector civil, entre otros, que lo utilizan. FORERO RAMÍREZ, *Op. Cit.*, p. 24-25.

¹⁴³ SÁENZ RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*

¹⁴⁴ En ese contexto, el cable UTP que conecta el computador a la red de internet; el cable de fibra óptica que hace la conexión con el proveedor de ese servicio; el otro cable de fibra

con diversos intereses económicos. El ingreso a esta cadena no representa el cruce entre lo público y lo privado; para encontrar esa brecha, es necesario establecer en qué situaciones los usuarios de internet pueden tener una expectativa razonable de intimidad.

En términos de María del Pilar Sánchez Rodríguez¹⁴⁵, Internet surgió en *buenos términos*; la información navegaba entre esos cables y conexiones, en paquetes transparentes y visibles -con los datos del emisor, receptor y del contenido visibles-; no obstante, a medida que se fue sofisticando y que se fueron identificando las zonas vulnerables en la cadena, se implementaron protocolos de navegación segura y anónima: los datos dejaron de transitar de forma visible y se fueron creando herramientas para cifrar los contenidos, de extremo a extremo, es decir, para hacer ilegible la información frente a terceros¹⁴⁶.

En esta corriente, por lo general, los sistemas informáticos realizan validación de los datos de los usuarios que se comunican con él, por medio de tres pasos: validación, verificación y permisos de acceso. La validación le permite al software identificar al usuario, a través de un nombre o un número; la verificación conlleva una contraseña asignada al usuario y puede valerse de métodos de doble validación o autenticación, por ejemplo, a más de la clave, le solicita confirmar los cuatro dígitos enviados al correo electrónico registrado o al número de teléfono inscrito, o identificar una imagen o datos; finalmente los permisos de acceso le permiten al software identificar qué acciones puede realizar el usuario en el sistema.

De esta manera, si bien lo ideal sería que los usuarios del ciberespacio pudieran utilizarlo libremente en sus comunicaciones, en sus negocios y en sus interacciones de cualquier índole, es preciso advertir que internet es un lugar vulnerable y con riesgos. Existen buenas prácticas que sus usuarios deben implementar al navegar y las compañías privadas invierten muchos

óptica que conecta la central de servicios con el servidor en el que se almacenan los datos de sus usuarios; el cable submarino que hace la conexión del usuario con el dominio, por ejemplo, de su correo electrónico: Yahoo, Google, Microsoft u otro, los que no tienen un solo servidor, sino varios, entre otros. *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ En ese sentido, por ejemplo, WhatsApp utiliza un método seguro de información cifrada de extremo a extremo: cuando el mensaje sale del dispositivo del emisor y aún no ha sido recibido ni abierto por el receptor, Facebook tiene en su poder un paquete cerrado con información cifrada que es inaccesible por terceros, incluida la misma compañía.

recursos en hacerlo cada vez más seguro para sus usuarios, en contra de los cibercriminales y, consecuentemente, de cualquier tercero, incluido el Estado. Así, una persona que no utiliza un sistema operativo con factores de validación o verificación, que navega sin un antivirus instalado, que hace su conexión a través de una red pública y que, además, conduce su red social de tal manera que es accesible a cualquier usuario, en principio, da la impresión que su expectativa de intimidad podría ser bastante inferior a la de una persona que invierte en un software seguro, que tiene buenas prácticas de navegación en internet y que conduce una vida social digital de una manera más limitada.

Entonces, hasta este momento no hay una línea firme entre lo público y lo privado en el tráfico de internet, pero sí hay claridad en que existen insumos y elementos del ciberespacio que permiten establecer la expectativa de intimidad de una persona en cada caso y aproximarse razonablemente a aquellos eventos en los que un acto de investigación que implica una injerencia en ella, como la vigilancia prospectiva, tiene mayores o menores implicaciones para una persona, lo que permitirá determinar en el momento dado el elemento subjetivo del método del ajuste del equilibrio¹⁴⁷ que se verá más adelante.

3. Registros en dispositivos personales

Tal como se advirtió en la primera parte de este texto, al reflexionar sobre los alarmantes alcances trazados por la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2007, la índole de la autorización de la injerencia sobre el domicilio de una persona y los sensibles espacios de intimidad que allí radican, no es un pase libre para ponerse un *velo de ignorancia* y arrasar con los demás ámbitos de intimidad: el registro y allanamiento no es una diligencia para el registro sobre la evidencia que, como la evidencia electrónica, puede implicar injerencias adicionales; este último debe estar igualmente motivado, fundamentado y respaldado en una orden judicial.

¹⁴⁷ Cfr. KERR, Digital evidence and the new criminal procedure. *Op. Cit.*, 279 p.

El autor Óscar Julián Guerrero Peralta hace una reflexión distinta, pero que apunta hacia un cuestionamiento similar¹⁴⁸: él afirma que la diligencia de registro y allanamiento se ha estudiado como una actuación de investigación penal conjunta; sin embargo, desde el punto de vista procesal, son dos actos diferentes, dado que no toda entrada en un recinto privado inevitablemente conlleva un registro, aunque a todo registro domiciliario si lo anteceda una entrada. Expone que el allanamiento implica el ingreso al domicilio y, por tanto, su protección constitucional radica en los derechos a la libertad personal y a la privacidad; en cambio, el registro es un acto de investigación que permite asegurar las fuentes de prueba y el inicio de la cadena de custodia, por lo que su protección se remonta al derecho a la intimidad y al debido proceso.

En esa línea, en el contexto norteamericano la distinción es clara, lo que en el medio colombiano se conoce como una diligencia de registro y allanamiento, en aquel se trata como una diligencia de *registro e incautación*¹⁴⁹, la que, si bien se trata como un binomio, involucra dos actuaciones con implicaciones constitucionales y alcances claramente diferenciables. Por su relevancia, estos dos institutos han sido replanteados y reevaluados en relación con la evidencia electrónica.

De entrada, se ha reparado en dos aspectos. El primero, que los registros e incautaciones sobre dispositivos electrónicos invierten la regla general¹⁵⁰: ya no se trata de registrar y luego incautar, sino que primero se debe incautar o *realizar una copia*, y luego sí hay lugar al registro.

El segundo, en la recolección de evidencia física las reglas son claras, si la policía invade un espacio privado, viola la expectativa razonable de intimidad y ese acto constituye un registro; en igual sentido, si la policía observa evidencia física y la recolecta, interfiere significativamente con el interés posesorio de una persona en la propiedad y ese acto constituye una incautación. Ahora bien, ¿qué sucede con estas reglas cuando lo que se hace es una copia exacta de todos los archivos de un dispositivo personal, luego esa copia se traslada a un laboratorio fuera del alcance de la defensa, a la

¹⁴⁸ GUERRERO PERALTA. *Op. Cit.*, p. 358 y ss.

¹⁴⁹ Traducción de “search and seizure”.

¹⁵⁰ KERR, Orin S. Fourth Amendment seizures of computer data. (en línea) En: The Yale Law Journal, 2010, vol. 119. (Consultado el 20 de octubre de 2020) 700-723 p. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5194&context=yjlj>

que los investigadores pueden acceder por días, meses o años? El problema radica en la definición tradicional de incautación, la que está atada a una noción física de privar a otro de su propiedad: este concepto sirve para buscar evidencia física, pero falla para la evidencia electrónica, pues en esta los investigadores no necesitan interferir con la propiedad de alguien, solo requieren hacer una copia perfecta de la propiedad del sospechoso¹⁵¹.

La jurisprudencia norteamericana ha apuntado en dos direcciones. De un lado, ha dicho que el acto de copiar información electrónica no es un acto de incautación. En *Arizona vs Hicks*¹⁵² un policía ingresó a la vivienda del sospechoso, observó un costoso equipo de sonido, intuyó que era hurtado y escribió el número serial de la unidad, en aras de verificarlo con posterioridad. La Corte Suprema afirmó que copiar ese dato no constituía una incautación, porque no había interferido significativamente con el interés posesorio de la persona sobre el equipo. En *Bills vs Aseltine*¹⁵³, durante la ejecución de un registro en una investigación sobre un hurto a un equipo mecánico, la policía fotografió elementos que excedían el objeto de la orden de registro: armas, una planta de marihuana y otros elementos hurtados. El juzgado retomó el precedente *Hicks* y rechazó la demanda por exceso en los actos de la policía, porque fotografiar un objeto perceptible a plena vista no era una incautación, dado que no interfería significativamente con el interés posesorio de una persona.

En *US vs Gorshkov*, los agentes del FBI, sin una orden judicial y, desde un servidor remoto, accedieron al correo electrónico del sospechoso y bajaron los archivos adjuntos. El juzgado afirmó que bajar una copia de archivos no implicaba su incautación, porque sus contenidos quedaban disponibles para el sospechoso y sus copartícipes, por lo que la copia no tenía ningún impacto en el derecho posesorio de aquel. Sobre esta base, muchas cortes han validado este precedente para concluir que copiar archivos digitales no implica su incautación.

¹⁵¹ KERR, Digital evidence and the new criminal procedure. *Op. Cit.*, p. 299-300.

¹⁵² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Arizona vs Hicks* 480 US 321 (1987); KERR, Searches and seizures un a digital world. *Op. Cit.*, p. 537; KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 706.

¹⁵³ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. SIXTH CIRCUIT. *Bills vs Aseltine*, 958 F. 2d 697 (6th Cir. 1992); KERR, Searches and seizures un a digital world. *Op. Cit.*, p. 537; KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 706.

De otro lado, se ha establecido que hacer una copia exacta de la información digital contenida en un dispositivo o una *copia espejo*, si interfiere significativamente con la propiedad de una persona y, por tanto, debe preceder una orden judicial a su incautación.

En *US vs Jefferson*¹⁵⁴, durante el registro al hogar de un congresista, en el marco de una investigación por fraude y soborno, la policía incautó documentos físicos y fotografió en alta resolución otros. Esas fotos fueron cuestionadas por la defensa. La corte del distrito afirmó que fotografiar documentos sí implicaba su incautación, dado que “(e)l interés de la Cuarta Enmienda en la privacidad se extiende no solo al papel en el cual la información está impresa o al disco en el cual está grabada, sino también a la información del papel o del disco”¹⁵⁵.

En *Berger vs Nueva York*¹⁵⁶, la policía interceptó una llamada de un teléfono público y la corte reiteró el precedente *Katz* y concluyó que grabar una llamada de vigilancia es incautar información. La Regla 41 del Código de Procedimiento Penal Federal también sugiere que copiar información implica su incautación y, finalmente, en *US vs New York Telephone Co.*¹⁵⁷, también se concluyó que instalar un dispositivo que copia los números marcados en un teléfono, es incautar la información que produjo el registro.

Sobre esta postura, *Kerr*¹⁵⁸ reflexionó, se cuestionó si hacer una copia espejo interfería significativamente con la propiedad y concluyó que era necesario extender el significado de una incautación al mundo digital. Con

¹⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, E.D. VIRGINIA, ALEXANDRIA DIVISION. *US vs Jefferson* 571 F. Supp 2.d. 696 (ED. Va 2008); KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 707.

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, E.D. VIRGINIA, ALEXANDRIA DIVISION. *US vs Jefferson*. *Op. Cit.*; KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 707.

¹⁵⁶ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Berger vs New York*, 388, US, 41 (1967); KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 708.

¹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *US vs New York Telephone Co.* 434 US 159 C (1977). KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 706.

¹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Berger vs New York*. *Op. Cit.*; KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 708.

¹⁵⁸ KERR, *Searches and seizures un a digital world*. *Op. Cit.*, p. 532.

posterioridad, ese autor¹⁵⁹ hizo una propuesta interesante. Se casó con la segunda interpretación de las cortes y precisó que, aun cuando se trata de tres decisiones que no son explícitas, de ellas sí se puede inferir que copiar información es incautar, por dos razones.

La primera, porque la esencia de las protecciones de la Cuarta Enmienda a las diligencias de registro e incautación tiene que ver con dos poderes¹⁶⁰. Por una parte, el poder de descubrir y exponer algo para reconocer si es penalmente relevante o, lo que es lo mismo, registrar lo que está oculto y sacarlo a la luz es un acto que viola la expectativa razonable de intimidad de una persona y por ello requiere una orden judicial previa. Y, por otra, el poder de *congelar* esa evidencia: retener y asegurar la escena del crimen y mantener su custodia, preservando ese estado de cosas, para luego poderlo aducir a un juicio. Entonces, cuando se hace una copia espejo, se obtiene su posesión y se puede preservar hacia futuro, así se asegura el control sobre la cosa que se sospecha que tiene valor de evidencia; en consecuencia, incautar información electrónica también requiere una orden judicial.

La segunda: la forma de superar el obstáculo del interés posesorio de una persona sobre la incautación de información digital es representarse que los dispositivos electrónicos trabajan haciendo copias de datos. Acceder a un archivo desde un dispositivo, implica pedirle al servidor que genere una copia y la envíe al procesador. Lo importante no es si la información fue copiada o no, sino si fue transferida o manipulada de forma alterna a su normal funcionamiento¹⁶¹.

Finalmente, en relación con el precedente judicial que afirma que copiar no es incautar, Kerr analiza que la simple toma de información de un número serial y la fotografía de un lugar, son actos dirigidos a preservar la observación y prevenir olvidos de los investigadores, que son fuente de prueba en la causa criminal. Tal como si registraran lo que percibieron en un informe de policía, en aras de refrescar su memoria a futuro. En contraste, una copia electrónica adiciona información: se copia lo que los

¹⁵⁹ KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*

¹⁶⁰ “*el poder de registrar es el poder de exponer, el poder de incautar ese el poder de congelar*” Traducción propia. KERR, Fourth Amendment seizures of computer data. *Op. Cit.*, p. 709 y ss.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 709-713.

investigadores no han observado aún. Claro, afirma, existirán casos difíciles en los que esta distinción no será tan sencilla, pero esa será una tarea de los jueces¹⁶².

Esta discusión también se ha suscitado en el contexto europeo¹⁶³. Las inquietudes en materia de garantías judiciales -que se investigue sin desviaciones lo que es objeto del registro, que no sean copiados ni examinados documentos inocuos o con privilegio de reserva, etc.-, que surgen sobre la generación de copias espejo de la información digital de las personas, naturales y jurídicas, han sido objeto de pronunciamientos judiciales.

En el caso Nexans¹⁶⁴, la Comisión Europea inspectora le solicitó autorización al Tribunal General de la Unión Europea para examinar documentos y computadores de ciertos individuos. Aquella tomó copias espejo de la información digital; a través de un software de búsqueda indexada captó la información relevante, la copió, y la llevó al laboratorio en Bruselas. Luego de la inspección, las copias espejo fueron borradas. La empresa Nexans controvertió la decisión y pidió la exclusión de las copias de algunos archivos del computador y de los discos duros, debido a la ambigüedad de la orden, y puso en tela de juicio la acción de haber hecho una copia general de todos los archivos.

El tribunal general analizó el caso con base en el artículo 8° del Convenio Europeo de Derecho Humanos y el derecho a la defensa durante las investigaciones preliminares. Concluyó que sí era una obligación de la comisión investigadora especificar el objeto de la orden y el propósito de la investigación: sintetizarlos a tal punto que la defensa pueda conocer los límites de la investigación y su posibilidad de cooperar. En este caso, la orden hacía referencia a *todos los cables*, por lo que la corte la anuló por imprecisa; por otro lado, en relación con el acto de realizar copias espejo,

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Cfr. TEMPLE LANG, John. Legal problems of digital evidence. (en línea). En: Journal of Antitrust Enforcement, 2014, vol. 2:1. (consultado el 29 de octubre de 2020) p. 44-68. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnt007>

¹⁶⁴ En el marco de la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Nexans France (2012). ECR II. Caso T-135/09, juicio 14 de noviembre de 2012; TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 47-48.

especificó que lo que era objeto de control es el resultado y no el acto mismo de investigación.

En el caso *Robathin*¹⁶⁵, la Corte Europea de Derechos Humanos abordó el tema de la copia de todos los archivos del computador personal de un abogado, en el que no se hizo ningún esfuerzo por limitar el alcance de la inspección a los hechos investigados. La corte dijo que el derecho y la práctica deben garantizar la efectiva protección contra la arbitrariedad y el abuso; que la inspección había ido más allá del objeto de la investigación, por lo que había sido desproporcionada, innecesaria y contraria a la convención, y que, necesariamente, el alcance de la orden de registro debía estar limitado razonablemente. Propuso que para un registro como el llevado a cabo sobre los archivos de un abogado, un tercero imparcial pudo haber salvaguardado el secreto profesional.

En el caso *Roquette Freres*¹⁶⁶, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también insistió en la necesidad que las instituciones nacionales cuenten con protecciones contra intervenciones arbitrarias de las autoridades en la esfera privada de las actividades de una persona, sea natural o jurídica. Y reiteró que especificar el propósito de una inspección es un requisito fundamental diseñado, no solo para mostrar que el objeto del acceso está justificado, sino para que les permita a los sujetos objeto de la inspección, evaluar el alcance de su deber de cooperar y ejercer el derecho de defensa.

En el caso sobre evasión fiscal de *Bernh Larsen Holding vs Noruega*¹⁶⁷, los investigadores solicitaron una orden para llevarse un servidor contentivo de información de tres empresas, hacer una copia e inspeccionar los datos en el laboratorio. La defensa cuestionó la orden y el procedimiento, porque la copia incluía documentos de toda índole, sin importar su relevancia fiscal, y porque tenía derecho a estar presente cuando la información copiada y sellada fuera abierta en el laboratorio, a que se les entregara una copia de

¹⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Robathin vs Austria*. Caso 30457/06, juicio del 3 de julio de 2012; TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 49.

¹⁶⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Roquette Freres*. Caso C-94/00 (2002) ECR I-9011; TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 49.

¹⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Bernh Larsen Holding AS and Others vs Norway*. Caso 24117/08 (sección I), juicio 14 de marzo de 2013; TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 50.

la copia que se habían llevado y a que la copia fuera destruida o borrada en el menor tiempo posible, luego del registro.

La corte, por mayoría, declaró que la inspección era legal y la orden suficientemente clara y previsible, y concluyó que las autoridades fiscales llevaron a cabo un balance justo entre los derechos de la compañía y el interés público de investigación de evasión fiscal, puesto que el motivo para realizar la copia y analizarla en el laboratorio, se debía a que se trataba de un servidor con información condensada de tres empresas. Dos jueces no estuvieron de acuerdo, consideraron que la ley noruega no especificaba en qué condiciones las autoridades podían hacer una copia completa para ser inspeccionada en un laboratorio, por lo que una interpretación acorde con el artículo 8° del Convenio, solo les permitía registrar, pero no copiar: una inspección en el sitio podía alcanzar los mismos objetivos de manera eficiente y garantista. Concluyeron que la conveniencia de la investigación no justificaba la desventaja para la empresa investigada.

En relación con este último pronunciamiento, el autor John Temple Lang consideró razonable la postura de la sala mayoritaria: un sujeto no puede aprovecharse de la tecnología y de técnicas de difícil acceso, como entremezclar la información de tres empresas, para poner trabas a las investigaciones. En ese sentido, si la información de la empresa no hubiese estado en un servidor compartido, la injerencia hubiera violado el artículo 8° del Convenio.

Ante este panorama, es claro que el acto de incautar e inspeccionar un dispositivo electrónico en búsqueda de evidencia electrónica, no es un tema pacífico, pues sus diferencias con los medios de investigación físicos y su particular injerencia en la intimidad de las personas, hacen que requiera un estudio especializado. Tal como se vio, algunas cortes y autores han emprendido esa tarea; sin embargo, si bien hay consenso en que se trata de un medio de investigación que interfiere directamente con el derecho fundamental a la intimidad y las garantías para su protección -la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones privadas, y el régimen de reserva de la intimidad-, no lo hay en torno al método de copiado y a los límites de la inspección.

Sobre esta base, es preciso analizar el caso colombiano. El artículo 236 del CPP¹⁶⁸, referido en las secciones precedentes, permite advertir que, a diferencia de la situación norteamericana, Colombia no maneja un concepto amplio de registro o búsqueda, sino que, por virtud de la garantía de la reserva legal de la intimidad, especifica qué actos de investigación que tienen injerencia sobre derechos fundamentales, la fiscalía tiene autorización para desplegar. De esta manera, como se estudió en la primera parte, no se trata de darle mayores alcances al acto de registro y allanamiento, sino de remitirse a este medio de investigación especializado que trae varios elementos importantes.

Tal como se concluyó, la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones se rige por la regla general de la reserva judicial: la fiscalía debe solicitar autorización previa ante el juez de control de garantías para llevar a cabo una inspección en búsqueda de evidencia digital. Ahora bien, el legislador abarcó la discusión de la inversión del método de registro e incautación, por incautación y registro, pues identificó claramente que, en primer lugar, se deben retener, aprehender o recuperar la información, equipos terminales, dispositivos, servidores o cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital; y, en segundo lugar, los expertos en informática forense deben llevar a cabo la inspección sobre estos, en aras de descubrir, recoger, analizar y custodiar la información recuperada. Además, previó la

¹⁶⁸ “Artículo 236. Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones. *Modificado por la Ley 1453 de 2011* Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones, ordenará a policía judicial la retención, aprehensión o recuperación de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que pueda haber utilizado cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense, descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen; lo anterior con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.//En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.//La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados, de ser el caso.//Parágrafo. *Adicionado por la Ley 1908 de 2018* Cuando se trate de investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, la Policía Judicial dispondrá de un término de seis meses en etapa de indagación y tres meses en etapa de investigación, para que expertos en informática forense identifiquen, sustraigan, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.”

necesidad de que la incautación se limite exclusivamente al tiempo requerido para la captura de la información en él contenida y, de ser el caso, la devolución inmediata del equipo incautados. Es decir, contempló la necesidad de copiar toda la información digital de un dispositivo y de devolver su contenedor lo antes posible.

Pese a la virtud de haberse adelantado a una parte de la discusión y a que la incautación prevista involucre tanto al elemento físico -hardware-, como al elemento virtual -la información-, el énfasis de la protección de la propiedad, tal como en otros contextos, se limitó al primero. La urgencia con la que el legislador previó la captura y, por tanto, copia del elemento virtual, y devolución exclusiva del elemento físico, permite concluir que el régimen adolece de las siguientes problemáticas: a. La norma prevé la posibilidad de capturar y copiar *toda* la información digital contenida en un equipo, sin ninguna restricción; b. Da por hecho que la inspección debe realizarse en otro lugar y sobre una copia; c. No limita temporalmente el análisis forense de la información digital copiada ni un método para marginar de la inspección la información inocua o protegida; d. No contempla la devolución o destrucción de la copia y reconoce el interés sobre la propiedad física, y e. Deja de lado el interés sobre la propiedad digital.

En este punto, es preciso recurrir al razonamiento de Kerr en relación con la necesidad de proteger en un mismo nivel la propiedad física y la digital: el poder de incautar es el poder de congelar la evidencia con la que se pretende probar la existencia de un delito y la responsabilidad penal de una persona; realizar una copia espejo involucra un proceso técnico de copiado que altera el funcionamiento normal de un sistema informático, que constituye una incautación¹⁶⁹. En ese orden, capturar y copiar *toda* la información de un dispositivo de una persona y de forma indefinida¹⁷⁰, necesariamente involucra una incautación física y digital y el interés

¹⁶⁹ El hardware son platinas de metales magnetizados, como discos, que contienen millones de pequeños puntos magnetizados en círculos concéntricos. Cada que se da un comando, que requiere acceso a la información almacenada o crear algo, las platinas giran y los puntos magnéticos se dirigen a la porción de hardware en la que la información está almacenada. Ese movimiento general corrientes eléctricas. Traducción propia. KERR, *Searches and seizures in a digital world. Op. Cit.*, p. 539.

¹⁷⁰ Aunque no sería de forma indefinida, pues el artículo 88 del CPP consagra que un límite temporal general: antes de la formulación de la acusación y sin exceder de seis meses, los bienes incautados deben ser devueltos a su propietario y se debe solicitar al juez de control de garantías levantar la medida cautelar.

posesorio, no solo en el contenedor, sino también en el contenido. En consecuencia, la norma adolece de un vacío en relación con la devolución o destrucción de la copia generada, en lo que no puede ser objeto de incautación con fines de comiso, pues no *toda* la información tendrá valor de evidencia y parte de ella estará protegida por el derecho a la intimidad y, en algunos casos, por una protección más intensa.

Si bien, inclusive, existe el límite temporal, de seis meses o antes de la formulación de la acusación, que contempla el artículo 88 del CPP para cualquier clase de incautación, resulta desproporcionado en relación con la inmediatez con la que la norma especializada trató la aprehensión de la propiedad física, lo que vulnera el principio de igualdad, si se tiene en cuenta que existirán situaciones en las que el interés por la información digital prevalecerá sobre el interés sobre un dispositivo físico. En conclusión, en este nivel de análisis y ante la necesidad de llenar este vacío en la búsqueda de evidencia digital, en el control judicial previo, debe ser el juez de control de garantías el que fije o autorice ese límite temporal para la devolución o destrucción de la copia incautada.

No obstante, esa decisión involucra la técnica forense de descubrimiento, recolección, análisis y custodia de la evidencia y de descarte de la demás información -sensible, privilegiada, inocua, de terceros-, las demás problemáticas anunciadas y otras adicionales -falta de recursos y experticia, posesión de información por terceras personas, normas desactualizadas y descontextualizadas-. En este orden, este es el punto de llegada para desarrollar la propuesta de racionalización.

C. ¿Una discusión novedosa?

El registro sobre dispositivos electrónicos y sus límites no ha sido un tema pacífico en contextos distintos al colombiano. En los Estados Unidos de América, su estudio ha ameritado la revisión de décadas de jurisprudencia sobre los límites de la Cuarta Enmienda, su actualización y replanteamiento ante las necesidades de la era digital y el desarrollo de propuestas interesantes para su implementación, en particular se resaltará el método del ajuste del equilibrio propuesto por Kerr. En Corea del Sur, un

grupo de investigadores elaboró un método bastante eficiente para llevar a cabo registros razonables en dispositivos electrónicos, el que también será retomado. En esta sección se pretende exhibir este recorrido y presentar una propuesta aplicable al modelo colombiano, para suplir el déficit de protección del derecho a la intimidad en el proceso penal.

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América surgió como una respuesta a los registros arbitrarios que llevaba a cabo la corona inglesa en los hogares y la propiedad de las personas: los constituyentes querían quitarle ese poder al Estado y prohibir los registros e incautaciones generales. Durante 200 años, las cortes forjaron la doctrina de esta garantía y lo hicieron en punto a los registros e incautaciones en las viviendas y en la propiedad física de las personas; no obstante, desde mediados del siglo pasado, las cortes de ese país se han enfrentado con casos que exigen un cambio de paradigma frente a las nuevas tecnologías de la información y las necesidades de intimidad de las personas en la era digital.

Como se ha venido anticipando, los registros sobre dispositivos electrónicos no responden fielmente a las sólidas reglas de la Cuarta Enmienda, que exigen que, si en una investigación penal se requiere registrar e incautar, la policía debe contar con una orden judicial específica del lugar y las cosas, basada en un examen sobre la expectativa razonable de intimidad y en la existencia de causa probable y, una vez concedida y adentro de la vivienda, se es libre de registrar evidencia que esté dentro de la orden y llevársela.

La información que aquellos contienen es cualitativa y cuantitativamente diferente a la física; a veces es imposible especificar su ubicación *ex ante*, y está entremezclada con evidencia y archivos inocuos, que pueden estar protegidos por garantías superiores. Estas y otras problemáticas o limitantes del derecho a la intimidad o de la doctrina de la Cuarta Enmienda, han sido advertidas por distintas cortes estadounidenses y, de esta manera, han permitido avanzar en la materia, al punto que recientemente la Corte Suprema, en sala mayoritaria, con cuatro oposiciones, profirió una decisión controversial que dio una luz de esperanza a que la Cuarta Enmienda sobrevivirá a la era digital. A continuación, y sin el ánimo de hacer una línea jurisprudencial exhaustiva, se expondrán

algunos precedentes jurisprudenciales de los Estados Unidos de América relevantes sobre esta temática.

En *Katz vs US*¹⁷¹, la corte superó la postura de *Olmstead*¹⁷², que afirmaba que la Cuarta Enmienda protegía lugares, y concluyó que lo que esta protegía era a las personas, de registros arbitrarios del gobierno y que estos ocurren cuando se viola su expectativa razonable de intimidad. Esta doctrina ha permanecido, pero se ha ido matizando a las necesidades de los métodos de investigación, cada vez más sofisticados, que utiliza la policía: la inserción de cables de las líneas de teléfono¹⁷³, la instalación de dispositivos de grabación¹⁷⁴, el uso de micrófonos¹⁷⁵, la instalación de dispositivos de rastreo¹⁷⁶, la búsqueda en computadores personales y la obtención de información digital de servidores administrados por terceros.

En *Andresen vs Maryland*¹⁷⁷, en una investigación contra un abogado por fraude en transacciones sobre bienes raíces, una corte analizó que un registro en los documentos del sospechoso se asemejaba a la búsqueda de una aguja en un pajar, pues el riesgo de examinar documentos inocuos era inevitable, al menos por curiosidad o para establecer su relevancia como evidencia. En un caso posterior¹⁷⁸, otra corte rechazó la postura de que las órdenes de registro e incautación debían incluir, además de la causa probable y la especificación del lugar, la persona o la cosa a registrar, la

¹⁷¹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Katz vs US* 389 US 347, 348, 360 (1967). O'DORISIO, Roderick. "You've got Mail" decoding the bits and bytes of Fourth Amendment computers search after Ackerman. (en línea) En: *Denver Law Review*, 2017, 94:4. (consultado el 1° de noviembre de 2020) p. 653-656. (651-680) Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3356890

¹⁷² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Olmstead vs. US. Op. Cit.* O'DORISIO. *Op. Cit.*, p. 653.

¹⁷³ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Olmstead vs. US. Op. Cit.* OHM. *Op. cit.*, p. 1321.

¹⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Katz vs US. Op. Cit.*; OHM. *Op. cit.*, p. 1321-1325.

¹⁷⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Goldman vs US* 316 US 129, 131 (1942) OHM. *Op. cit.*, p. 1321.

¹⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. US vs Karo.* 468 US 705, 708 (1988); *ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. US vs Knotts* 460 US 276, 277 (1983); OHM. *Op. cit.*, p. 1321.

¹⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Andresen vs Maryland* 427 US 463 (1976); ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 328.

¹⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Dalia v. US:* 441 US 238 (1979); ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 330.

manera específica cómo se iba a conducir la búsqueda, y apeló a la razonabilidad de los funcionarios que la ejecutarían. En este proceso, la corte hizo un llamado de atención similar: los investigadores tienen que ser responsables en sus registros y asegurarse de que sean conducidos de tal manera que garanticen el mínimo de intrusiones en la intimidad y que no excedan el objeto de la orden.

Esta línea se mantuvo para los documentos digitales: las cortes reconocieron que la capacidad de almacenamiento de los dispositivos dificultaba las búsquedas, dado que se podía estar ante océanos de información; en ese orden, hubo algún consenso en que un registro puede involucrar el escaneo de todos los documentos para establecer su relevancia. En tal virtud, dijeron que imponer límites a las técnicas de investigación no era adecuado y hubo un rechazo general por la exigencia de protocolos de búsqueda¹⁷⁹. Incluso, aun cuando en el Manual del Departamento de Justicia se sugirió como buena práctica, que en las solicitudes de registro e incautación se expliquen las técnicas que se van a usar para registrar el computador, el Departamento de Justicia les ordenó a los fiscales que se

¹⁷⁹ “era inevitable que algún material irrelevante resultara registrado en la búsqueda de los agentes, en múltiples documentos de evasión fiscal... estos crímenes generalmente solo pueden ser detectados por medio de un cuidadoso análisis y síntesis de una gran cantidad de documentos” ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Andresen vs Maryland* 427 US 463 (1976); ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. ELEVENTH CIRCUIT. *US vs Schandl* 947 F. 2d. 462, 465 (11th Cir. 1986). Un investigador con una orden de esa índole, está autorizado a examinar cualquier documento que descubra, pero la lectura debe cesar en el punto en que el objetivo de la orden se pierde. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. ELEVENTH CIRCUIT. *US vs Slocum* 708 F. 2d. 587, 604 (11th Cir. 1983); ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. *US vs Heldt* 668 F. 2d. 1238, 1267 (D.C Cir. 1981). Es poco probable que los criminales guarden sus archivos criminales en una carpeta que se denomine “archivos criminales”. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. SECOND CIRCUIT. *US vs Riley* 906 F. 2d. 841 (Cir 1990). La corte rechazó la exigencia de métodos limitados de búsqueda, con base en la posibilidad de que exista material oculto o enmascarado que haga difícil encontrar la evidencia incriminatoria por los rígidos protocolos. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF VERMONT. *US vs Hunter* 13F. Supp. 2d. 574, 583 (D. Ut. 1998); ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, C.D. CALIFORNIA. *US vs Hill* 322 F. Supp. 2d 1081, 1090-91 (CD. Cal. 2004). En 2007, en *US vs Fumo* -ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. THIRD CIRCUIT. 655 f. 3d 288 (3d Cir. 2011)-, la corte afirmó “sin perjuicio de los protocolos de búsqueda aplicados por el gobierno, este puede abrir y examinar cada archivo del computador para determinar si es compatible con la descripción de la orden... ningún principio de la Cuarta Enmienda prohíbe una búsqueda solo porque debe ser realizada con una precisión quirúrgica.” Traducción propia. ROBINSON. *Op. Cit.*, p. 328-329.

opusieran a los límites impuestos por las cortes sobre cómo conducir una investigación digital ¹⁸⁰.

Sin perjuicio de ello, en *US vs Karo*¹⁸¹, una corte resaltó que nunca antes se había tenido tanto potencial de injerencia en la intimidad de las personas, como con los avances tecnológicos: no por su mera existencia, sino por su explotación para los propósitos de la Cuarta Enmienda. Y, en el caso *Carey*¹⁸², en una investigación sobre narcóticos, en el que una corte autorizó una orden de registro en el computador personal del sospechoso, por nombres, direcciones y teléfonos de una red de tráfico de drogas, el investigador que buscaba información relacionada con el objeto de la orden se encontró con una foto en formato JPG que contenía una imagen de pornografía infantil. Este suspendió la investigación sobre narcóticos y emprendió, por cinco horas, un registro en ese sentido y halló 244 archivos JPG que contenían pornografía infantil.

La corte llamó a testificar al investigador y, con fundamento en la doctrina de la plena vista¹⁸³, concluyó que la primera imagen registrada era admisible; pero excluyó las demás, porque había habido un exceso a la orden, en el registro llevado a cabo: aquella no incluía archivos JPG y cada archivo tenía nombres explícitos de pornografía. La corte afirmó que el

¹⁸⁰ OFFICE OF LEGAL EDUCATION EXECUTIVE OFFICE FOR UNITED STATES ATTORNEYS. Searching and seizing computers and obtaining electronic evidence in criminal investigations: computer crime and intellectual property section criminal division. (en línea). Washington: Department of Justice, 2009. 287 p. (consultado el 2 de noviembre de 2020) Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-ccips/legacy/2015/01/14/ssmanual2009.pdf>

¹⁸¹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *US vs Karo*. *Op. Cit.*; KERR, Searches and seizures in a digital world. *Op. Cit.*, p. 553; ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *US vs Knotts*. *Op. Cit.*; OHM. *Op. Cit.*, p. 1321.

¹⁸² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. TENTH CIRCUIT. *US vs Carey* 172 F. 3d. 1268 (10th Cir. 1999); KERR, Searches and seizures in a digital world. *Op. Cit.*, p. 554-555.

¹⁸³ La regla de la orden previa tiene algunas excepciones: fuerza mayor o caso fortuito, las doctrinas del tercer partido, de la exposición conocida y de la plena vista, cuando media el consentimiento y los registros de rutina en las fronteras, entre otras. //Bajo esta excepción los investigadores pueden incautar evidencia sin una orden, si la encuentran durante la ejecución de una búsqueda legítima y que esté a plena vista del área de observancia. Los requisitos son: 1. Que el investigador tenga autoridad para encontrarse en la posición desde la cual propició la plena vista. 2. Que la evidencia esté a plena vista. 3. Que la índole incriminatoria sea “inmediatamente aparente” y que no implique desviar la investigación en esa dirección. Traducción propia. ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 331.

investigador cambió el foco de la investigación y que la evidencia descubierta, más allá de la orden, no estaba autorizada. Además, sugirió que, cuando una búsqueda implique observar archivos entremezclados, los investigadores deben seleccionar y limitarse a los que son objeto de búsqueda y, de ser necesario, emprender otra investigación por otro camino: se puede sellar y retener los documentos, pedir una aprobación de un juez imparcial y, de esa manera, conducir una nueva investigación legítima.

Este precedente es importante, dado que puso un límite a los registros electrónicos, más allá de la mera confianza en la función de los investigadores. Se venía asumiendo que los registros digitales se asemejaban a la búsqueda de una aguja en un pajar y que era casi inevitable revisar archivos inocuos o personales, y ahora, en caso de que el investigador se encuentre con elementos incriminadores y con inmediata apariencia de ser constitutivos de otro delito, debe solicitar una orden judicial diferente, pues no puede desviar la investigación autorizada ni el objeto de la orden.

Bajo la doctrina de la plena vista, en el caso Carey, la primera imagen fue admitida como evidencia, porque el investigador estaba legitimado para observar los archivos que estaba registrando, y la índole incriminatoria de la primera imagen de pornografía infantil fue inmediatamente aparente, lo que le permitía incautar válidamente esa evidencia.

En *US vs Gray*¹⁸⁴, en un caso similar al anterior, durante la ejecución de un registro en un computador, un investigador se encontró con imágenes de pornografía infantil, las incautó, siguió con la investigación de hackeo, en la que continuó hallando imágenes de índole sexual. Las incautó y la corte las admitió como evidencia, bajo la excepción de la plena vista, porque no se había desviado la investigación y acudió al principio de buena fe.

En otra investigación sobre evasión fiscal, la policía solicitó una orden para registrar e incautar el computador personal del sospechoso y fue sustentada en causa probable suficiente; sin embargo, un juez de Chicago se rehusó a proferir la orden, hasta que el gobierno no le entregara un

¹⁸⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. *US vs Gray*. 78. F. Supp. 2d. 524 (E.D.Va, 1999); ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 333.

protocolo de búsqueda¹⁸⁵. Advirtió que se trataba de una orden diferente, pues primero se requería la incautación y después sí la búsqueda; puso de presente el riesgo implícito en la gran capacidad de almacenamiento de los computadores y la revisión de documentos entremezclados, inocuos a la investigación, y afirmó que la tecnología le permitía al gobierno llevar a cabo una investigación bastante objetiva, si escogía conducirla así¹⁸⁶.

En *US vs Riccardi*¹⁸⁷, en una investigación por el delito de pornografía infantil, la corte limitó la orden de registro en punto al tipo de evidencia del crimen federal específico y sobre el objeto material: autorizó la incautación de todo tipo de hardware y software y todo tipo de representaciones visuales, en cualquier formato, de menores comprometidos en conductas sexuales explícitas.

En *US vs Rogozin*¹⁸⁸, un ciudadano alemán, residente de Nueva York, fue detenido para un registro de rutina en la frontera de Estado Unidos con Canadá. Valga recordar que este tipo de registros no requiere una orden judicial previa. Los agentes fronterizos consideraron sospechoso que el acusado se hubiera trasladado a ese país, por una noche, para ver las cataratas del Niágara; por ese motivo, lo seleccionaron para registro. Le incautaron su computador personal, sus dos cámaras, una digital y otra de video, y su celular; los registraron, y en ellos encontraron fotos de niños en *posiciones sexuales sugestivas*. Debido a esto, se llevaron los dispositivos para mayor análisis y, cuatro días más tarde, encontraron 185 fotos de pornografía infantil. Dos meses después solicitaron una orden de arresto. La corte encontró inadmisibles la evidencia, por no haber estado precedida de una orden judicial para el registro de la evidencia digital. Consideró que las fotos de los niños en posturas sugestivas no eran pornográficas y, por

¹⁸⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, N.D. ILLINOIS, EASTERN DIVISION. Search of 3817 W. West End, First Floor Chicago, Ill. 60621, 321, F. Supp. 2d. 953, 955 (N.D. Ill. 2004); KERR, Searches and seizures in a digital world. *Op. Cit.*, p. 574.

¹⁸⁶ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT UTAH. *US vs Barbuto D. Utah* (12 Apr 2001); KERR, Searches and seizures in a digital world. *Op. Cit.*, p. 574.

¹⁸⁷ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. TENTH CIRCUIT. *US vs Riccardi* 405 F. 3d. 852, 865 (10th Cir 2005); ROBINSON. *Op. Cit.*, p. 340.

¹⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, W.D. NEW YORK. *US vs Rogozin* 09-CR-379(S)(M) (W.D.N.Y. Nov. 16, 2010); CORBETT. *Op. Cit.*, p. 1270.

ende, no había una base razonable para haber conducido una incautación y un registro excepcional, sin una orden judicial.

En *US vs Stewart*¹⁸⁹, en otro caso de registro en fronteras, en un aeropuerto seleccionaron al azar a Stewart para un registro. No obstante, su actitud poco colaboradora condujo a la realización de un segundo registro sobre dos computadores, una cámara digital y tres USB que llevaba. En el primero encontraron pornografía infantil. Como el segundo no tenía batería, lo llevaron a la oficina de migración para registrarlo. El acusado alegó que el transporte de sus dispositivos a un lugar lejano a su alcance era irrazonable. Sin embargo, en este caso, la corte encontró que sí había una base razonable para ese registro excepcional: el hallazgo de las fotos con claro contenido de pornografía infantil.

En *US vs Cotterman*¹⁹⁰, en la frontera de Estados Unidos con México le solicitaron al procesado, con antecedentes de crímenes sexuales contra niños, la realización de un registro de rutina e incautaron dos computadores y tres cámaras. Los agentes se llevaron sus dispositivos y, dos días después, encontraron imágenes de pornografía infantil. En este caso, la corte reiteró la necesidad de analizar caso por caso, si el tiempo de retención de un elemento digital resulta irrazonable y tenía una base fundada.

En *Riley vs California*¹⁹¹, la policía detuvo a una persona por un delito menor y registró su celular, en el que encontró información sobre su pertenencia a una banda criminal y que lo vinculaba a una balacera ocurrida una semana antes. El gobierno adujo que los registros a celulares subsiguientes a un registro personal permitían preservar la evidencia. La corte rechazó este argumento y afirmó que los celulares tenían una gran capacidad para almacenar información sensible cualitativa y cuantitativamente diferente, que representa un interés importante de privacidad que debía ser protegido: permitirle al gobierno revisar el celular

¹⁸⁹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, E.D. MICHIGAN, SOUTHERN DIVISION. *US vs Stewart* 839 F. Supp. 2d 914 (E.D. Mich. 2012); CORBETT. *Op. Cit.*, p. 1272.

¹⁹⁰ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. NINTH CIRCUIT. *US v. Cotterman* 709 F.3d 952 (9th Cir. 2013); CORBETT. *Op. Cit.*, p. 1275.

¹⁹¹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Riley vs California*. *Op. Cit.*; O'DORISIO. *Op. Cit.*, p. 659.

de una persona sin una orden, equivaldría a exponer su vida y dejarla a merced del gobierno.

En *US vs Runyan*¹⁹², se abordó el tema de los registros llevados a cabo por particulares, los que también son una excepción a la Cuarta Enmienda. Estos ocurren, por ejemplo, cuando las empresas de mensajería verifican los contenidos de los paquetes por rayos x. En este caso, en un proceso de divorcio entre un hombre y una mujer, cuando esta estaba sacando sus cosas del hogar, halló un CD y un disco Zip, que contenían pornografía infantil y se los entregó a la policía. La corte admitió la evidencia, porque no excedió al registro particular llevado a cabo por la mujer.

En *US vs Lichtenberger*¹⁹³, se analizó un caso similar, que fue decidido de forma diferente. Se trataba de una pareja de novios; la mujer sospechaba que su novio tenía pornografía infantil: hackeó su computador personal, encontró varios archivos, abrió algunos y encontró fotos de ese contenido sexual. De inmediato llamó a la policía. Al llegar los agentes, ella les mostró los archivos que había encontrado, abrió al azar algunos y se los exhibió. En el juicio la mujer no estuvo en capacidad de asegurar que los archivos que le mostró a la policía habían sido los mismos que ella había visto en su registro privado. Por este motivo, el circuito suprimió la evidencia: el registro de la policía excedió el registro privado y tal exceso constituye una violación a la Cuarta Enmienda.

En *US vs Sparks*¹⁹⁴, una empleada de un centro comercial recogió un celular que encontró, accedió a él y vio imágenes con contenido de pornografía infantil. Al llegar a su hogar, se las mostró a su esposo, el que vio las imágenes y un video, y en seguida lo entregó a la policía. La corte admitió la evidencia que vio la empleada y su esposo, pero excluyó la demás hallada por la policía, dado que excedía el registro privado y requería una orden judicial.

¹⁹² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. FIFTH CIRCUIT. *US vs Runyan* 275 F. 3d. 449, 464 (5th Cir. 2001); O'DORISIO. *Op. Cit.*, p. 660.

¹⁹³ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. SIXTH CIRCUIT. *US vs Lichtenberger* 786 F. 3d 478 (6th Cir. 2015); O'DORISIO. *Op. Cit.*, p. 661-662.

¹⁹⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. ELEVENTH CIRCUIT. *US vs Sparks* 806 F. 3d. 1323 (11th Cir. 2015); O'DORISIO. *Op. Cit.*, p. 662-663.

Finalmente, después de este recorrido por algunos precedentes importantes, el punto de llegada lo marca la reciente decisión de la Corte Suprema, *Carpenter vs US*¹⁹⁵, la que extendió el alcance de la Cuarta Enmienda. Como se sabe, para que un celular se pueda utilizar, debe contactarse a la antena más cercana para recibir la señal del proveedor del servicio de telecomunicaciones y, de esta manera, se va generando un registro de la ubicación *por celdas* de las personas que usan estos dispositivos. En este caso, la policía, sin una orden judicial, obtuvo de la empresa de telefonía los registros de la localización de Carpenter y de esa forma pudo ubicarlo y capturarlo.

La primera instancia negó la moción de la defensa de suprimir la evidencia de los registros de geolocalización suministrados por la empresa de telefonía y se basó en la doctrina del tercer partido: cuando un individuo voluntariamente revela información a un tercero, el individuo no alberga ninguna expectativa de intimidad sobre esa información. Tuvo en cuenta que los registros eran almacenados por la compañía de teléfono en el curso normal de sus negocios, por lo tanto, es información de la compañía, no de la persona, por lo que ese registro no requería orden judicial.

En segunda instancia, la defensa insistió en que se trató de un registro arbitrario, violatorio de la Cuarta Enmienda, pues el gobierno no tenía al menos una orden judicial soportada en causa probable. El sexto circuito confió en la doctrina del tercer partido y afirmó que el gobierno no violó la Cuarta Enmienda, porque Carpenter no tenía expectativa razonable de intimidad en la información de su localización, ya que él voluntariamente aceptó ser geolocalizado por celdas, cuando contrató con su compañía de telefonía.

La Corte Suprema, en opinión mayoritaria, reconoció que la protección de la Cuarta Enmienda estaba ligada a intrusiones físicas del gobierno, pero resaltó que incluso, antes de la era preKatz, ya se había aceptado que la enmienda no protegía solo lugares, sino la vida privada de las personas en contra de intrusiones arbitrarias. Además, que se trataba de una decisión que ponía en tensión la expectativa razonable de intimidad

¹⁹⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Carpenter vs US* 138 S. Ct. 2206 (2018)

de las personas en los lugares y en sus movimientos, y la información que una persona se guarda para sí mismo y que comparte con otros.

Tuvo en cuenta que antes de la era digital, era muy difícil y costoso que la policía siguiera todos los movimientos de una persona; no obstante, los celulares, hoy en día, son casi un carácter de la anatomía humana, que tienen capacidad de recrear los movimientos exactos de su propietario: siguen a sus dueños más allá de la vía pública, a las residencias privadas, a los consultorios médicos, a las oficinas públicas, a los lugares de culto y otras ubicaciones que pueden ser reveladoras de la más íntima información. Con la información que esos dispositivos almacenan, el gobierno está en capacidad de lograr una vigilancia casi perfecta, como si la persona tuviera un monitor atado a su tobillo. En este orden, el riesgo de atentar contra la expectativa de intimidad de una persona es grande, pues en el pasado, las expectativas sociales descartaban un seguimiento detenido y la tecnología hizo fácil este seguimiento: ahora son detallados y de fácil acceso, gracias a los celulares.

La tecnología utilizada en Carpenter es de tal índole: tiene la habilidad de suministrar una crónica exhaustiva y detallada de la presencia física y la información diaria de una persona, con precisión temporal y espacial. La corte afirmó que esta información tiene implicaciones que atañen a la intimidad de una persona y que se asemeja a los registros que emite un GPS. Además, recordó que, desde Jones¹⁹⁶, ya se había aceptado que los individuos mantienen una expectativa razonable de intimidad en sus movimientos captados por un GPS y que el gobierno requiere una orden para acceder a esa información. En consecuencia, la corte afirmó que en este caso, el acceso a las celdas de geolocalización, sin una orden judicial, sí invadió la expectativa razonable de intimidad de Carpenter en sus movimientos físicos.

En punto a la doctrina del tercer partido, la corte aceptó que los registros de las celdas de ubicación que crean y preservan las empresas de telefonía, corresponden a registros de negocios. Sin embargo, descartó que

¹⁹⁶ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. US vs. Jones, 565 U.S. 400 (2012); WANG, Elle Xuemeng. Erecting a Privacy Wall Against Technological Advancements: the Fourth Amendment in the Post-Carpenter Era. (en línea). En: Berkeley Technology Law Journal, 2019, vol. 34:4. (consultado el 1° de noviembre de 2020) p. 1213. Disponible en: https://btlj.org/data/articles2019/34_4/10_Wang_WEB.pdf

en este caso hubiese existido una exposición voluntaria de información a un tercero: por un lado, los celulares son una “*generalizada e insistente parte de la vida de una persona*” y no usarlos para evitar la exposición de la ubicación por celdas de las torres de señal, no es una opción real en la era digital; por otro lado, basta con encender el dispositivo y no realizar ninguna actividad, para que se genere la geolocalización, por lo que es imposible no compartir la información, salvo que el celular esté apagado. Entonces, es claro que no existe una base seria para afirmar que Carpenter asumió el riesgo de entregar voluntariamente una crónica de todos sus movimientos físicos a un tercero.

En conclusión, la corte afirmó que la adquisición de la información de geolocalización por celdas era un registro en los términos de la Cuarta Enmienda y que, para este caso, por la sensibilidad de la información y las características particulares de su almacenamiento, no concurría la excepción de la doctrina del tercer partido.

Entre las opiniones disidentes resaltaron aquellas que respaldaban la interpretación histórica de la Cuarta Enmienda, ligada a la propiedad personal, y que la doctrina del tercer partido debería aplicar a la geolocalización por celdas y se debía vivir con sus consecuencias.

Frente a este precedente hubo varias reacciones. Se dijo que la corte superó la doctrina Katz y que ahora la pregunta no es si la acción del gobierno violó la expectativa razonable de intimidad de una persona en un lugar o cosa, sino si la tecnología ha cambiado la expectativa de lo que la policía puede hacer en una investigación¹⁹⁷. También que, con esta decisión, se reiteró un mensaje claro y constante: cada vez que ocurre un *cambio sísmico* en la tecnología que produce información cuantitativa y cualitativamente diferente, la corte siempre se ha inclinado por proteger el derecho a la intimidad de las personas. Desde el primer momento en que la corte advirtió el uso de la sofisticada tecnología en *Kyllo*, anunció la dirección de su camino: no permitirá que los avances tecnológicos erosionen la expectativa razonable de intimidad de las personas¹⁹⁸.

¹⁹⁷ KERR, Orin S. Implementing Carpenter. (en línea). En: University of California, Berkeley School of Law, 2018, USC Law Legal Studies Paper No. 18-29. (consultado el 1° de noviembre de 2020) 52 p. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3301257

¹⁹⁸ WANG. *Op. Cit.*, p. 1226.

Este recorrido por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América pone en evidencia la importancia que en ese contexto se ha dado a actualizar la doctrina de la Cuarta Enmienda a las necesidades de protección de la intimidad de las personas en la era de la tecnología y la información y a establecer los alcances y límites a las injerencias en la intimidad de las personas en los registros e incautaciones de dispositivos electrónicos, en el marco de las investigaciones.

De este recorrido es posible concluir que, en ese país, se ha dado a los dispositivos electrónicos y a los datos digitales que almacenan o contienen información personal, el papel protagónico que merecen en la era digital. Además, que por tratarse de información cuantitativa y cualitativamente diferente a la física, merece un trato distinto de parte de la Cuarta Enmienda, el que incluye mayores protecciones: si en una investigación penal se requiere registrar e incautar un dispositivo electrónico, la policía debe obtener una orden judicial previa, con especificación del lugar y las cosas, y esta debe estar fundada en un examen sobre la expectativa razonable de intimidad y en la existencia de causa probable. Adicionalmente, se ha resaltado la necesidad de que esta también incluya un protocolo de búsqueda, para evitar los necesarios e inevitables excesos en los que deben incurrir los investigadores al revisar documentos inocuos o personales, sin perjuicio de la plena diligencia en su actuar que se les ha confiado. De igual forma, en punto a las excepciones a la Cuarta Enmienda, particularmente en lo que tiene que ver con los registros de rutina en fronteras y las doctrinas del tercer partido y la plena vista, se ha reducido su ámbito de aplicación, en las búsquedas de evidencia digital.

En este sentido, queda claro que, en materia de garantías fundamentales de alta importancia, la manera de avanzar de la Corte Suprema norteamericana ha sido a través de la imposición de más restricciones y de reafirmar que el objetivo de la Constitución es la protección de ser humano y su intimidad, más que sus contendores: una vivienda, una cosa, un computador, un teléfono o un servidor de una empresa de telefonía. Entonces, si se tiene en cuenta que las cortes en Colombia ni siquiera le exigen a la fiscalía una orden judicial previa para llevar a cabo un registro de esta índole y que tampoco le han reconocido a la información personal almacenada en dispositivos electrónicos la

importancia que merece en la era digital, el resultado es claro: en la era digital, en materia de protección a la intimidad personal en las investigaciones penales, el Estado colombiano tiene un retraso de casi cien años en comparación con el sistema jurídico vigente en los Estados Unidos de América.

Una de las propuestas de la jurisprudencia analizada fue la exigencia de la judicatura a la fiscalía, de un protocolo de búsqueda a utilizar durante el registro electrónico, dada la imposibilidad de establecer *ex ante* la ubicación de la evidencia electrónica -como el cirujano que no sabe con qué se va a encontrar hasta intervenir al paciente- y en aras de mitigar el riesgo latente de que la información personal inocua o protegida sea revisada más allá de lo estrictamente necesario. Para poder llegar a esta misma conclusión, vale la pena exponer cómo se lleva a cabo materialmente el proceso de registro.

Como se anunció, el proceso está compuesto por dos fases: la incautación -hacer la copia espejo- y el registro -hacer un registro técnico forense en el laboratorio-. La primera ya fue objeto de estudio, por lo que ahora se analizará el paso de esta al segundo. Para que la investigación tenga vocación de prosperidad en un proceso penal, el procedimiento debe fundarse en los principios de la investigación forense digital: integridad, autenticidad y confiabilidad.

Para asegurar estos principios, el procedimiento forense debe iniciar con la copia espejo de la información original almacenada en el dispositivo y el análisis debe llevarse a cabo sobre la copia, no en el original. Para corroborar que la copia es perfecta, que no ha sido modificada, las buenas prácticas forenses¹⁹⁹ sugieren la utilización de valores hash: un identificador

¹⁹⁹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de cadena de custodia. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2016, p. 27. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia//wp-content/uploads/policiajudicial/DOC-CNPJ/Manual%20de%20cadena%20custodia.pdf>. La fiscalía incluye el mecanismo de funciones hash como método técnico para la preservación de la integridad de los mensajes de datos, “*para garantizar la integridad de los archivos digitales, en su recolección, se deben emplear programas que permitan calcular valores hash y almacenarlos en medio que en lo posible no permitan su modificación o daño*”. // La Agencia Española de Protección de Datos lo ha definido como “*una operación que se realiza sobre un conjunto de datos de cualquier tamaño, de forma que el resultado obtenido es otro conjunto de datos de tamaño fijo,*

alfanumérico único que se asigna a un archivo, un grupo de archivos o una parte de un archivo, basado en un algoritmo matemático estándar, el que permite saber que dos archivos son idénticos y que la probabilidad de que dos conjuntos de datos tengan el mismo valor de hash, es menor de uno en mil millones²⁰⁰. Y el registro ocurre cuando la información en formato digital es expuesta al ojo humano, cuando los datos incautados pasan de ser inobservables a observables, cuando pasan de la oscuridad a la luz.

En la práctica, un investigador no toma la información incautada y busca sobre cada archivo manualmente, pues esto resulta ineficiente e impráctico. De un lado, dado que, en orden a establecer su relevancia, es necesario mirarlos o leerlos hasta cierto grado, y ese método no permite el acceso a archivos eliminados, encriptados o modificados. Los registros los lleva a cabo un especialista en ciencias forenses digitales, con la ayuda de un software especializado²⁰¹, a través de un análisis en el laboratorio; es decir, en un lugar distinto al de la incautación, y por un tiempo determinado.

Así, el punto de llegada es el alcance de este registro, ¿cuáles son los límites para que un registro electrónico sea razonable? Basta representarse que si el investigador procesa la palabra “asesinato” en todos los archivos, este buscó en *todos* los archivos del sistema, pero la injerencia fue leve; sin embargo, si lo que hizo fue leer un solo archivo, por ejemplo, el diario personal digital del sospechoso, abarcó una mínima parte, pero la injerencia fue intensa²⁰². Entonces, en temas cuantitativos, no puede medirse el nivel de la injerencia. Lo relevante es entender que el acto del registro razonable es un acto eminentemente humano, por lo que la propuesta dirigida a establecer sus límites no debe enfocarse en lo técnico de la materia, sino

independientemente del tamaño original, y que tienen la propiedad de estar asociado unívocamente a los datos iniciales”. NEPTUNE RIVERA. *Op. Cit.*, p. 113

²⁰⁰ Se toma un valor hash del disco duro original; otro valor hash de la copia de la información, antes de cualquier examen y, finalmente, de la copia analizada. Si los tres valores son iguales, la copia se tratará igual que el original. Si los valores son diferentes, entonces la integridad de la copia puede ser cuestionada. *Ibidem.*

²⁰¹ Programas como EnCase o Forensic Tool Kit -FTK- permiten acceder a archivos eliminados, archivos encriptados y buscar por palabras claves y archivos cambiados de formato. *Ibidem*, p. 113. // Por ejemplo, el Centro Nacional de Inteligencia en Drogas tiene una base de datos de los *hash* de los programas con pornografía infantil. La complejidad se advierte cuando los archivos son cambiados a otros formatos, escondidos o encriptados. KERR, *Searches and seizures in a digital world. Op. Cit.*, p. 546.

²⁰² *Ibidem*, p. 544.

que debe apuntar a las decisiones discrecionales que toman las personas que conducen el registro -investigadores- y que dirigen la investigación penal -fiscales-, las que deben ser controladas por una autoridad imparcial -jueces de control de garantías-.

D. Propuesta

Como se ha expuesto a lo largo de este recorrido, que los registros a dispositivos electrónicos estén precedidos de una orden judicial es una exigencia del Estado constitucional de derecho para la indemnidad del derecho a la intimidad de las personas en las investigaciones penales. En consecuencia, dado el déficit de protección del sistema penal acusatorio, las soluciones son claras.

En primer lugar, se debe impulsar una reforma constitucional y legal que implemente de forma integral la garantía de la reserva de la intimidad: el control judicial previo por parte del juez de control de garantías a todos los actos de investigación que afecten derechos fundamentales en el proceso penal.

En segundo lugar, esperar un redireccionamiento de la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que creó la regla de flexibilización excepcional y le dio los alarmantes alcances ya expuestos, y propender por su retorno a los fundamentos convencionales y constitucionales y así erradicar esa subregla del derecho tal costosa en materia de derechos fundamentales.

En tercer lugar, hasta tanto ello ocurra, se propone un modelo que puede ser aplicado por el fiscal del caso, a la manera de un control previo interno, y que puede ser verificado por el juez de control de garantías en el control judicial posterior. Si algún día se logran las dos primeras, el modelo sería aplicado en los dos casos: por el juez de la investigación en el control previo y en el posterior.

Deben existir reglas precisas aplicables *ex ante*, que delimiten temporal y materialmente el registro, que neutralicen el riesgo latente de realizar registros desproporcionados y que encaucen el margen de discrecionalidad de los investigadores. Y estas deben fijar un estándar específico para cada caso, el que debe ser juzgado por una autoridad judicial imparcial²⁰³. Tanto la aplicación de las reglas, como el control del cumplimiento de los estándares, deben ser objeto de control por la autoridad judicial competente, que, para el contexto colombiano, es el juez de control de garantías. El modelo se presentará integralmente, con las modulaciones propias para la superación del déficit actual.

1. Control judicial previo y, temporalmente, control interno

En el proceso penal colombiano no existe una norma genérica, como la Cuarta Enmienda estadounidense, lo que en ese contexto explica la gran cantidad de excepciones a ella para registrar personas, cosas o inmuebles en búsqueda de evidencia, sino que el legislador colombiano optó por un sistema de *numeros clausus* de actos de investigación que se pueden desplegar en una investigación penal, cuando estos afectan derechos fundamentales. Para la obtención de evidencia electrónica, se requiere acudir a la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicación del artículo 236 del CPP, la que, como se vio, contiene la incautación -captura o copia de la información y devolución del dispositivo- y el registro electrónico por peritos especializados, que se ha venido estudiando.

Para proferir la orden judicial dirigida a buscar evidencia electrónica, el juez de la investigación debe ejercer un control sobre los aspectos que se presentarán a continuación. Claro, bajo las actuales condiciones, esta orden y la evaluación de los siguientes criterios le corresponde realizarlos al fiscal del caso, a manera de control previo interno.

²⁰³ Cfr. SCHLAG, Pierre. Rules and standards. (en línea) En: UCLA Law Review, 1985, vol. 33. (Consultado el 1° de noviembre de 2020) 379-430 p. Disponible en: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2049&context=articles>

a. Estándar de prueba

Evaluar que la investigación cuente con motivos razonablemente fundados, sustentados en medios de prueba producto de la investigación, que permitan inferir que el sospechoso está transmitiendo o manipulando datos, a través de redes de telecomunicaciones. Es lo que se denomina la causa probable.

Esta exigencia tiene dos implicaciones. La primera, que la fiscalía tiene una carga argumentativa -ofrecer motivos fundados- y una carga probatoria -el estándar de prueba-, que debe ser objeto de valoración por la autoridad judicial o, actualmente, de autovaloración por el fiscal. La segunda, que no puede ser el primer medio de investigación al que acude la fiscalía en una investigación penal: para recurrir a este mecanismo, la fiscalía debe haber realizado actos de investigación previos, que le hayan permitido reunir cierta cantidad de evidencia sobre la posible comisión del delito y la responsabilidad del sospechoso y así cumplir con la carga procesal de convencer en un grado mínimo a la autoridad judicial, de que cuenta con motivos serios para invadir la intimidad de una persona. Esto último se traduce en el agotamiento de mecanismos menos invasivos.

b. Elemento subjetivo

Toda vez que la fiscalía debe aproximarse a un registro electrónico con evidencia de la posible responsabilidad del sospechoso en la comisión de un delito, ello implica que este punto de llegada es producto de una investigación mínima y que, a lo sumo, la fiscalía cuenta con dos elementos: un panorama general de cómo la persona conduce su vida digital y el grado de sofisticación en la comisión del delito.

Estos aspectos son de suma relevancia, dado que permitirán conocer la ventaja o desventaja tecnológica que el sospechoso puede tener en relación con la fiscalía. Para hallar esta ventaja, Orin S. Kerr desarrolló la teoría del ajuste del equilibrio, como propuesta para ajustar las reglas de la Cuarta Enmienda a la era digital. Se trata de un ejercicio para identificar en

qué nivel debe protegerse la intimidad de las personas en una investigación. Así, cuando los criminales instrumentalizan la tecnología para sus fines y de esa manera incrementan la complejidad de las investigaciones, los jueces deben disminuir el nivel de protección de esa garantía constitucional; por el contrario, cuando la policía se vale de herramientas tecnológicas, como las de vigilancia privada, para disminuir el promedio de las investigaciones, los jueces deben incrementar el nivel de protección²⁰⁴.

La propuesta del autor es que la valoración que en cada caso se haga sobre quién tiene la ventaja con la doble asistencia de la tecnología, tenga como punto de referente la restauración del nivel anterior de protección de la Cuarta Enmienda, es decir, restablecer el equilibrio que había en las investigaciones antes de la era digital: la protección original de la Cuarta Enmienda.

Pese a las virtudes de esta propuesta, ha sido criticada en su método, porque plantea el estudio de cada caso con la protección original, lo que implica un análisis anclado en el pasado. Por ejemplo, antes de existir la tecnología para interceptar las comunicaciones, la manera en que los criminales planeaban la comisión de un delito era reuniéndose en una casa, en una oficina o en un lugar público y la forma cómo la policía podía escuchar esa conversación, era infiltrando al grupo. En ese orden, era más difícil o casi imposible acceder a esa información y, con la tecnología, ahora las investigaciones pueden contar con la recolección de esa evidencia. En conclusión, los investigadores llevarían la ventaja tecnológica. Entonces, las cortes deben incrementar el estándar de protección de la Cuarta Enmienda, en relación con el gobierno, para proteger la intimidad de las personas en mayor nivel. Sin embargo, este análisis puede tornarse bastante abstracto, impreciso e ineficiente, se puede convertir en una lista eterna de aspectos a favor y en contra de la tecnología.

Esta teoría es aplicable al contexto colombiano: una persona que tiene el conocimiento y la capacidad de someter la tecnología a su objetivo criminal y valerse de herramientas sofisticadas para evitar su detección -un cibercriminal experto-, le lleva una ventaja a la fiscalía en la investigación; por lo tanto, el nivel de protección debe ser menor, en relación con quien

²⁰⁴ OHM. *Op. Cit.*, p. 1339 y ss.

comete un crimen por medios tecnológicos, sin buscar una ventaja en la tecnología -un cibercriminal estándar-. Frente a estos últimos, es posible asumir que la fiscalía los iguala o supera en medios.

No se trata de pensar en añadir un ingrediente subjetivo a algunos tipos penales o de reprochar con mayor intensidad al cibercriminal experto, pues esa discusión tiene otras implicaciones axiológicas que no atañen a este nivel de análisis. De lo que se trata es de establecer un grado de protección: si se concluye que se está ante un cibercriminal experto que supera los medios al alcance de la fiscalía, el nivel de protección debe ser inferior, frente a quien se halle en desventaja ante el poder del ente investigador.

Ahora bien, para rescatar el ajuste del equilibrio de Kerr, sin que ello conlleve la devolución en el tiempo, como si todo tiempo pasado fuera mejor, sino bajo un examen actual, es preciso retomar una de las conclusiones de Carpenter. El ajuste del equilibrio debe partir de la base de que participar en la sociedad de la era digital conlleva necesariamente la reducción del grado de privacidad de las personas; es una realidad que las herramientas tecnológicas actuales permiten una vigilancia privada casi perfecta que, si no se protege, puede afectar gravemente uno de los pilares del Estado constitucional de derecho. Así, la premisa general tiene que ser que la fiscalía halla en la tecnología una herramienta de eficacia que le otorga la ventaja: entre todos los mecanismos de investigación, el acceso a la información electrónica de una persona es uno de los recursos más valiosos en la actualidad, y es muy costoso en materia de derechos humanos, lo que pone en desventaja a los investigados. Y la excepción, que sea el sospechoso el que lleva la ventaja, y la fiscalía, la desventaja.

Ante esta presunción, los riesgos del error²⁰⁵ los debe asumir la fiscalía: en esta debe recaer la carga de probar los motivos por los cuales la tecnología, en este caso, beneficia al posible responsable, permite su evasión o indetección y requiere acceso a la información digital y, en caso de que no cumpla con esa carga, tiene la de demostrar por qué las otras medidas son menos eficientes. Si cumple con tal carga, los jueces deben disminuir el nivel de protección del derecho a la intimidad; de lo contrario, se mantiene la regla

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 1351.

de que el riesgo de acceder a esa información es demasiado costoso y que existen medios menos invasivos para lograr los fines. Este método impone límites o mayores cargas a la fiscalía, pero puede ser defendido como un avance en la historia de la protección de la intimidad.

Por esto es tan importante que este control lo realice una autoridad judicial imparcial, pues esta autoevaluación interna del fiscal, difícilmente puede ser objetiva.

c. Elemento objetivo

Otra de las exigencias para autorizar la búsqueda de evidencia digital es la determinación explícita de los lugares y cosas a incautar y registrar, para que no se torne una diligencia arbitraria y para garantizar el derecho de defensa²⁰⁶; sin embargo, como se ha puesto de presente, esta exigencia en materia de evidencia electrónica, no es muy viable. Como se vio, varias cortes estadounidenses han rechazado la postura de que las órdenes de registro e incautación de información digital deban incluir, además de la causa probable, la manera específica cómo se va a conducir el proceso forense: un protocolo de búsqueda. Si bien se acepta que la orden deba describir aquello que va a ser objeto de registro, para esta particular clase de evidencia, no es fácil predecir la ubicación *ex ante*, como lo podría llegar a ser la localización de un arma o de dinero en una vivienda. Por eso, la solución de algunas cortes ha sido autorizar órdenes en términos generales²⁰⁷ o, que a lo sumo, nombren el tipo de evidencia que buscan²⁰⁸.

²⁰⁶ La defensa debe poder conocer qué documentos fueron provisionalmente copiados para el análisis y los términos de la búsqueda. De esta manera se garantiza el derecho a la defensa: si se conoce con precisión qué se puede copiar, es más factible que haya menor oposición. TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 48.

²⁰⁷ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. NINTH CIRCUIT. US vs Lacy 119 F 3d 742, 746 (9th Cir, 1997); ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. NINTH CIRCUIT. US vs Cardwell 680 F. 2d. 75, 78 (9th Cir 1982); ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 323.

²⁰⁸ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. TENTH CIRCUIT. US vs Riccardi. *Op. Cit.*; ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 324.

No obstante, también surgió una tendencia contraria: en 1994 el autor Raphael Winick²⁰⁹ sugirió que las cortes debían exigir un protocolo de búsqueda articulado, en el que se explique cómo los investigadores van a registrar el dispositivo incautado; después, como se vio, esta doctrina fue recogida en el caso Carey y se desarrolló la regla “Carey-Winick”, a través de la cual las cortes no deben aprobar órdenes genéricas y, en caso de hallar evidencia bajo la excepción de la plena vista, los investigadores deben obtener una nueva orden y no exceder la emitida. Además, el interés de incluir protocolos de búsqueda en las órdenes también fue resaltado por el Manual del Departamento de Justicia en 2001. De igual forma, la doctrina ha impulsado esta propuesta de exigir un protocolo de búsqueda *ex ante*, en aras de evitar la discrecionalidad de los investigadores y prevenir los registros arbitrarios²¹⁰.

Con base en esto, se considera que la exigencia del protocolo de búsqueda elaborado por la fiscalía, en conjunto con los expertos en informática y preaprobado por el juez de control de garantías, más la determinación de un plazo para el registro, son límites objetivos adecuados para evitar registros arbitrarios y discrecionales: es más probable que con estos límites, los investigadores forenses dediquen sus esfuerzos a buscar la evidencia que corresponde y se reduzcan las excepciones o desvíos de la investigación. En este orden, debe tratarse de un protocolo que articule los pasos precisos del analista forense y el método a utilizar para clasificar la información y su especificidad dependerá de la valoración de la complejidad del caso, lo mismo que la extensión del límite temporal.

Es cierto que se debe tener en cuenta que existen posturas en contra de la exigencia de protocolos, pues es un límite que no se exige legalmente, ni en el contexto norteamericano ni en el colombiano; pero, debe considerarse también que en la práctica, un examen forense, archivo por archivo, por lo ineficiente que resulta, necesariamente se vale de un método técnico preestablecido y la exigencia es exhibirlo y que la autoridad imparcial le dé el visto bueno. De esta forma, el control posterior parte de un parámetro objetivo. Y si los términos del protocolo se quedan cortos, se debe solicitar una orden adicional; lo que guarda lógica con el principio de

²⁰⁹ WINICK. *Op. Cit.*, p. 75-128.

²¹⁰ Cfr. TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 44-68. ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 311-347.

gradualidad: primero se debe optar por una investigación estrecha y después de agotarla, ahí sí desplegar una más intrusiva.

2. Protocolo para un registro electrónico razonable

A continuación, se presentará el modelo Triage, una propuesta de protocolo de búsqueda presentada por cuatro autores en el artículo “*A new triage model conforming to the needs of selective search and seizure of electronic evidence*”²¹¹. Luego se extraerán sus virtudes, para finalmente, junto con proposiciones de otros doctrinantes, presentar un modelo aplicable al caso colombiano.

De acuerdo con aquellos autores, el modelo Triage no es una propuesta para la investigación digital forense, sino un modelo para un registro razonable, pues parten de la base que cualquier normatividad tendiente a regular los registros electrónicos, devendrá limitada: siempre existirá un marco de discrecionalidad que dependerá de la buena fe de los investigadores y del control judicial sobre la diligencia. Su enfoque es reducir el nivel de discrecionalidad. Parte de seis elementos que se deben tener en cuenta en los registros sobre computadores para obtener evidencia digital, varios de los cuales ya han sido analizados: la existencia de causa probable; la descripción de lo que va a ser objeto de registro; la necesidad de hacer una copia y un examen en otro dispositivo; si la información está guardada remotamente en otro dispositivo o en otra jurisdicción, la necesidad de requerir múltiples órdenes de registro, y los cambios foco en la investigación por los retos de la flagrancia y su necesidad de solicitar una nueva orden.

El método se compone de tres fases: una fase de evaluación previa, el modelo Triage y una fase de evaluación periódica.

²¹¹ HONG, Ilyoung, *et al.* A new triage model conforming to the needs of selective search and seizure of electronic evidence. (en línea) En: Digital Investigation, 2013, vol. 10:2. (consultado el 1° de noviembre de 2020) 175–192 p. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1742287613000042>

Los autores parten de la base de que la incautación de toda la información digital de un dispositivo personal, y su posterior registro integral en el laboratorio, son irrazonables. Debido a ello, reconocen la existencia de dos momentos limitados temporalmente: la incautación o copia en la ubicación del dispositivo *-in situ-* y la inspección en el laboratorio forense *-ex situ-*. El objetivo de su método apunta principalmente al primer momento, pues es el de mayor afectación y en el que se debe racionalizar la injerencia.

La primera es una fase de preparación previa en la que el grupo de investigación debe definir los recursos disponibles, tanto del personal técnico, como de la tecnología accesible. A su vez, considerar en una lluvia de ideas la opinión general de la información que es relevante para la investigación y, de esa manera, enfocarla, definir prioridades y evitar desvíos en su objeto; esto con el fin de evitar decisiones discrecionales al momento de la ejecución *in situ*. Adicionalmente, prever las dificultades o limitaciones técnicas con las que se puedan encontrar, de acuerdo con el perfil del sospechoso, para definir los mecanismos para su superación.

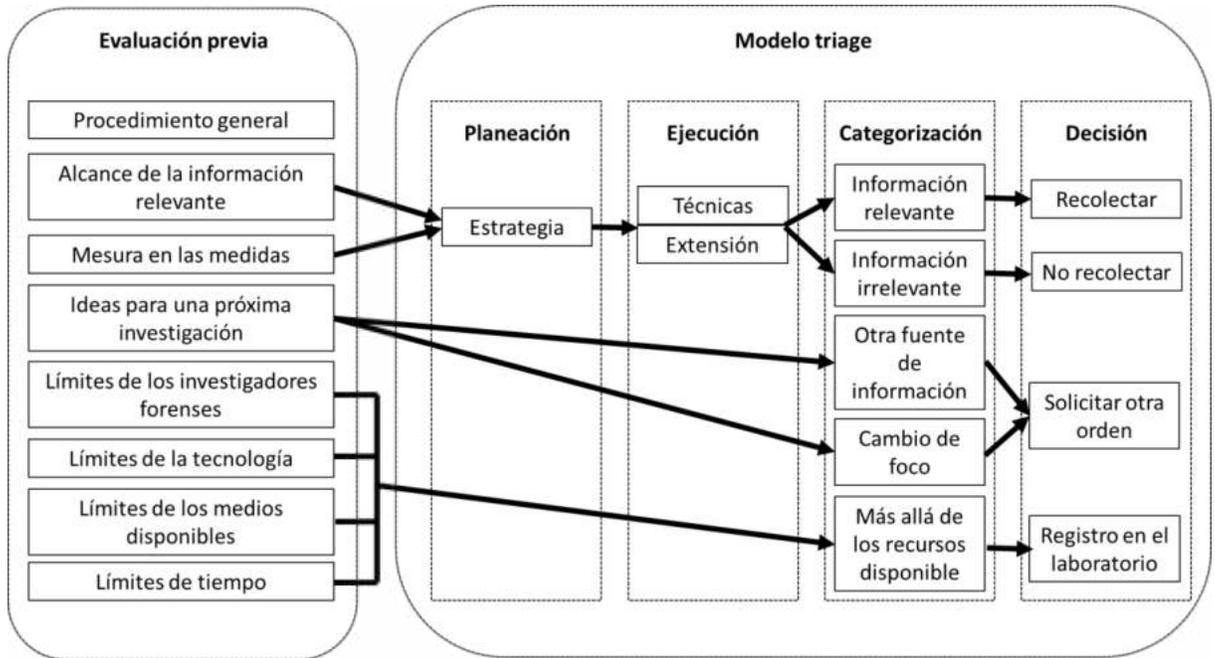
Para definir las prioridades durante el registro y los criterios de optimización, los autores realizaron una encuesta a un grupo de investigadores de informática forense, con la que pretendían conocer de qué manera estos catalogan y priorizan la información relevante en los registros de información digital y, en términos generales, hallaron que el orden de prioridad que manejan en las búsquedas es: por la índole del delito investigado, por la línea del tiempo, por el nombre del sospechoso y por medio de un perfilamiento²¹².

²¹² Por la índole del delito. La priorización de la recolección de la información relevante en los delitos que involucran tecnología sofisticada la clasifican así: el historial del internet, documentos, archivos de registro, logs de eventos, correos electrónicos, archivos ejecutables, enlaces de archivos, dibujos de ingeniería, mensajes, recursos codificados, gráficas, carrete de la impresora, archivos personales, contables, archivos de voz y videos. En los delitos de delincuencia común -homicidios, hurtos, fraudes-: el historial de internet, documentos, correos electrónicos, mensajes, videos, enlaces de archivos, archivos de voz, gráficos, logs de eventos, archivos contables, archivos ejecutables, carrete de la impresora, dibujos de ingeniería y recursos codificados. En los delitos corporativos comunes -fraude bancario, captación de recursos, manipulación de activos-: documentos, archivos contables, correos electrónicos, mensajes, historial de internet, enlaces de archivos, archivos de registros, gráficos, logs de eventos, dibujos de ingeniería, carrete de impresión, archivos ejecutables y archivos de voz. Y, en los delitos corporativos que involucran

En la segunda fase, durante la ejecución del registro *in situ*, se implementan los resultados de la anterior. La información se divide en dos: la que requiere preprocesamiento -archivos formateados, inubicables, encriptados, ocultos, corrompidos, comprimidos, etc.- y que debe ser procesada en el laboratorio- *ex situ*-, y la que no requiere procesamiento, sino que puede ser analizada y la evidencia incautada de inmediato. En relación con esta última, se deben aplicar las técnicas de priorización y extensión previamente definidas, para incautar la información relevante y descartar la irrelevante. En la siguiente gráfica es posible observar el método propuesto.

tecnología sofisticada -hurto propiedad intelectual, espionaje, captación de datos, fraude fiscal, fraude en línea-: correos electrónicos, documentos, dibujos de ingeniería, historial de internet, mensajes, gráficas, enlaces de archivos, archivos de registro, logs de eventos, carrete de impresora, archivos contables, videos, archivos ejecutables, archivos de voz y archivos codificados. Por la línea de tiempo, de acuerdo con los datos de última modificación, última vez que se accedió a la página, creación del archivo, creación del log y fecha de la foto, entre otros; por el nombre del sospechoso, y por perfilamiento. *Ibidem*, p. 187 y ss.

Ilustración 1. Gráfica de la relación entre los resultados de la evaluación previa y el modelo Triage:



Fuente: elaboración propia, con base en HONG, Ilyoung, *et al.* A new triage model conforming to the needs of selective search and seizure of electronic evidence. (en línea) En: Digital Investigation, 2013, vol. 10:2. (consultado el 1° de noviembre de 2020) p. 180. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1742287613000042>

En la tercera fase, la evaluación periódica, lo que se pretende es que no se utilice un método estándar, sino que para cada investigación se evalúen las ventajas y desventajas del anterior y se realice una propuesta seria del método de acuerdo con las necesidades del caso.

Otros autores²¹³, también tienen en cuenta la dificultad de superar las decisiones discrecionales de los investigadores cuando se enfrentan a documentos entremezclados o asegurados con algún tipo de protección más intensa, y se han inclinado por requerir el apoyo de un grupo de investigación neutral, distinto al asignado al caso, para que sean estos y no aquellos, los que examinen archivos de tal índole y puedan advertir su relevancia o irrelevancia para la investigación, sin una motivación mayor a

²¹³ Cfr. TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 44-68; ROBINTON. *Op. Cit.*, p. 311-347.

la de contribuir a una investigación objetiva. Además, que debe existir una autoevaluación del procedimiento desplegado, en la que el líder de la investigación debe excluir la evidencia que superó los límites del protocolo y disciplinar a los funcionarios que se excedieron, que actuaron mal; incluso, se ha propuesto una indemnización inmediata para los casos de exceso²¹⁴.

Con base en estas propuestas, en este trabajo se pretende consolidar un modelo que las involucre, y que tenga en cuenta las particularidades del sistema penal colombiano. La intención no es presentar un modelo técnico, pues tal conocimiento está en los investigadores forenses y es ajeno a la administración de justicia, sino delinear los parámetros de razonabilidad del acto de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones, para proteger el derecho a la intimidad.

El modelo debe iniciar con el comité en el que el ente investigador adopte las decisiones previas a la diligencia, relativas a la inspección *in situ* y *ex situ* y a la información reservada, las que deben quedar plasmadas en un protocolo de investigación. Este, junto con las demás exigencias probatorias y argumentativas, debe ser presentado ante el juez de control de garantías, hoy autoevaluadas por el fiscal del caso, para su aprobación, legalización y emisión de la orden. Luego de ejecutado el acto de investigación, sus resultados deben ser sometidos a un control interno -de la fiscalía- y externo y judicial -del juez de control de garantías-.

El fiscal delegado para la investigación del caso, en conjunto con el grupo de investigadores forenses, debe hacer un comité de definición de estrategias y delineamiento del protocolo de búsqueda en el sistema informático, en el que se tenga en cuenta el perfil del sospechoso - cibercriminal estándar o experto- y el tipo de evidencia que pretende incautar. Como se indicó, se parte de la base de que, cuando se acude a este mecanismo, la fiscalía ha investigado previamente y cuenta con elementos probatorios suficientes para, al menos, tener una inferencia de esos dos factores y el nivel de sofisticación del caso.

²¹⁴ TEMPLE LANG. *Op. Cit.*, p. 50.

En el comité, con fundamento en la complejidad del caso, se deben considerar las capacidades técnicas del personal técnico forense que intervendrá en la diligencia y las herramientas tecnológicas disponibles; definir el tiempo que tomará la inspección *in situ*, para la incautación de la información relevante, la devolución inmediata del dispositivo y, dentro del plazo razonable y establecido, de la demás información irrelevante; y el registro *ex situ*, que no puede exceder el límite temporal general del artículo 88 del CPP -antes de la formulación de la acusación y sin exceder de seis meses-, y, llegar a un consenso sobre lo que se considera relevante para la investigación: priorizar la clase de archivos que se recolectarán de conformidad con la clase de delito y la modalidad de su comisión, la línea del tiempo relevante para los hechos y para el autor o su forma de participación. De esta forma, será posible identificar las dificultades con las que se puede encontrar y definir su solución.

En este punto, se debe rescatar que, para que un registro de esta índole sea razonable y sea respetuoso del derecho a la defensa, debe atender un margen de gradualidad. De entrada, es claro que de existir la posibilidad de acceder al sistema informático objetivo, con el consentimiento del propietario del dispositivo, se debe optar por esa opción. Vale la pena rescatar los pronunciamientos antes expuestos que apuntan en ese sentido: es más probable que si la defensa cuenta con un protocolo definido de lo que será objeto de incautación y registro, esté dispuesta a colaborar con la investigación, que si se tratara de uno general y oculto. De lo contrario, con respaldo en la orden, los investigadores deben ceñirse a las acciones previamente definidas.

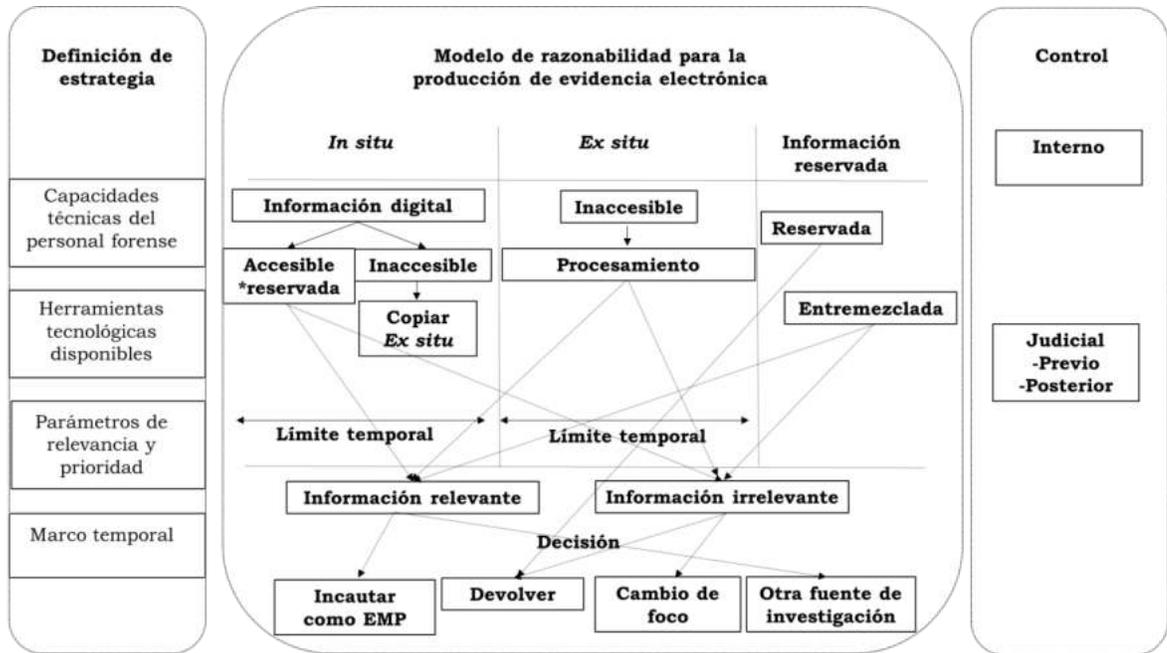
En el primer acceso se debe clasificar la información en dos clases. De un lado, la que es accesible y sobre la cual es posible hacer una inspección inmediata, y de otro, la que es inaccesible y requiere preprocesamiento. En relación con la primera, con los criterios de relevancia y prioridad previamente definidos, se debe separar la información relevante de la irrelevante para la investigación; aquella debe ser incautada -copia espejo con fines probatorios- y la otra no. Los archivos cuya reserva sea inmediatamente aparente -conversaciones con su abogado, diario personal, historia médica, etc.-, deben ser automáticamente excluidos de revisión, y aquellos que pudieran ostentar tal calidad, deben permanecer cerrados y pueden ser incautados, pero su tratamiento será distinto. En torno a la

segunda, que corresponde a los archivos formateados, inubicables, dañados, encriptados, ocultos, corrompidos o comprimidos, por el nivel de complejidad para su acceso, debe ser copiada para análisis en el laboratorio, *ex situ*. Este primer proceso debe cumplir con los requisitos de autenticidad y admisibilidad, y ceñirse al límite temporal definido.

En el segundo análisis, que se realiza sobre la copia espejo en el laboratorio y se tiene en cuenta el límite temporal, primero se deben procesar los archivos del segundo grupo para que sean visibles y también se separará la información relevante de la irrelevante. Después la información se categorizará así: la información relevante como evidencia electrónica será incautada con fines probatorios; la información irrelevante y reservada será devuelta a su propietario; la información de índole incriminatoria en relación con otro delito será objeto de una investigación diferente, y la información que remita a otra fuente será sustento para la solicitud de otra orden. De forma paralela, en relación con los archivos contentivos de posible información reservada o entremezclada, deben ser analizados por un grupo de investigación neutral, adscrito a otra investigación, que se comprometa bajo la gravedad del juramento a no revelar la información confidencial hallada. Su finalidad es mantener la información reservada al margen de la investigación.

Esta propuesta de modelo de razonabilidad para la producción de evidencia digital es el protocolo que se debe exigir como elemento objetivo del control previo, como parámetro de objetividad del acto de investigación. Variará dependiendo de la índole de la investigación. Es el siguiente:

Ilustración 2. Gráfica del modelo de razonabilidad para la producción de evidencia electrónica:



Fuente: elaboración propia.

Una vez verificados el estándar probatorio y los elementos subjetivo y objetivo, es posible emitir la orden judicial de búsqueda de evidencia digital sobre un dispositivo y la injerencia en el derecho a la intimidad será razonable, y en el caso colombiano, la orden del fiscal.

3. Control posterior

Después de la ejecución del acto de investigación, el director de la investigación debe cerciorarse, como primer filtro de control, que los parámetros y los límites del protocolo hayan sido respetados; especialmente en aquellos eventos que hayan involucrado toma de decisiones sobre información reservada. En caso de excesos, deberá adoptar las decisiones pertinentes para sanear la investigación y el proceso, disciplinar a sus responsables y entablar las acciones pertinentes.

Consecuentemente, dentro de las 36 horas siguientes a la culminación del acto, debe surtirse el control judicial posterior por parte del juez de control de garantías. En la audiencia de control, el juez revisará la legalidad de lo actuado y, de ser necesario, interrogará a los investigadores que intervinieron, y decidirá sobre la validez del procedimiento. En principio, este control requiere la presencia exclusiva del fiscal del caso y, en el evento en que la defensa lo advierta o requiera, podrá solicitar en otra audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria la exclusión de las evidencias obtenidas. No obstante, en caso de que la actuación se haya llevado a cabo luego de formulada la imputación, la defensa debe estar presente.

Ahora bien, como se resaltó, este control previsto en el proceso penal colombiano para *sanear* el vaciamiento del régimen de reserva, es tardío: en caso de encontrar ilegal la diligencia y excesos en su ejecución, el atentado contra la intimidad de la persona ya se ha materializado y, si bien hay remedios para el juicio, los compromisos del Estado constitucional de derecho con las personas ya se han visto comprometidos.

Este control judicial posterior, como complemento formal del control previo, es óptimo; incluso, hace parte de la propuesta de Kerr como complemento a la orden judicial que autoriza el registro electrónico²¹⁵. Ahora, hasta tanto no se implementen en el sistema penal acusatorio colombiano las reformas normativas pendientes, este control posterior del juez de la investigación tiene el deber de suplir el déficit de protección a la intimidad. De la autoridad jurídica se espera que verifique que el control previo interno del fiscal haya sido legítimo: que la orden de recuperación de información haya estado soportada en el cumplimiento del estándar de prueba y los elementos objetivo y subjetivo, que el protocolo haya sido razonable y que la investigación se haya sujetado a él.

E. Balance

Tras este recorrido, es posible afirmar que en Colombia no se ha estudiado con sensatez la necesidad de privacidad que la era digital le exige

²¹⁵ Valga recordar que este instituto es ajeno al contexto norteamericano. KERR, *Searches and seizures in a digital world. Op. Cit.*, p. 571.

a un Estado constitucional de derecho, en general, y al proceso penal, en particular. Como se vio, los desarrollos normativos y jurisprudenciales han apuntado en una dirección contraria al derecho convencional y extranjero, y han permitido el déficit de protección del derecho a la intimidad en el sistema acusatorio colombiano. Por si ello no bastara, la academia tampoco ha hecho esfuerzos por exponer esta deficiencia e invitar a avanzar en la materia.

Esto cobra especial relevancia al estudiar los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios que se han efectuado en otros contextos y que exhiben el casi un siglo de ventaja que le llevan a Colombia. Sin embargo, tal comparación de sistemas no puede devenir en frustración, ni basta la simple exposición del problema, y quedar a la espera de que algún día se repare en la materia y alguien haga algo. No, de estos esfuerzos de racionalización del derecho, se espera que sean propositivos y que aporten soluciones encaminadas a redireccionar las falencias, hacia el respeto por los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, con el Estado constitucional de derecho y con la era digital.

La intención de esta sección fue esa. Luego de exponer el déficit de protección de la intimidad en el proceso penal colombiano, se plantearon las bases sobre las cuales se puede erigir el modelo razonable para la producción de evidencia electrónica, se presentaron las diferencias materiales y formales de las investigaciones físicas y digitales y se definió la clase de evidencia electrónica que es relevante para la materia: la que está dirigida a probar la configuración del delito y no la meramente ilustrativa.

A continuación, con el apoyo de los estudios de Orin S. Kerr, se identificaron los métodos de recolección de este tipo de evidencia: información administrada por terceros, la vigilancia prospectiva y los registros en los dispositivos personales, y sus alcances. En seguida y con enfoque exclusivo en el tercer método, se expuso el cambio de paradigma que se ha aceptado en torno a los actos de incautación y registro de la evidencia electrónica y la manera cómo esta transformación conceptual suministra las herramientas de racionalización del modelo.

Tras un análisis no exhaustivo de precedentes norteamericanos y europeos, se demostró que la discusión no es novedosa, que la tendencia en

esos contextos es hacia la actualización conceptual del método y apunta en una dirección inversa a la nacional: el incremento de la protección a la intimidad de las personas, por encima de la eficiencia en las investigaciones penales.

Finalmente, en esa misma dirección, se propuso un modelo de producción de evidencia digital para el proceso penal colombiano que acogiera las virtudes del derecho comparado y que fuera razonable, respetuoso de los principios rectores y aplicable, inmediatamente, con las actuales falencias normativas, y mediatamente, en el escenario en el que se promuevan las reformas constitucionales y legales pertinentes. Este se compone de un control previo judicial y, en su defecto, del control interno del fiscal, que le impone a la investigación cumplir con el estándar de prueba y un elemento subjetivo y objetivo.

Este último está compuesto del protocolo para un registro razonable, que debe estar previamente definido y para el cual se suministró un modelo de elaboración. Este debe ser avalado previamente por la autoridad imparcial, o en su defecto, por el director de la investigación, a manera de autocontrol interno, y, posteriormente, la ejecución del acto con sujeción a los parámetros de razonabilidad previstos, debe ser verificada, en un primer momento por el director de la investigación y, en seguida, por el juez de control de garantías.

CONCLUSIÓN

El camino recorrido suministra una base sólida que permite afirmar que en Colombia impera un régimen penal sin privacidad: la facultad de la fiscalía de acceder a la evidencia electrónica sin autorización judicial previa, constituye una injerencia ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad de las personas. Por este motivo, fue necesario identificar el origen del déficit de protección, proponer mecanismos para su superación y, con fundamento en la experiencia extranjera, plantear un método razonable para la producción de evidencia digital que reivindique los vacíos del sistema acusatorio colombiano.

De entrada se reparó en que los contenidos del derecho fundamental a la intimidad, el consenso sobre su relatividad y las garantías que se han desarrollado para su protección en las causas penales -la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones personales, y el régimen de reserva- tienen un claro soporte convencional y constitucional. Sin embargo, la reforma constitucional que introdujo el sistema penal acusatorio desarrolló el régimen de la reserva de derechos fundamentales, a partir de móviles políticos y de un temor institucionalizado, y terminó por consagrar un régimen de reserva de la intimidad general y apartó de él las diligencias de registro, allanamiento, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones.

El legislador penal interpretó esa excepción de manera extensiva y concluyó que los actos de investigación *relevantes* que requieren el control judicial previo son aquellos que involucran intervenciones en el cuerpo humano y, los que no, quedan a la liberalidad del legislador y, al parecer, de los jueces. De esa manera, el acto de producir evidencia digital, a través de la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones quedó al margen de la autorización del juez de control de garantías.

Como se vio, la supresión de este control tiene implicaciones sustanciales y, eventualmente, puede conllevar ámbitos de responsabilidad internacional del Estado, al garantizar en menor proporción los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y de responsabilidad

disciplinaria, e incluso penal, de los servidores que ejecutan los actos de investigación referidos.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia permitió concluir que los tribunales de unificación del derecho identificaron el déficit de protección normativo y, en vez de corregirlo, también se apartaron de los fundamentos convencionales y constitucionales del régimen de reserva de la intimidad en el proceso penal, y adicional al temor histórico a la criminalidad organizada, anclaron los fundamentos de la expansión del régimen excepcional, en la obtención de una ventaja frente a la creciente cibercriminalidad. De esa forma, a partir de la sentencia C-336 del 2007, desarrollaron la *regla de flexibilización excepcional del control posterior*, que faculta a la fiscalía para recaudar evidencia electrónica que tenga injerencia sobre ámbitos de intimidad de las personas sin la autorización del juez de control de garantías y sin que ello viole el régimen de reserva de la intimidad.

En igual sentido, la jurisprudencia tergiversó el mecanismo de producción de evidencia digital, en una multiplicidad de actos y conceptos, que han dejado una doctrina del derecho oscura e incoherente. Pasó por ser una inspección, pesquisa o examen sobre objetos materiales o inmateriales, consecutivo a una diligencia de registro y allanamiento, sin importar la afectación adicional sobre derechos fundamentales que pueda tener; un registro independiente, para producir evidencia digital; un acto de investigación indeterminado; de nuevo, una búsqueda selectiva en bases de datos; un registro mucho más amplio, equiparable a la inspección sobre cadáver, y, una vez más, la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Del balance del régimen normativo y jurisprudencial, se hizo evidente que el sistema acusatorio colombiano adolece de serias deficiencias de protección al derecho a la intimidad en la producción de evidencia electrónica y que su superación involucra una reforma constitucional y legal y el redireccionamiento de la doctrina de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. No obstante, como es impredecible el tiempo que tardarán en llegar estas soluciones y ese lapso resulta demasiado costoso en materia de derechos humanos, para suplir las necesidades de la era de

la tecnología y la información, fue preciso auscultar por un mecanismo más efectivo y aplicable en las condiciones actuales del sistema penal acusatorio.

Con ese norte, se identificó la necesidad de replantear la doctrina que compone al derecho a la intimidad en las investigaciones penales que involucran evidencia electrónica y la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, en el domicilio y en las comunicaciones privadas, y su régimen de reserva. Para tal fin, se llevó a cabo un recorrido por múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios norteamericanos y europeos, en aras de exhibir el casi un siglo de ventaja que le llevan a Colombia en esta materia.

Sobre esta base, se presentaron las nuevas dinámicas que componen las incautaciones y registros en dispositivos electrónicos y la actualización de los fundamentos y alcances de la protección de la intimidad en esos actos de intrusión, ya no físicos, sino virtuales. De igual forma, se precisaron las bases sobre las cuales se debe erigir el modelo razonable para la producción de evidencia electrónica, las diferencias materiales y formales de las investigaciones físicas y digitales, y se definió la clase de evidencia electrónica que es relevante para la materia: la que está dirigida a probar la configuración del delito, y no la meramente ilustrativa.

En seguida, se identificaron los métodos de recolección de este tipo de evidencia: información administrada por terceros, la vigilancia prospectiva y los registros en los dispositivos personales, y sus alcances. Y, con enfoque exclusivo en el tercer método, se expuso el cambio de paradigma que se ha aceptado en torno a los actos de incautación y registro de la evidencia electrónica y la manera cómo esta transformación conceptual suministra las herramientas de racionalización del modelo.

Finalmente, se propuso un modelo de producción de evidencia digital para el proceso penal colombiano que acogiera las virtudes del derecho comparado y que fuera razonable, respetuoso de los principios rectores y aplicable inmediateamente, con las actuales falencias normativas, y mediateamente, en el escenario en el que se promuevan las reformas constitucionales y legales pertinentes.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN ARIAS, Pamela, *et al* (coord.) *Ciberespacio, ciberseguridad y ciber justicia en la era digital: el futuro de la abogacía*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2019. 429 p.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. 213 p.

CALLE, Pablo Echeverri. *Incorporación del derecho penal internacional al ordenamiento jurídico interno: entre profundas lagunas y peligrosas antinomias*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017. 220 p.

“Chuzadas. Traición en el búnker de la Fiscalía”. En: *Revista Semana*, 14 de julio de 2019. (Consultado el 19 de octubre de 2019). Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/corrupcion-en-la-fiscalia-semana-revela-escandalo-de-espionaje/623374/>

CLANCY, Thomas K. What does the Fourth Amendment protect: property, privacy, or security. (en línea) En: *Wake Forest Law Review*, 1998, vol. 33:2. p. 307-370. (Consultado el 26 de octubre de 2020). Disponible en: <http://heinonline.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/HOL/Page?handle=hein.journals/wflr33&div=18>

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional No. 82* (25 de mayo de 1991). p. 11. (en línea) (consultado el 13 de noviembre de 2020) Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3723>

-----, *Gaceta Constitucional No. 81* (24 de mayo de 1991). p. 10. (en línea) (consultado el 13 de noviembre de 2020) Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3798>

----- . Gaceta Constitucional No. 90 (5 de junio de 1991). p. 15. (en línea) (consultado el 13 de noviembre de 2020) Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3754>

----- . Constitución Política de 1991 (7 de julio de 1991) En: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos del Acto Legislativo 12 de 2002. Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No.210 de 6 de junio de 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 (26 de abril de 2002) Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No.134 de 26 de abril de 2002.

----- . Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 (7 de mayo de 2002) Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No.148 del 7 de mayo de 2002.

----- . Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 (7 de mayo de 2002) Acto Legislativo 02 de 2003. En: Gaceta del Congreso No. 148 del 7 de mayo de 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 527 (18 de agosto de 1999) Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999.

----- . Ley 600 (24 de julio de 2000). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. En: Diario Oficial. 2000. No. 44.097.

----- . Exposición de motivos del acto legislativo No.237 (26 de abril de 2002) En: Gaceta del Congreso No.134 de 26 de abril de 2002.

----- . Acto Legislativo 03 (19 de diciembre de 2002). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. En: Diario Oficial. 2002. No. 45.040.

-----, Ley 599 (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal.
En: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

-----, Ley 906 (31 de agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de
Procedimiento Penal. En: Diario Oficial. 2004. No. 45.657

-----, Ley 975 (25 de julio de 2005). Por la cual se dictan disposiciones
para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al
margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de
la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.
En: Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2700 (30 de
noviembre de 1991). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
En: Diario Oficial. 1991. No. 40.190.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-490 de 1992 (13 de
agosto de 1992)

-----, Sentencia C-395 de 1994 (8 de septiembre de 1994).

-----, Sentencia C-863 de 2001 (15 de agosto de 2001)

-----, Sentencia C-805 de 2002 (1° de octubre de 2002)

-----, Sentencia C-1092 de 2003 (19 de noviembre de 2003).

-----, Sentencia C-591 de 2005 (9 de junio de 2005).

-----, Sentencia C-882 de 2005 (10 de agosto de 2005)

-----, Sentencia C-979 de 2005 (26 de septiembre de 2005)

-----, Sentencia C-336 de 2007 (9 de mayo de 2007)

-----, Sentencia C-025 de 2009 (27 de enero de 2009)

-----, Sentencia C-131 de 2009 (24 de febrero de 2009)

-----, Sentencia C-411 de 2015 (1° de julio de 2015),

-----, Sentencia C- 014 de 2018 (14 de marzo de 2018)

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 2 de julio de 2008 (radicado 29.991)

-----, Sala de Casación Penal. Auto del 14 de julio de 2008 (radicado 29.992)

-----, Sala de Casación Penal. Auto del 16 de julio de 2008 (radicado 30.022)

-----, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de noviembre de 2011 (radicado 37.431)

-----, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de abril de 2013 (radicado 35.127)

-----, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de 2013 (radicado 39.788)

CORBETT, Patrick E. The future of digital evidence searches and seizures: the future of the Fourth Amendment in a digital context: where would the Supreme Court draw the electronic line at the international border?. (en línea). En: Mississippi Law Journal, 2012, vol. 81:5. 1263-1308 p. (Consultado el 26 de octubre de 2020). Disponible en: https://olemiss.edu/depts/ncjrl/pdf/2011%20Symposium/15-%20Corbett_FINAL_REVISED.pdf

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES SUPREME COURT. Olmstead vs. US. 277 US 438, 466, 474 (1928)

-----, Goldman vs US 316 US 129, 131 (1942)

-----, Berger vs New York, 388, US, 41 (1967).

- . Katz vs US 389 US 347, 348, 360 (1967)
- . Andresen vs Maryland 427 US 463 (1976)
- . US vs New York Telephone Co. 434 US 159 C (1977).
- . Dalia v. US: 441 US 238 (1979).
- . Payton vs. New York. 445 US 573, 590 (1980).
- . US vs Knotts 460 US 276, 277 (1983).
- . Arizona vs Hicks 480 US 321 (1987)
- . US vs Karo. 468 US 705, 708 (1988)
- . US vs. Jones, 565 U.S. 400 (2012).
- . Riley vs California 134 S. Ct. 2473 (2014)
- . Carpenter vs US 138 S. Ct. 2206 (2018)

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS.
 SECOND CIRCUIT.US vs Riley 906 F. 2d. 841 (Cir 1990).

- . THIRD CIRCUIT. 655 f. 3d 288 (3d Cir. 2011)
- . FIFTH CIRCUIT.US vs Runyan 275 F. 3d. 449, 464 (5th Cir. 2001)
- . SIXTH CIRCUIT. Bills vs Aseltine, 958 F. 2d 697 (6th Cir. 1992).
- . SIXTH CIRCUIT. US vs Lichtenberger 786 F. 3d 478 (6th Cir. 2015)
- . NINTH CIRCUIT. US vs Cardwell 680 F. 2d. 75, 78 (9th Cir 1982).
- . NINTH CIRCUIT. US vs Lacy 119 F 3d 742, 746 (9th Cir, 1997)

----- . NINTH CIRCUIT. *Kyllo vs. US*. 533 US 527, 40 (2001)

----- . NINTH CIRCUIT. *US vs. Arnold*. 533, F, 3 d., 1003, 1008 (9th Cir. 2008)

----- . NINTH CIRCUIT. *US vs. Comprehensive Drug Testing, Inc. (CDT. II)* 579 F. 3d 959 (9th Cir 2009)

----- . NINTH CIRCUIT. *US v. Cotterman* - 709 F.3d 952 (9th Cir. 2013).

----- . TENTH CIRCUIT. *US vs Carey* 172 F. 3d. 1268 (10th Cir. 1999)

----- . TENTH CIRCUIT. *US vs Riccardi* 405 F. 3d. 852, 865 (10th Cir 2005).

----- . ELEVENTH CIRCUIT. *US vs Slocum* 708 F. 2d. 587, 604 (11th Cir. 1983).

----- . ELEVENTH CIRCUIT. *US vs Schandl* 947 F. 2d. 462, 465 (11th Cir. 1986).

----- . ELEVENTH CIRCUIT. *US vs Sparks* 806 F. 3d. 1323 (11th Cir. 2015)

----- . DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. *US vs Heldt* 668 F. 2d. 1238, 1267 (D.C Cir. 1981).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF VERMONT. *US vs Hunter* 13F. Supp. 2d. 574, 583 (D. Ut. 1998)

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. *US vs Gray*. 78. F. Supp. 2d. 524 (E.D.Va, 1999).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT UTAH. *US vs Barbuto* D. Utah (12 Apr 2001).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, C.D. CALIFORNIA. *US vs Hill* 322 F. Supp. 2d 1081, 1090-91 (CD. Cal. 2004).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, N.D. ILLINOIS, EASTERN DIVISION. Search of 3817 W. West End, First Floor Chicago, Ill. 60621, 321, F. Supp. 2d. 953, 955 (N.D. Ill. 2004)

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, E.D. VIRGINIA, ALEXANDRIA DIVISION. US vs Jefferson 571 F. Supp 2d. 696 (ED. Va 2008).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, W.D. NEW YORK. US vs Rogozin 09-CR-379(S)(M) (W.D.N.Y. Nov. 16, 2010)

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. UNITED STATES DISTRICT COURT, E.D. MICHIGAN, SOUTHERN DIVISION. US vs Stewart 839 F. Supp. 2d 914 (E.D. Mich. 2012).

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de cadena de custodia. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2016, 124 p. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia//wp-content/uploads/policiajudicial/DOC-CNPJ/Manual%20de%20cadena%20custodia.pdf>.

GARCÍA, David, *et al.* Collective aspects of privacy in the Twitter social network. (en línea) En: EPJ Data Science, 2018, vol. 7:1. (Consultado el 27 de octubre de 2020) 13 p. Disponible en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2199/10.1140/epjds/s13688-018-0130-3>

GROSS, Shannon. A mystery wrapped in an encryption: surveillance and privacy in encrypted era. (en línea) En: Northwestern Journal Technology and Intellectual Property, 2017, vol. 15:1. 73-92 p. (Consultado el 26 de octubre de 2020) Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2218/HOL/Page?handle=hein.journals/nwteintp15&div=6>.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, reimpresión segunda edición, 2017. 591 p

HONG, Ilyoung, *et al.* A new triage model conforming to the needs of selective search and seizure of electronic evidence. (en línea) En: Digital Investigation, 2013, vol. 10:2. (consultado el 1° de noviembre de 2020) 175–192 p. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1742287613000042>

KERR, Orin S. Digital evidence and the new criminal procedure. En: Columbia Law Review, 2005, vol. 105:1. (Consultado el 27 de octubre de 2020) 279 p. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2068/login.aspx?direct=true&db=edsjsr&AN=edsjsr.4099310&lang=es&site=eds-live&scope=site>

----- . Fourth Amendment seizures of computer data. (en línea) En: The Yale Law Journal, 2010, vol. 119. (Consultado el 20 de octubre de 2020) 700-723 p. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5194&context=ylij>

----- . Implementing Carpenter. (en línea). En: University of California, Berkeley School of Law, 2018, USC Law Legal Studies Paper No. 18-29 p. (consultado el 1° de noviembre de 2020) 52 p. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3301257

----- . Searches and seizures in a digital world. En: Harvard Law Review, 2005, vol 119: 2. (Consultado el 1° de noviembre de 2020) 531-585 p. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/4093493?seq=1>

“Las 'chuza-DAS” . En: Revista Semana, 19 de diciembre de 2009. (Consultado el 19 de octubre de 2020) Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/las-chuza-das/111197-3>

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis y Universidad de Los Andes, Segunda Edición, 2006. 366 p.

NEPTUNE RIVERA, Viviane I. La evidencia electrónica: autenticación y admisibilidad. Puerto Rico: Ediciones SITUM, 2017. 183 p.

"Néstor Humberto Martínez montó en la Fiscalía un aparato de 'chuzadas': Gonzalo Guillén. En: Pulzo, 25 de mayo de 2019. (Consultado el 19 de octubre de 2020). Disponible en: <https://www.pulzo.com/nacion/gonzalo-guillen-acusa-exfiscal-nessor-humberto-martinez-ordenar-chuzadas-PP702105>

"No cesa el alboroto por 'chuzadas' a opositores, periodistas, magistrados y funcionarios de Gobierno". (en línea). En: Periódico El Tiempo, 23 de febrero 2009. (Consultado el 19 de octubre de 2020). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4836174>

O'DORISIO, Roderick. "You've got Mail" decoding the bits and bytes of Fourth Amendment computers search after Ackerman. (en línea) En: Denver Law Review, 2017, 94:4. (consultado el 1° de noviembre de 2020) 651-680 p. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3356890

OFFICE OF LEGAL EDUCATION EXECUTIVE OFFICE FOR UNITED STATES ATTORNEYS. Searching and seizing computers and obtaining electronic evidence in criminal investigations: computer crime and intellectual property section criminal division. (en línea). Washington: Department of Justice, 2009. 287 p. Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-ccips/legacy/2015/01/14/ssmanual2009.pdf>

OHM, Paul. The future of digital evidence searches and seizures: the Fourth Amendment in a world without privacy. (en línea). En: Mississippi Law Journal, 2012, vol. 81:5. 1309-1356 p. (Consultado el 26 de octubre de 2020). Disponible en: https://olemiss.edu/depts/ncjrl/pdf/2011%20Symposium/16-%20Ohm_FINAL.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). ASAMBLEA GENERAL. Resolución 217 A (III) (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

----- . ASAMBLEA GENERAL. Resolución 2200 A (XXI) (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA. (30 de abril de 1948). Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

----- . CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

ROBINTON, Lily R. Counting chaos: conflicting guidance from courts highlights the need for clear rules to govern the search and seizure of digital evidence. (en línea) En: Yale Journal of Law and Technology, 2010, vol. 12:1, art. 8. (Consultado el 27 de octubre de 2020) 311-347 p. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=yjolt>

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Juan Camilo. La Telegrafía: una revolución en las telecomunicaciones de Colombia: 1865-1923. (en línea) En: Biblioteca virtual del Banco de la República, 2012, No.265. (Consultado el 2 de noviembre de 2020) Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-265/la-telegrafia-una-revolucion-en-las-telecomunicaciones-de-colombia>

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Traductores Gabriel E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2014. 601 p.

----- . Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 1994. 216 p.

SÁENZ RODRÍGUEZ, María Del Pilar, Cómo funciona internet. Karisma – ISOC Colombia. En: 6° Foro de Gobernanza de Internet (2, noviembre: Bogotá) Relatoría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SCHLAG, Pierre. Rules and standards. (en línea) En: UCLA Law Review, 1985, vol. 33. (Consultado el 1° de noviembre de 2020) 379-430 p. Disponible en: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2049&context=articles>

SMITH, Noah Matthew. An iPhone is an extension of the mind: the FBI isn't asking to access an uncrackable safe. It wants to compromise the boundaries of the self. (en línea) En: Slate, 19 de febrero de 2016. (Consultado el 15 de marzo de 2017) Disponible en: http://www.slate.com/articles/technology/technology/2016/02/apple_and_the_fbi_think_iphones_are_safes_a_philosopher_explains_what_they.2.html

TEMPLE LANG, John. Legal problems of digital evidence. (en línea). En: Journal of Antitrust Enforcement, 2014, vol. 2:1. (consultado el 29 de octubre de 2020) 44-68 p. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnt007>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Roquette Freres. Caso C-94/00 (2002) ECR I-9011.

----- . Robathin vs Austria. Caso30457/06, juicio del 3 de julio de 2012.

----- . Nexans France (2012) ECR II. Caso T-135/09, juicio 14 de noviembre de 2012.

----- . Bernh Larsen Holding AS and Others vs Norway. Caso 24117/08 (sección I), juicio 14 de marzo de 2013.

TURNER, Jenia J. Managing digital discovery in criminal cases. (en línea) En: The journal of criminal law and criminology, 2019, vol. 109:2. (237-311 p.) (Consultado el 26 de octubre de 2020). Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7651&context=jclc>

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal: hacia una propuesta de fundamentación del sistema

acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, 2015. 369 p.

----- . Principio acusatorio y derechos fundamentales: hacia una reformulación necesaria en el proceso penal colombiano. En: Libro Homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2021. En prensa.

WANG, Elle Xuemeng. Erecting a Privacy Wall Against Technological Advancements: the Fourth Amendment in the Post-Carpenter Era. (en línea). En: Berkeley Technology Law Journal, 2019, vol. 34:4. (consultado el 1º de noviembre de 2020) 1205-1238 p. Disponible en: https://btlj.org/data/articles2019/34_4/10_Wang_WEB.pdf

WINICK, Raphael. Searches and seizures of computers and computer data. (en línea). En: Harvard journal of law and technology, 1994, vol. 8:1. 75-128 p. (Consultado el 26 de octubre de 2020). Disponible en: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v08/08HarvJLTech075.pdf>