

LA INTIMIDAD Y LA PRUEBA

MIGUEL ENRIQUE LÓPEZ BRUCE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2010

LA INTIMIDAD Y LA PRUEBA

MIGUEL ENRIQUE LÓPEZ BRUCE

Trabajo de Grado para obtener el Título de Abogado

Director

GUSTAVO ADOLFO CUELLO IRIARTE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2010

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

RESUMEN

Los derechos fundamentales, no obstante ser una manifestación del principio de la dignidad humana, no son absolutos. La trascendencia de la función jurisdiccional del Estado, bajo determinados supuestos, puede justificar su afectación. Este planteamiento es particularmente intrigante en relación con la intimidad, como quiera que la intromisión en ella puede propiciar la obtención de valiosas pruebas, determinantes en el desarrollo de la función jurisdiccional. Conviene preguntarse entonces hasta qué punto resulta legítima la afectación del derecho a la intimidad con el fin de obtener pruebas judiciales, teniendo en cuenta el alcance del derecho y los mecanismos procesales que garantizan su protección.

ABSTRACT

Fundamental rights, despite being a manifestation of the principle of human dignity, are not absolute. The importance of State's jurisdictional function, under certain circumstances, can justify their affectation. This matter is particularly intriguing in relation to privacy, whose affectation may facilitate obtaining valuable evidence, decisive in the development of the jurisdictional function. It should then ask how far is legitimate to affect the right to privacy in order to obtain legal evidence, taking into account the scope of this right and the procedural mechanism that ensure its protection.

INTRODUCCIÓN.....	12
1. MARCO CONCEPTUAL.....	16
1.1 La dignidad humana	16
1.2 El derecho a la intimidad.....	22
1.2.1 Noción	22
1.2.2 Importancia.....	23
1.2.3 Origen y desarrollo del concepto.....	25
1.2.4 Intimidad y vida en sociedad.....	27
1.2.5 Intimidad y vida privada	28
1.2.6 Exteriorización de lo íntimo	28
1.2.7 Manifestaciones.....	29
1.2.8 Intimidad familiar	30
1.2.9 El derecho a la intimidad de las personas jurídicas o morales.....	32
1.2.10 Límites de la intimidad	33
1.2.11 Intimidad, información y tecnología.....	35
1.2.12 Afectaciones.....	37
1.2.13 Consagración en el Derecho positivo	37
1.3 La Función Jurisdiccional.....	38
1.4 La prueba	40
1.4.1 La prueba jurídica.....	41
1.4.2 La prueba judicial	42
1.4.2.1 El principio de la necesidad de la prueba.....	43
1.4.2.2 El derecho a la prueba	44
1.4.2.2.1 El derecho a la prueba y la carga de la prueba	45
1.4.2.2.2 El derecho a la prueba y el derecho de defensa	46
1.5 El debido proceso	46
2. EL ENFRENTAMIENTO ENTRE LA INTIMIDAD Y LA PRUEBA	49
2.1 Intimidad personal y prueba	49
2.2 La intimidad corporal y las “investigaciones corporales”	52
2.3 El secreto profesional	72
2.3.1 El secreto profesional médico	80
2.3.2 El secreto profesional del abogado.....	84
2.3.3 El secreto profesional de los contadores.....	86
2.3.4 El secreto profesional del periodista con su fuente.....	88
2.3.5 Excepción al deber de declarar de los ministros de cultos religiosos.....	92
2.4 Allanamientos y registros al domicilio privado.....	93
2.5 Interceptación y grabación de llamadas	99
2.6 Algunos casos de pruebas documentales.....	106

2.6.1 Correspondencia privada	106
2.6.2 Historias clínicas	112
2.6.3 El “diario íntimo”	114
2.7 Algunas “pruebas informáticas”.....	115
2.8 Búsqueda selectiva en bases de datos.....	119
3. ESTUDIO DE LA TENSIÓN ENTRE LA INTIMIDAD Y LA PRUEBA	124
3.1 El deber de colaborar con la administración de justicia	127
3.2 La buena fe y la lealtad procesal.....	131
3.3 El abuso del derecho.....	137
3.4 El juicio de proporcionalidad.....	139
3.5 El núcleo esencial del derecho.....	145
4. ALCANCE PROCESAL	148
4.1 Cláusula de exclusión.....	150
4.2 Anulación del proceso.....	157
4.3 Reserva judicial y control de garantías.....	158
4.3.1 Autorización judicial previa	159
4.3.2 Control judicial posterior	160
4.5 Recursos	161
4.6 Acción de tutela.....	162
CONCLUSIONES.....	164
BIBLIOGRAFÍA.....	172
NOTAS.....	180

INTRODUCCIÓN

Afirma la CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia, con razón, que “El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana”¹ y que “esta Carta consagra una nueva orientación filosófica que ubica al hombre en lugar privilegiado y es el más eficaz instrumento al servicio de la dignificación de la persona humana”². Por lo tanto, en el desarrollo de todas las actividades del Estado, inclusive las encaminadas a la consecución de fines tan trascendentales como los encomendados a la función jurisdiccional, debe imperar el respeto por la dignidad humana³.

Para el adecuado desarrollo de la prenotada función jurisdiccional se precisa, por parte de sus titulares, de certeza⁴ sobre los hechos alegados por los justiciables. De ahí la importancia de la prueba judicial o procesal, destacada hasta el punto de decirse que “Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar” y que “un proceso no se puede hacer sin pruebas”⁵. Sin embargo, los hechos relevantes en un proceso judicial no se han de “investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo”⁶. Por esta razón, durante la actividad probatoria judicial se impone el respeto y la tuición de los derechos del individuo⁷ inescindiblemente vinculados a su dignidad como persona, como lo pregonan la consabida garantía del debido proceso. Por lo mismo, el derecho a la prueba de las partes, decisivo de cara al éxito de sus pretensiones y excepciones, no es una prerrogativa absoluta. En efecto, señala el artículo 29 de la Carta Política: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Entre los derechos de la persona que deben ser protegidos en desarrollo de la actividad probatoria judicial suscita un interés particular el derecho a la intimidad, toda vez que su afectación puede propiciar la creación o el descubrimiento de valiosos elementos con vocación de prueba en un proceso. La fascinación por este derecho estriba en su consagración como garantía constitucional fundamental y, principalmente, en que se trata de un derecho natural, de una parte esencial del ser humano desde el punto de vista ontológico y de una manifestación de la dignidad humana. Su protección, no sobra decirlo, no solamente concierne a quien potencialmente pueda verse perjudicado con la decisión judicial, verbigracia el indiciado, el imputado, el acusado o el demandado, sino a todos los sujetos procesales, intervinientes y terceros⁸.

No obstante lo anterior, la intimidad no es un derecho absoluto. Por eso, de cara al desarrollo de los fines de la función jurisdiccional y de otros objetivos igualmente importantes de la actividad estatal, en determinadas circunstancias resulta legítima su limitación. Empero, las facultades que implican la afectación de derechos como la intimidad, deben ejercerse con suma cautela y racionalidad, nunca arbitrariamente, especialmente cuando no media el consentimiento de su titular.

Las consideraciones que preceden nos llevan a plantear interrogantes como: ¿cuál es el alcance de la protección del derecho a la intimidad? ¿En qué condiciones es legítima la afectación del derecho a la intimidad, sin autorización de su titular, para la obtención de pruebas judiciales? ¿Qué efectos tiene sobre el material probatorio la ilegitimidad de la afectación? ¿Con qué mecanismos cuentan las personas para la protección de este derecho frente a la obtención de pruebas judiciales?⁹

Es así como se evidencian la tensión y los potenciales enfrentamientos entre la protección del derecho a la intimidad y la necesidad de prueba en los procesos judiciales, como presupuesto para el desarrollo de la función jurisdiccional y la consecución de los fines que a ésta le corresponden. Este problema no se resuelve en el cumplimiento de requisitos meramente formales de fácil enunciación, sino que requiere de un análisis material¹⁰. Ante esta situación se hace patente la necesidad de criterios, métodos o pautas, más o menos generales, que permitan abordar dicha colisión, en aras de determinar los cauces para un legítimo desarrollo de la actividad probatoria judicial, así como de escenarios procesales para su aplicación, todo lo cual apunta hacia la debida protección de la intimidad y de la dignidad humana.

En este orden de ideas, el propósito de esta monografía es relacionar los conceptos de intimidad y prueba, desde la perspectiva de sus potenciales enfrentamientos en el marco de la actividad probatoria judicial, para ahondar en las herramientas y escenarios que faciliten un adecuado análisis material de esta tensión, propugnando, en último término, por la debida protección de este derecho fundamental.

Para tal efecto, se procederá, en primer lugar, a la elaboración de un marco conceptual, el cual no se agota en las nociones de intimidad y prueba, sino que requiere también de precisiones en torno a los conceptos de dignidad humana y debido proceso; de esta manera se pretende identificar, preliminarmente, los alcances y limitaciones de dichos conceptos. Posteriormente, se señalarán algunos eventos en cuales que se concreta la tensión planteada, como son las investigaciones corporales, el secreto profesional, los

allanamientos y registros al domicilio privado, la interceptación de comunicaciones, la grabación de llamadas, la búsqueda selectiva en bases de datos, entre otras, con el fin de destacar la relevancia de esta cuestión a la vez que su dificultad, así como su disímil e inacabado tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia. En seguida se expondrán algunos métodos, criterios, pautas o parámetros que contribuyan, en cada caso concreto, al análisis material del enfrentamiento que se cita, habida cuenta de las particularidades de cada circunstancia. Finalmente, será preciso mencionar distintos escenarios procesales para el control de la legitimidad de las afectaciones del derecho a la intimidad y, por lo tanto, del material probatorio así obtenido, es decir, de instancias que propicien el referido análisis material de esta cuestión y, en últimas, la protección del derecho a la intimidad y, por contera, del debido proceso y de la dignidad humana.

1. MARCO CONCEPTUAL

1.1 La dignidad humana

Dignidad “indica la calidad de digno, de excelencia, el decoro de las personas en la manera de ser y de comportarse”¹¹. La dignidad humana es un derecho intrínseco de la condición del hombre como ser “dotado de entendimiento y voluntad, capaz de generar ciencia y deliberaciones”¹²; como “poseedor de una mente que intelectualmente lo hace superior” y, por tanto, “merecedor de respeto como tal”¹³. Por lo tanto, la dignidad “trasunta reflejos de excelencia, realce, grandeza o importancia, asignable a toda persona, con prescindencia de cualidades o defectos” y “expresa su superioridad en el mundo, como fin en sí y depositaria de magnificencia espiritual y social”¹⁴. En palabras de KANT, “el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no solo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin”. Por eso afirma este filósofo: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio”¹⁵.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶ señala, con acierto, que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; “que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en

que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Por eso el artículo 1º de dicha Declaración establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Ya en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se había consignado, en similar sentido, que “la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos”; que “Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos”; y que “La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” como la libertad y la resistencia a la opresión.

Así, la dignidad humana “envuelve la estimación de los caracteres inherentes a la persona y la identificación de las necesidades cuya satisfacción es indispensable para su adecuado desenvolvimiento individual y social”¹⁷. Por lo anterior, ha sido entendida como uno de los “pilares básicos de toda supraestructura jurídica”¹⁸, lo que denota una “concepción antropocéntrica de la sociedad y del Estado”¹⁹. Como anotara FERRAJOLI, en relación con el Derecho Penal, el principio moral del respeto a la persona humana tiene un carácter político, toda vez que la legitimidad del Estado se funda “únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales”. Por lo tanto, “un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes”²⁰. En efecto, en el caso del Estado colombiano estamos frente a “un sistema político y jurídico que afianza la legitimidad del poder público en el respeto irrestricto que merece la persona humana

como un ser con múltiples potencialidades en vías de realización”²¹. En consecuencia, “los derechos humanos son el fundamento y límite de los poderes constituidos y la obligación del Estado y de la sociedad es respetarlos, protegerlos y promoverlos”²².

Así las cosas, el respeto de la dignidad humana proscribe instrumentalizar al ser humano para la obtención de los fines del Estado. En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL, “la caracterización que la Constitución Política hace del ser humano toma para sí los postulados kantianos de la imposibilidad de entenderlo como un instrumento sujeto a las decisiones de los cuerpos políticos, entre ellos los legislativos, sino como un fin en sí mismo, es decir, como el destinatario de la acción estatal en términos de mejoramiento de sus condiciones de existencia”²³.

La dignidad humana implica el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales en cabeza de cada individuo que son, precisamente, los que permiten su desarrollo, su crecimiento y su proyección. En efecto,

“Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida”²⁴.

Así, los derechos fundamentales son “la respuesta a los intereses y exigencias que en cada momento histórico se reputan socialmente necesarios para el desarrollo pleno de la persona

humana”, el cual “constituye un fin a realizar” y no un “mero dato a mantener o garantizar”²⁵. Por lo tanto, la dignidad se relaciona con la potencialidad y el anhelo que tiene cada persona de ser un individuo único, diferenciado, peculiar y, por lo tanto, impone el rechazo de la concepción de los seres humanos como “individuos intercambiables, sumisos y prescindibles”²⁶. Dice la CORTE CONSTITUCIONAL:

“El principio de la dignidad de la persona humana, no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo, se entendiera como una forma de masificación y homogeneización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto, que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa”²⁷.

Y añade:

“Además de miembro de la comunidad, el individuo como persona tiene derecho a ser portador de una diferencia específica y a apoyarse en ella para proseguir su curso vital. Apagar, silenciar, desconocer y, en fin, hacer caso omiso, del verdadero ser social de la persona, equivale a negar el derecho a la diferencia y, por ende, soslayar el significado profundo del pluralismo”²⁸.

La personalidad jurídica es la “artificialidad del sujeto de derecho frente al sujeto real y pleno”²⁹. Luego, la personalidad jurídica, en desarrollo de esta faceta de la dignidad humana, necesita de una serie de derechos para poder estructurarse, entre los que se destaca el derecho a la intimidad. De esta manera, la protección de la dignidad se extiende a la de todas las garantías que le son connaturales, pues, “si no se reconoce al hombre en su íntegra

realidad, desaparece toda posibilidad de determinar el fundamento del derecho y de la justicia”³⁰. En otras palabras,

“El reconocimiento de la personalidad jurídica, carecería de sentido, si no aparejara también su ejercicio legítimo, máxime si se toma en consideración el aspecto dinámico consustancial al obrar como persona. La consecuencia de hacer uso de la personalidad jurídica, a través de múltiples actos en los que se patentiza la libertad del sujeto (C.P., art. 16), trasciende en el plano individual y social mediante la adquisición y abandono de hábitos, connotaciones, atributos, virtudes y demás elementos que contribuyen a configurar la personalidad única e insustituible de que goza el individuo y que como tal es merecedora de respeto por los demás”³¹.

En este sentido, los seres humanos, más allá de tener un mero derecho a existir, tienen el derecho a un cierto grado de “dominio sobre su propia vida”, lo que se traduce en una serie de garantías frente a “ataques” de terceros, Estado y particulares, y en el derecho a su realización, a su afirmación y al desarrollo de su programa de vida, todo ello a través del goce de todas las facultades que son necesarias para este desenvolvimiento³².

Es así como se explican los diversos aspectos de la dignidad que han sido enunciados doctrinal y jurisprudencialmente:

“(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”³³.

Y, además,

“(i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”³⁴.

Los aspectos que se acaban de exponer evidencian la relación que existe entre este concepto y el derecho a la intimidad: la dignidad es un “valor básico y fundamentador de los derechos humanos”³⁵, es la “fuente de su inviolabilidad”³⁶, “el centro de su creación”³⁷. Es decir, “En la dignidad confluye la protección de todos los derechos fundamentales”³⁸. En palabras de PÉREZ LUÑO, “La dignidad humana supone el valor básico (*Grundwert*) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados “derechos de la personalidad””³⁹.

Por ende, la intimidad “Es un derecho personalísimo que puede considerarse una consecuencia o derivación del derecho a la dignidad”⁴⁰. Más aún, a través de aquella esta última se estructura y por eso estos conceptos no se pueden escindir⁴¹: la intimidad “es uno de los aspectos que hacen a la dignidad humana”⁴², es una faz de ella⁴³ o, en otras palabras, es uno de los derechos que “suponen la concreción y explicitación del valor de la dignidad humana”⁴⁴⁻⁴⁵. En esta medida, se torna necesario ahondar en el concepto de intimidad “para reconstruir el ser humano desde un imperativo categórico que apunte a la refundación del derecho a la dignidad”⁴⁶.

1.2 El derecho a la intimidad

1.2.1 Noción

Numerosas son las definiciones de intimidad propuestas por los autores que se han ocupado del tema⁴⁷. Al respecto, advierte ANTONIO PÉREZ LUÑO que “las nociones de intimidad y vida privada llevan consigo una carga emotiva que las hace equívocas, ambiguas, y dificulta la precisión de su significado”. Por eso, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia existe una definición unívoca y precisa del término, hasta el punto que se discute si se trata de un único derecho o de una pluralidad de ellos, aunque hoy prevalece la postura que considera que se trata de una sola garantía jurídica, pero con una pluralidad de manifestaciones⁴⁸. En efecto, las múltiples definiciones formuladas por tratadistas y sentenciadores permiten afirmar que se trata de un concepto al cual se le atribuyen numerosas facetas y dimensiones, lo que dificulta su delimitación. Sin perjuicio de lo anterior y de las precisiones que se harán más adelante sobre el desarrollo de este concepto y sus variadas manifestaciones, en un intento por proponer una definición, con fundamento en las nociones consultadas, podemos decir que la intimidad es la facultad que tienen las personas de vivir determinados aspectos de su existencia de manera libre, autónoma y reservada, sin más intromisiones y divulgaciones que las que ellas mismas admiten, teniendo como límites el derecho ajeno y el orden público.

Conviene destacar algunos aspectos de esta definición: de una parte, se trata de un derecho subjetivo estrechamente ligado con las necesidades existenciales de las personas, como lo es vivir sin turbaciones y con posibilidades de recogimiento; en segundo lugar, este derecho se erige en barrera frente a intromisiones de terceros y, más aún, frente al manejo y la

divulgación que pueda dársele a la información personal de un individuo; finalmente, no se trata de un derecho absoluto, sino de una garantía limitada por los derechos de las demás personas y el orden público.

1.2.2 Importancia

La CORTE CONSTITUCIONAL ha caracterizado la intimidad como un “elemento esencial del ser”⁴⁹; una expresión de “exigencias radicales del ser humano”; “la parte más centrípeta del yo individual”; el “mundo interior”⁵⁰ de la persona humana; y como un “patrimonio moral” del hombre⁵¹. En efecto, se trata de una “esfera íntima y profunda donde la persona se recoge e intenta encontrarse consigo misma”, donde logra un “apartamiento provisorio de lo público”⁵² y lo social y donde puede garantizar sus “apetitos de soledad”⁵³. Sin este reducto íntimo, “el individuo difícilmente podría encontrar la paz y el sosiego necesarios para retomar el dominio de su propio ser”. Se trata, pues, del escenario de “experiencias puramente subjetivas que, por ser tales, deben permanecer ocultas”⁵⁴, o dicho de otro modo, “están sólo reservadas a Dios”⁵⁵. Como explica JOSÉ ORTEGA Y GASSET, “el mundo es total exterioridad, el absoluto fuera, que no consiente ningún fuera más allá de él. El único fuera de ese fuera que cabe es, precisamente, un dentro, un *intus*, la intimidad del hombre, su sí mismo”⁵⁶. Así las cosas, es en la intimidad donde cada persona logra su desarrollo como “individuo diferenciado y singular”⁵⁷.

Por lo tanto, el individuo necesita de una expectativa legítima de respeto hacia su intimidad, De otra manera, por el temor de ser observado en el desarrollo de sus experiencias más íntimas, no podría encontrar nunca la tranquilidad y el recogimiento anhelados. Es en este

sentido que “El individuo puede exigir que no se le espíe”⁵⁸. Luego, “se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad”⁵⁹. En términos de CIFUENTES:

“En la soledad el hombre se agranda, interioriza, alimenta el vuelo del espíritu; conserva el impulso de las fuerzas interiores; y también se achica, toca lo bajo y palpa la sima de la propia miseria. En la soledad se comunica con lo sobrenatural; cultiva la inteligencia y el talento; el genio desborda en el campo propio de su expansión; el amor puede manifestarse con plenitud; los afectos entrañables crecen y florecen, se llora y se sufre (...) Masivo y pobre ser aquel que, en alguna medida, no busca la soledad ni la goza”⁶⁰.

La intimidad es, pues, un elemento esencial de la personalidad, una parte imprescindible del ser humano⁶¹, un presupuesto de su existencia⁶² y, como se vio, una manifestación de su dignidad; es un “justo interés individual” de la persona⁶³ y un “valor fundamental del ser humano”⁶⁴. En este orden de ideas, estamos frente a uno de los así llamados “derechos personalísimos”⁶⁵ que, por ser tales, son inalienables, emanan de la naturaleza y deben ser respetados por la sociedad.

Por lo tanto, la persona que ve su intimidad ultrajada “percibe la infidencia como la más injusta afrenta a su bien máspreciado, que no es otro que su mundo interior”⁶⁶; ella es profanada, desjerarquizada, y sufre un “menoscabo espiritual”⁶⁷. Por eso afirma CIFUENTES: “La persona dejaría de ser tal sin intimidad”⁶⁸; y en similar sentido se expresa KUNDERA en *La insoportable levedad del ser*: “La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo”⁶⁹.

1.2.3 Origen y desarrollo del concepto

Para algunos autores, el origen histórico de la preocupación por el concepto de intimidad está ligado al nacimiento de la burguesía y a la “afirmación revolucionaria de los derechos del hombre”. Otros, en cambio, relacionan su surgimiento con el desarrollo del cristianismo. Esta última postura ha sido criticada al considerar que tal origen primitivo del concepto en comento correspondería solamente a una noción hoy incompleta del mismo, como simple “autoconciencia de la subjetividad”. Por el contrario, para quienes defienden la primera tesis, la intimidad se configura como una aspiración de aislamiento propia de las personas que se ven avocadas a vivir en comunidad, en sociedad, esto es, vinculadas en una “intrincada red de relaciones” intersubjetivas, situación que adquiere relevancia con el surgimiento de las ciudades y del Estado; así aparece la noción de intimidad, inicialmente concebida para el disfrute de la clase burguesa, como un “privilegio de clase”.

La intimidad empieza a configurarse entonces como un “fuero interno”, situado “al margen de la injerencia estatal” y de las “relaciones sociales comunitarias”, de conformidad con el pensamiento de THOMASIO y KANT; como “derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento”, como “encastillamiento” –“*my home is my castle*”-.

En este contexto aparece, como presupuesto del concepto de *privacy* en el derecho anglosajón, la concepción de la libertad como “autonomía individual”, desde la óptica de JOHN STUART MILL en su obra *On Liberty* de 1859. Para este autor, en los aspectos que solo conciernen a la persona, ella es independiente: “sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano”. Posteriormente, el concepto de *privacy* fue desarrollado por SAMUEL WARREN y LUIS BRANDEIS, en el ensayo *The Right to Privacy* de 1890, como

“el derecho a estar solo” y a la defensa “frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica”.

Años más tarde se avanza hacia una nueva comprensión de este derecho, la cual “rebas los límites estrictos de las libertades individuales, para presentarse como condición de la “existencia colectiva””. Así el concepto adquiere un carácter colectivo, es decir, que “atañe a los individuos en cuanto pertenecen a un determinado grupo social” y es “condición para una convivencia política democrática”.

Con el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación se supera su concepción tradicional como simple “aspiración del individuo a la tranquilidad del espíritu o al aislamiento (*ius solitudinis*)” y empieza a relacionarse con el derecho a la propia imagen, entendido como “el interés del individuo en impedir la posesión, la transmisión pública o la reproducción de su imagen por parte de terceros”. Es decir, aparece un novel aspecto de la intimidad, consistente en la protección del individuo frente a “la captación, manipulación o publicidad no consentida de la imagen”⁷⁰.

A partir de entonces, la intimidad empieza a identificarse también con “el derecho a controlar la información sobre uno mismo”⁷¹, a “controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto”⁷². Para CHARLES FRIED, la intimidad “no implica sencillamente la falta de información sobre nosotros por parte de los demás, sino más bien el control que tenemos sobre las informaciones que nos conciernen”⁷³. Por eso, hoy ésta no se concibe exclusivamente como “barrera” frente a intromisiones ajenas, sino también como un “derecho activo de control” sobre la información que nos concierne⁷⁴.

1.2.4 Intimidad y vida en sociedad

La existencia de una dimensión social en la vida de las personas no puede implicar la aniquilación de su esfera individual⁷⁵, tan necesaria o aún más necesaria que interrelacionarse con otros individuos de la especie humana⁷⁶. A su turno, la intimidad no puede convertirse en patente de corso para el individualismo radical, para el desarrollo de un egoísmo excesivo, la arrogancia o el desenvolvimiento de una tendencia disociadora, ni mucho menos para causar daño a otros. Este derecho no puede convertirse en “una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes”⁷⁷ exigibles a una persona por sus semejantes. Por eso, “Uno de los aspectos más importantes en este tema es distinguir por donde pasa la línea divisoria, entre lo auténticamente privado y aquello que afecta los intereses de terceros”⁷⁸, para lo cual “necesariamente deben ponderarse los alcances del ámbito de reserva en relación con los derechos de los demás”⁷⁹. Se impone así para el individuo una dinámica de “tolerancia de espacios de intimidad en el otro”⁸⁰. Solo es en estas condiciones que se justifica y tiene sentido la tutela jurídica de la intimidad. De esta manera, lo íntimo y lo social “se entrelazan en la unidad sustancial del hombre”⁸¹. Se trata, entonces, de dos dimensiones que deben coexistir, pues, así como el ser humano tiene una permanente necesidad de intimidad, de abrigarse de la “mirada social” que restringe la libertad, al decir de SARTRE⁸², necesita también interrelacionarse con sus semejantes. Como señala SAN AGUSTÍN, “ir hacia sí mismo” no significa que uno “se baste a sí mismo”⁸³. En este sentido, la intimidad es un “derecho de la coexistencia”, es decir, una “condición de la existencia colectiva”⁸⁴ y una “condición para una convivencia política democrática”⁸⁵.

1.2.5 Intimidad y vida privada

La relación entre las nociones de intimidad y vida privada no ha sido objeto de un tratamiento homogéneo por la doctrina y la jurisprudencia. En ocasiones se ha sugerido la equivalencia de ambos conceptos⁸⁶. Sin embargo, esta identidad ha sido objeto del escrutinio y la revisión de doctrinantes y sentenciadores, para afirmar que la vida privada es apenas una de las facetas de la compleja estructura de la intimidad. Otros se refieren al derecho a la privacidad y a la intimidad como fenómenos distintos, aunque reconocen que no se pueden desvincular⁸⁷. Para algunos tratadistas lo íntimo es lo más privado entre lo privado, es una esfera dentro de otra esfera -“teoría de las esferas”-⁸⁸. Al respecto, se ha sostenido que la relación entre privacidad e intimidad es de género a especie, siendo lo íntimo lo más privado entre lo privado o, dicho de otra manera, el núcleo esencial de lo privado⁸⁹. Resulta interesante que la distinción entre vida privada e intimidad permite afirmar que aún los personajes llamados “públicos” o “famosos”, tienen el mismo derecho de protección de ese reducto esencial, de esa esfera más interna, que es la intimidad⁹⁰.

1.2.6 Exteriorización de lo íntimo

En principio, es el titular del derecho quien decide a quiénes permite penetrar en su esfera íntima⁹¹ y qué aspectos desea revelar. Como lo señala HELMUT COING, “hay que dejar en sus manos la decisión sobre qué elementos de su vida quiere hacer públicos y cuáles quiere mantener sólo en su conciencia”⁹². Con todo, debe precisarse que, por tratarse de un derecho personalísimo, “la libertad de disposición se interpreta de manera restrictiva”⁹³. Sin embargo, un importante sector de la doctrina advierte que no toda exteriorización de algo

íntimo le da el carácter de público⁹⁴. Es decir, el conocimiento por parte de terceros de determinadas actividades de un sujeto que tengan carácter íntimo, no las sustrae automáticamente de ese carácter. Por lo mismo, no sería exacto afirmar que existe un suerte de apropiación por parte del tercero que las conoce y su divulgación no es siempre legítima⁹⁵. En efecto, uno de los principales aspectos de la intimidad reside en “la tranquilidad del espíritu y en el alivio” que proporciona impedir la publicación de determinados datos⁹⁶. Por lo tanto, lo íntimo no es solamente aquello que efectivamente es desconocido por los demás, sino también aquello que, aun cuando es conocido por terceros, debe ser respetado⁹⁷, es incomunicable.

1.2.7 Manifestaciones

Numerosas son las facetas de la vida diaria de una persona que conciernen el derecho a la intimidad. Este concepto involucra elementos como el cuerpo humano, el pensamiento, las emociones, las sensaciones, la memoria, el domicilio, algunas relaciones personales y las creencias de distinta índole, por mencionar algunos⁹⁸. De acuerdo con su desarrollo doctrinal y jurisprudencial⁹⁹ la intimidad se concreta, entre otras manifestaciones, en el derecho de una persona a estar sola; al aislamiento más o menos prolongado; a estar únicamente con las personas cuya compañía se acepta¹⁰⁰; a reservar para sí cierta información o compartirla solamente con determinados sujetos; a controlar, hasta cierto punto, la información que le concierne, limitando su acceso; al anonimato; a la reserva; al secreto; a tomar libre y autónomamente algunas decisiones de la vida íntima; a evitar la divulgación de ciertos aspectos del acontecer de su existencia; a actuar libremente, de acuerdo con determinadas creencias y convicciones personales, aun cuando otros las

consideren erradas, siempre que con ellas no se cause daño a los demás¹⁰¹; a evitar e impedir ciertas injerencias exteriores y a ocultar a los demás acontecimientos de la esfera íntima, en fin, a una expectativa legítima de reserva, de confidencialidad¹⁰². Como puede verse, se trata de una garantía integradora de numerosos derechos como la libertad¹⁰³, la autonomía, la imagen, el honor y el buen nombre¹⁰⁴; con razón se ha dicho que el derecho a la intimidad “funge como un derecho madre de una importante y numerosa prole”¹⁰⁵.

Todo lo dicho debe ir de la mano con los correspondientes mecanismos de defensa y garantía. Así, se tiene como corolario la existencia de un conjunto de normas que tiene por fin la protección de las personas frente a atentados que afectan su intimidad¹⁰⁶.

1.2.8 Intimidad familiar

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”¹⁰⁷, es un “elemento natural y fundamental” de ésta. Cuando se conforma una familia, sus miembros empiezan a vivir y a afrontar conjuntamente innumerables acontecimientos y experiencias, por lo que es natural que entre ellos se construyan lazos de afecto, confianza y solidaridad, así como “una suerte de identidad común” y de “comunidad de propósitos”¹⁰⁸. Se trata, pues, de la “solidaridad íntima” que agrupa a los miembros de una familia¹⁰⁹.

Dicha confianza entre los miembros de una familia “los mueve a compartir deliberadamente sensaciones e informaciones individuales que de otra manera no saldrían de la esfera interior de cada uno”¹¹⁰. De ahí que se hable de intimidad familiar; en efecto, como se vio, una de las acepciones del término intimidad que trae el Diccionario de la

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA se refiere a una “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Como anota la doctrina, “La estrechez y espiritualidad de los lazos familiares inducen a reconocer una intimidad grupal, atribuible a la familia; una intromisión lesiva para uno de sus integrantes casi siempre afecta a los demás”¹¹¹. De esta manera, “la persona humana es reconocida no solo en su contextura individual, sino también como integrante de una familia”¹¹². Esto último, por supuesto, sin perjuicio de la intimidad personal o individual de cada uno de sus miembros, pues, como anota la CORTE CONSTITUCIONAL, “puede producirse la vulneración del derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones intrafamiliares, cuando un miembro de la familia, inclusive uno de los cónyuges o compañero permanente, ingresa sin autorización en el campo reservado por otro miembro de la familia para indagar asuntos que aquel se ha reservado para sí y que ha considerado que no los quiere compartir ni siquiera con los miembros más allegados de su familia”¹¹³.

Una de las manifestaciones de la intimidad familiar es la excepción al deber de declarar contenida en el artículo 33 de la Carta Política, que ha sido entendida como garantía autónoma y cuya relevancia ha sido identificada, fundamentalmente, con la protección de la familia, la cual se logra, precisamente, garantizando la intimidad familiar¹¹⁴. No quiere decir lo anterior que los miembros de una familia están imposibilitados para comunicar a terceros lo que ocurre en su seno, esto es, la información familiar que conocen de manera legítima, precisamente por su pertenencia al grupo, lo cual es una forma de ejercicio del derecho a la libertad de expresión, aun cuando tal comportamiento pueda “defraudar la confianza recíproca y afectar la intimidad familiar”¹¹⁵. Esta relatividad es de la mayor importancia

cuando los hechos que interesan al proceso corresponden a la órbita de la intimidad familiar, como ocurre en algunos procesos de divorcio, por ejemplo.

1.2.9 El derecho a la intimidad de las personas jurídicas o morales

Las consideraciones que hasta aquí se han hecho en relación con la intimidad han tenido como fundamento la dignidad de la persona humana y las necesidades propias del hombre. Ahora bien, es conocida la distinción¹¹⁶ entre personas naturales, como “todos los individuos de la especie humana”¹¹⁷, y personas jurídicas o morales, como “persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”¹¹⁸. Algunos sectores de la jurisprudencia y la doctrina, no sin vacilaciones, amparados en la noción de persona jurídica como titular de derechos, han observado que a éstas les resulta predicable la titularidad sobre el derecho a la intimidad, aunque no se trata de una posición unánime¹¹⁹. En cualquier caso, de aceptarse esta opinión, merecería un tratamiento diferenciado la conceptualización del derecho a la intimidad de las personas jurídicas, pues, parece claro que su fundamento no puede ser la dignidad de la persona humana, al menos directamente. A propósito, la CORTE CONSTITUCIONAL ha expresado: “Mientras que respecto de las personas naturales la intimidad, como correlato de su dignidad, abarca un aspecto significativo e inalienable de su vida y de su proyección existencial, tratándose de las personas jurídicas mal puede hablarse de este concepto”. Y añade: “El ente corporativo no puede metafóricamente aspirar a tener el derecho de estar solo. En su caso, la ley establece otro tipo de garantías como las relativas a la reserva documentaria y al secreto industrial”¹²⁰. Luego, la protección de las personas jurídicas atañe otros derechos, igualmente susceptible de tutela jurídica,

como la libertad de asociación, la libertad de empresa, los derechos de propiedad industrial, entre otros. Valga anotar que las personas jurídicas son reflejo de la “aptitud asociativa” de los seres humanos¹²¹ y adquieren relevancia como expresión de la autonomía y de los intereses de determinadas personas naturales, así como de los valores sociales¹²².

El contenido de esta monografía se circunscribirá al análisis de la intimidad como derecho de la persona natural, comoquiera que nuestro interés por el tema se deriva esencialmente del principio de la dignidad humana y de la concepción expuesta de la intimidad como derecho natural, como exigencia radical del hombre y como parte esencial del ser humano.

1.2.10 Límites de la intimidad

Como ocurre con el resto de garantías, se ha dicho que la intimidad no es un derecho absoluto¹²³. Como se evidenció al recapitular algunas definiciones de este concepto, el orden público y el derecho ajeno se erigen en claros límites de este derecho. Más aún, su ejercicio no excluye la solidaridad que se espera de las personas que viven en sociedad, la sociabilidad, ni la convivencia social armónica y pacífica, como se explicó.

Por lo tanto, el derecho a la intimidad puede ser objeto de regulación y delimitación o, si se quiere, de restricción por parte del Legislador. Sin embargo, dicha delimitación no puede ser igual a su aniquilación, pues, en consonancia con todo lo dicho, la demolición de este derecho puede considerarse equivalente a la destrucción del ser, además de contrariar la obra del Constituyente que lo ha erigido en derecho fundamental.

Así las cosas, el derecho a la intimidad puede ser restringido en aras de la obtención de alguno de los objetivos generales y fundamentales del Estado, salvaguardando su núcleo esencial¹²⁴. Por ejemplo, “El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es (...) un bien protegido por la Constitución”¹²⁵ que puede, eventualmente, justificar la afectación de este derecho. Nótese como aquí se manifiesta “una dualidad de tendencias instintivas” del ser humano: “por un lado el ser humano tiene necesidad de saber y por otro de ocultar”¹²⁶.

En desarrollo de los preceptos legales la intimidad puede ser objeto de afectaciones por parte de agentes del Estado investidos de determinadas facultades, como jueces, fiscales y funcionarios de policía judicial. Esto no quiere decir, por supuesto, que toda afectación de este derecho se legitime por el solo hecho de provenir de una autoridad con facultad legal para ello. Muy por el contrario, se trata de una prerrogativa que debe ejercerse con sujeción a rigurosos requisitos formales y materiales y que, se repite, no puede implicar la demolición del derecho.

Asimismo, puede ser objeto de afectaciones por parte de particulares¹²⁷, especialmente cuando, cada vez más, existen herramientas, sistemas y aparatos relativamente asequibles que auspician este propósito, hasta el punto que, en ocasiones, el poder informático y la capacidad investigativa del Estado es desbordada por los medios tecnológicos a disposición de los particulares. Por ejemplo, con el avance científico de los últimos tiempos, es posible escuchar conversaciones ajenas a gran distancia, grabar lo que otro hace con gran fidelidad, registrar la voz, interceptar las líneas telefónicas, almacenar información en bancos de datos

de fácil acceso, explorar el cuerpo humano, tomar fotografías desde puntos lejanos¹²⁸ y hasta observar el interior de una casa a través de las paredes o vía satélite.

1.2.11 Intimidad, información y tecnología

Actualmente, el debido respeto a la intimidad se erige en talanquera frente a los medios de información y las herramientas tecnológicas contemporáneas que permiten y facilitan intromisiones en la esfera íntima de las personas, el registro de las vivencias observadas durante dichas intromisiones y su vertiginosa divulgación a un sinnúmero de personas a través de diversos canales de información¹²⁹. En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL, “en las nuevas condiciones creadas por la emergencia de sofisticadas tecnologías, la intimidad adquiere más y más objetiva naturaleza política como que apunta a lograr un justo equilibrio en la distribución del poder de la información y no exclusivamente, como en el pasado, a garantizar los apetitos de soledad de una persona”¹³⁰. Así las cosas, anteriormente, en aras de la protección de su intimidad, al individuo le “bastaba autoexcluirse del trato social”, encerrándose, por ejemplo, dentro de los muros de su casa, lo cual hoy en día no siempre resulta posible ante los avances tecnológicos¹³¹ que permiten, verbigracia, instalar cámaras ocultas en la morada ajena y monitorear las imágenes así obtenidas desde lugares remotos, o instalar micrófonos o grabadoras subrepticamente en el domicilio privado de otro¹³². Es como si al individuo se le colocara “dentro de un virtual acuario de cristal, sin posible escapatoria o salvación” -“síndrome del pez rojo”-¹³³, como si se desnudara el alma, como si la persona se hiciera “transparente”, lo que simboliza “la imagen de un sujeto que ha perdido la opacidad que le brinda la protección de su intimidad”¹³⁴. Al respecto, se habla del ejercicio de una suerte de “poder informático”¹³⁵,

aspecto que ha sido identificado como una de las formas contemporáneas de coacción, como un “encarcelamiento del alma”, que supera las formas de coacción corporal¹³⁶. No en vano, se habla de “agresión tecnológica” de la intimidad¹³⁷.

Los novedosos y cuantiosos medios de investigación que ofrece el avance tecnológico, así como los numerosos medios de registro fidedigno y de almacenamiento de datos -a veces como si se tratara de información indeleble por naturaleza, llamada a no ser olvidada¹³⁸-, si bien facilitan la “reconstrucción histórica de los hechos” y la “búsqueda de la verdad” en los procesos judiciales, deben usarse con suma cautela, en la medida que entrañan riesgos potenciales para los derechos fundamentales, la intimidad entre ellos¹³⁹. El asunto que se comenta cada día que pasa adquiere una mayor relevancia ante los arrolladores avances tecnológicos que cotidianamente se registran; estamos frente a una “explosión tecnológica”¹⁴⁰ que, como se dijo, propicia la observación constante de las personas, el espionaje, la grabación de imágenes y sonidos, etc. Sin embargo, este “crecimiento exponencial” de la ciencia y la tecnología “no ha tenido siempre puntual reflejo en la evolución de la conciencia ética de la humanidad”¹⁴¹. Por eso, en cierta medida, es curioso que en determinados contextos ha sido necesario luchar vehementemente y sin tregua por derechos como la libertad de expresión, de información o de prensa, mientras que en otros, ante la “explosión” de tecnologías de la información y de la comunicación, ha sido menester luchar, aún con más fuerza, por un poco de privacidad¹⁴². En las actuales circunstancias, en términos de desarrollo científico y formas de interrelación social, la intimidad se erige en un bien tan frágil como valioso¹⁴³. Luego, hoy más que antes, es preciso reflexionar sobre la necesidad de “Liberar al sujeto personal de los imperativos

impuestos por el poder económico y las nuevas tecnologías y organizar la vida social en torno al modelo humanista”¹⁴⁴.

En síntesis, el carácter no absoluto del derecho a la intimidad no habilita a los particulares ni a los agentes del Estado para usar indiscriminada e irresponsablemente los métodos de investigación disponibles, en desmedro de la dignidad de la persona humana. Por el contrario, por más tentadores que puedan resultar ciertos medios de investigación, debe procederse siempre consultando el debido respeto por la dignidad del ser humano.

1.2.12 Afectaciones

De todo lo dicho se concluye que existen, a grandes rasgos, dos formas de afectación de la intimidad, a saber, la intromisión y la divulgación de aspectos íntimos. La primera se configura con la incursión o intrusión ilegítima en la esfera íntima de una persona por parte de un tercero, o en otras palabras, cuando “el agente violador se introduce en la intimidad del titular del derecho”, con independencia de la divulgación que se haga o no de los hechos observados durante la intromisión. La divulgación, a su turno, se refiere a la trasmisión a terceros de información “no susceptible de ser compartida, es decir, perteneciente al círculo íntimo de cada quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su titular, bien de autoridad competente”¹⁴⁵.

1.2.13 Consagración en el Derecho positivo

Múltiples normas de nuestra Constitución Política y de diversos instrumentos de derecho internacional consagran el derecho a la intimidad. Las normas constitucionales que se relacionan con este derecho, de acuerdo con lo dicho, en especial de su multiplicidad de manifestaciones y de su carácter integrador, son los artículos 15, 16, 18, 19, 20, 24, 26, 28, 33, 42, 44 y 74, principalmente.

En relación con los instrumentos de derecho internacional, valga citar las siguientes normas: el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968); el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Ley 16 de 1972).

1.3 La Función Jurisdiccional

Nuestra Constitución es categórica al afirmar, en su artículo 228, que la administración de justicia es una función pública. El significado y la importancia de la función jurisdiccional, esto es, de la tarea de administrar o impartir justicia, se expresan de manera elocuente, en el artículo 1º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 1. Administración de Justicia. La Administración de Justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.

En efecto, como lo señalara la CORTE CONSTITUCIONAL, la tarea de impartir justicia es consustancial al concepto de Estado y, más precisamente, de Estado Social de Derecho, comoquiera que a través de ella se procura la efectividad de los principios, derechos, libertades, garantías y deberes fundamentales, la convivencia armónica y pacífica entre las personas y la vigencia de un orden justo, fines esenciales del Estado en los términos del artículo 2º de la Carta Política. Desde esta perspectiva, es “el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección”. Su carácter de función pública significa que todos los jueces tienen la responsabilidad “de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia”, esto es, lograr que la Constitución “no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos”¹⁴⁶. Dicho de otro modo, es a través del ejercicio de la función jurisdiccional que, en buena medida, se hace efectivo el derecho objetivo, se rehabilitan los bienes jurídicos lesionados, se resguardan aquellos que están en situación de peligro y se garantizan los derechos fundamentales¹⁴⁷. Se trata, en pocas palabras, de la “actuación invalorable de la justicia”¹⁴⁸.

Numerosos autores se han ocupado de la enunciación de los fines que son propios de la función jurisdiccional, refiriéndose, en algunos casos, a los fines del proceso, al entender que el proceso es el medio por excelencia para el desarrollo de dicha función. Por ejemplo, para HERNANDO DEVIS ECHANDÍA “El fin principal del proceso es la realización del derecho como satisfacción de un interés público del Estado, y el secundario, la justa composición de los litigios o solución de la petición del actor”¹⁴⁹.

Por lo tanto, sin una administración de justicia eficiente y eficaz, la consagración de dichos principios, derechos y deberes sería meramente formal y se propiciaría la práctica de la “justicia por mano propia”. Como advierte HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO,

“Ciertamente, si los derechos y garantías consagrados en la legislación son conculcados, debe procurarse, con intervención del Estado, el restablecimiento del orden violado, pues de no ser así se presentaría la justicia por mano propia, sistema históricamente superado pero que cuando aquel se muestra ineficiente en el cumplimiento de esa esencial labor tiende a reaparecer tal como, triste es reconocerlo, sucede en la actualidad en Colombia”¹⁵⁰.

Ahora bien, el logro de los fines de la función jurisdiccional y la correlativa confianza en sus titulares por parte de la sociedad depende, en alto grado, del “conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver”¹⁵¹, lo que distingue su adecuado y auténtico ejercicio de la arbitrariedad¹⁵². De ahí la importancia del concepto de prueba en el marco de la función jurisdiccional. Como lo anotara HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “La administración de justicia sería imposible sin la prueba”, sin ella “No existiría orden jurídico alguno”¹⁵³.

1.4 La prueba

La prueba es un concepto de incuestionable importancia a partir de la concepción de la persona humana como un ser que “vive en un afán permanente de buscar la verdad, de convencerse y convencer a los demás de la veracidad de lo que dice o de desmentir lo que otro sostiene”, teniendo en cuenta que “el hombre es un ser sociable por naturaleza, que como tal desarrolla su instinto de sociabilidad”¹⁵⁴ a través de “un proceso de influjo mutuo”

con sus semejantes¹⁵⁵. De esta manera, los seres humanos propenden por “organizar su vida social y buscar una tranquilidad de índole espiritual, que sacie su sed de verdad”¹⁵⁶, para superar así “los tormentos que acompañan a la duda”¹⁵⁷.

El concepto de prueba, por lo tanto, hace referencia a una necesidad de la naturaleza humana y es predicable “de la vida intelectual, del conocimiento, ya sea vulgar o científico, del entendimiento, aplicable a dos de sus facultades, cuales son el juicio y el raciocinio”¹⁵⁸. Por eso no se equivocan quienes han destacado que el significado y la importancia de este concepto está lejos de agotarse en su dimensión jurídica, ni muchos menos, en su dimensión judicial o procesal, pues, las pruebas “en su origen y en su esencia íntima dependen más de la lógica que de la ley”¹⁵⁹.

Así las cosas, la prueba, desde una perspectiva integral, es el “elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos”, el “elemento que fundamenta un juicio”¹⁶⁰, el “elemento que aplica el entendimiento para comprobar o verificar la veracidad de un juicio”; definición que pone de relieve “la estrecha y exclusiva relación de la prueba con lo racional del ser humano, con el entendimiento, el conocimiento intelectual, sus presupuestos, sus diferentes actos y especies”¹⁶¹.

1.4.1 La prueba jurídica

Buena parte de las normas jurídicas consagran un supuesto de hecho a cuya realización se le atribuye una consecuencia. En este sentido, para la ciencia del Derecho resulta fundamental constatar la ocurrencia o no de los hechos que constituyen el supuesto fáctico

de sus normas¹⁶². Es en esta tarea donde la prueba jurídica adquiere todo su relieve. Por eso, con razón, se ha dicho que “la prueba vivifica el derecho y lo hace útil”¹⁶³. En otras palabras,

“el derecho, regulador de la vida social del hombre, percatándose del ansia de verdad del ser humano (...) ha dedicado un aparte especial a la prueba, teniendo también en cuenta que siendo esta ciencia una actividad humana y no una mera expresión verbal, requiere, como puntal básico para su plena realización, de ella, debido al carácter hipotético de sus normas, que precisan de la ocurrencia de un hecho, ya natural o humano, para que la norma jurídica actúe haciendo sentir su fuerza reguladora: *Ex facto oritur jus*, decían los romanos”¹⁶⁴.

1.4.2 La prueba judicial

La trascendencia de la actividad probatoria en los procesos judiciales es incuestionable, en cuanto la prueba sirve para lograr el convencimiento del juez en torno a los hechos que conforman el supuesto fáctico de su decisión. Gracias a la prueba judicial “pasan a ser hechos ciertos los que eran meramente afirmados en el momento inicial del proceso” y se puede, por lo tanto, concretar y aplicar el Derecho¹⁶⁵. Al respecto, afirma ANTONIO DELLEPIANE que el juez, en la tarea de establecer la ley aplicable al caso sometido a su decisión, “requiere necesariamente haber establecido el caso subjudice, es decir, haber reconstruido el hecho sobre el cual versa el litigio o el proceso”¹⁶⁶. Es decir, a través de la prueba el juzgador determina “el sustrato fáctico para resolver correctamente la cuestión jurídica”¹⁶⁷. En otras palabras, el juez debe conocer la “realidad del caso concreto”¹⁶⁸. Puede decirse, con base en la obra de CARNELUTTI, que al juez le corresponde juzgar, dar su juicio a los demás¹⁶⁹ y que, a su vez, “La prueba es el corazón del problema del juicio,

del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento”¹⁷⁰. Así, el juez para darle su juicio a los demás, para impartir justicia, necesita de la prueba. Sin la prueba, los derechos subjetivos serían “simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano (...) o por espontánea condescendencia de los demás”; de ahí que se diga, en el ámbito procesal, “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”¹⁷¹.

La prueba judicial ha sido definida desde distintas perspectivas: como actividad del juez y de las partes; como los medios utilizados en el proceso para obtener el convencimiento del juzgador; y como resultado¹⁷², esto es, como la certeza del juez.

Más que ahondar en el sinnúmero de definiciones sobre prueba judicial, hemos querido destacar su importancia en el proceso, la cual se manifiesta, por un lado, en uno de los principios de la probática judicial, el principio de la necesidad de la prueba, y, de otra parte, en un derecho fundamental, el derecho a la prueba, como pasa a explicarse.

1.4.2.1 El principio de la necesidad de la prueba

En virtud del principio de la necesidad de la prueba¹⁷³ toda decisión judicial que verse sobre el fondo de un asunto¹⁷⁴ “debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”¹⁷⁵. El referido principio se erige en garantía de una decisión basada en la certeza del juez sobre los hechos, imparcial, controvertible y susceptible de control en instancias posteriores¹⁷⁶. Como lo expresa el jurista colombiano JAIRO PARRA QUIJANO, “La

prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría”¹⁷⁷.

1.4.2.2 El derecho a la prueba

Explica el profesor español JOAN PICÓ I JUNOY que “El derecho a la prueba es aquél que posee el litigante en la utilización de los medios probatorios necesarios para formular la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”¹⁷⁸. Como lo precisara el maestro HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta”. Y continúa diciendo: “Basta recordar la importancia extraordinaria que la prueba tiene no sólo en el proceso, sino en el campo general del derecho, para comprender que se trata de un indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y del derecho de defensa”¹⁷⁹. Por lo tanto, el derecho a la prueba está estrechamente ligado con los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, principalmente¹⁸⁰.

Por eso ha despertado curiosidad en la doctrina y la jurisprudencia el análisis de la prueba como derecho subjetivo de los actores del proceso, de carácter fundamental en algunas legislaciones¹⁸¹. Entre nosotros, el artículo 29 de la Carta Política señala que “Quien sea sindicado tiene derecho (...) a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra”. Se trata de un derecho predicable de todas las clases de proceso y de todas las partes del litigio, con independencia de su posición en el contradictorio.

La doctrina enuncia las siguientes manifestaciones del derecho a la prueba: en primer lugar, el derecho a la admisión de la prueba propuesta; en segundo lugar, el derecho a la práctica de la prueba admitida, con intervención de las partes; y, finalmente, el derecho a la valoración de la prueba practicada, estrechamente ligado con la motivación de la decisión judicial¹⁸². Así las cosas, pretermitir, de manera injustificada, alguna de estas manifestaciones, configura, en determinados supuestos, una situación irregular, violatoria de la Constitución¹⁸³.

Sin embargo, no obstante su trascendencia, no es un derecho absoluto o ilimitado¹⁸⁴. Además de acotaciones abundantemente desarrolladas por la doctrina, como la pertinencia y la conducencia, el derecho a la prueba encuentra una importante limitante en el respeto por los demás derechos, valores y principios constitucionales con los cuales debe coexistir. Por lo tanto, así como no son admisibles las restricciones arbitrarias, irrazonables, desproporcionadas o discriminatorias del derecho a la prueba de los sujetos procesales¹⁸⁵, tampoco es aceptable la restricción igualmente arbitraria, irrazonable o desproporcionada de otros derechos de las personas, como la intimidad, so pretexto de la obtención de pruebas judiciales.

1.4.2.2.1 El derecho a la prueba y la carga de la prueba

Al concepto de carga de la prueba se le reconoce una doble dimensión: como regla de conducta de las partes, de un lado, y como regla de juicio, por el otro. Desde el primer ángulo, indica la actividad que le conviene adelantar a las partes para el éxito de sus pretensiones o excepciones. Desde el segundo punto de vista, le indica al juez cómo debe

fallar a falta de prueba y, de contera, a falta de certeza¹⁸⁶. Se trata de uno de los sucedáneos de prueba, que al decir de SENTÍS MELENDO son “aquéllas manifestaciones procesales que, a falta de pruebas o mediatizando éstas, nos dan la posibilidad de establecer o poner, como base de una sentencia, unos elementos fácticos que no son el resultado de una prueba sino, más exactamente, de la *ausencia* de ésta o de una *especial manifestación* de ésta”¹⁸⁷.

Tradicionalmente este concepto se ha relacionado con conocidas expresiones como *incumbit probatio qui dicit, non qui negat; actor non probante, reus est absolvendus; reus in excipiendo fit actor; quod non est in actis, non est in hoc mundo*, entre otras, las cuales, si bien hoy en día deben asumirse con beneficio de inventario¹⁸⁸, destacan, una vez más, la importancia de la prueba judicial, así como los potenciales efectos sobre las pretensiones de los justiciables derivados del hecho de no cumplir con su carga. En esto radica, en buena medida, la necesidad de respeto por el derecho a la prueba.

1.4.2.2 El derecho a la prueba y el derecho de defensa

El derecho a la prueba es un “indispensable complemento” del derecho de defensa¹⁸⁹, es una “concreción del mismo”¹⁹⁰. Se trata de dos derechos íntimamente vinculados, inseparables, en la medida en que el derecho de defensa “no es posible si se impide a alguna de las partes el derecho a traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan los de la parte contraria”¹⁹¹.

1.5 El debido proceso

Como se dijo, uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es la efectividad de los principio, derechos y deberes fundamentales, la cual, de manera significativa, se logra a través del desarrollo de la función jurisdiccional. Por lo mismo, el desarrollo de esta función y, en particular, de los procesos judiciales, no puede ser ajeno a este mandato. Es decir, en el ámbito de los procesos judiciales deben tener plena vigencia las garantías y preceptos constitucionales¹⁹². A través del proceso, de sus normas, se busca “la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen”¹⁹³. En efecto, para el maestro uruguayo EDUARDO COUTURE el debido proceso consiste en “que nadie puede ser privado de las garantías esenciales que la Constitución establece”. Por eso afirma este autor: “El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma”¹⁹⁴. De manera elocuente los tratadistas colombianos JAIME BERNAL CUELLAR Y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT enseñan que

“El derecho al debido proceso, en sentido abstracto, se entiende como la posibilidad que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, en aras de hacer valer sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo. Así, el contenido y los alcances del debido proceso están determinados por ese grupo de atribuciones y mecanismos, los cuales, a su vez, están establecidos en función de los derechos, intereses y valores que estén en juego en el procedimiento, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹⁹⁵.

Hoy en día el debido proceso se concibe como un concepto de orden sustancial que “comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades (...) como, además, frente a

cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales”¹⁹⁶.

Ahora bien, habida cuenta de la importancia de la etapa probatoria en los procesos judiciales, es proporcionalmente trascendental el respeto por el debido proceso en este ámbito¹⁹⁷. En relación con la prueba, la relevancia del debido proceso la explica el profesor ROJAS GÓMEZ en los siguientes términos:

“la “violación del debido proceso”, determinante de la exclusión probatoria, consistente no tanto en la preterición de la debida contradicción o en la inobservancia de las formalidades para la práctica de pruebas, sino más bien en la lesión ilegítima de derechos fundamentales como consecuencia de la actividad de búsqueda del material probatorio, realizada no solo por quienes encarnan la autoridad pública, sino también por los particulares”¹⁹⁸.

No obstante todo lo anterior, “El principio constitucional del debido proceso no implica transformar la actuación ante los tribunales en un ámbito donde no interesa la verdad jurídica de los litigios y en donde resultan indiferentes las actitudes procesales de las partes”¹⁹⁹. En este sentido, el debido proceso no debe entenderse como ritualidad, sino como el cauce que conduce hacia la verdad y que garantiza el respeto por los derechos humanos, que evita que la actuación del Estado y de los particulares se desborde en los terrenos de la arbitrariedad.

2. EL ENFRENTAMIENTO ENTRE LA INTIMIDAD Y LA PRUEBA

Hasta aquí hemos destacado la importancia del derecho a la intimidad y la necesidad de su protección y respeto, así como la relevancia de la función jurisdiccional del Estado y lo determinante de la prueba judicial para su desarrollo.

La prueba, en ocasiones, puede ser el resultado de afectaciones a la intimidad, motivo por el cual resultan previsibles los potenciales enfrentamientos entre ambos conceptos.

A continuación se mencionan algunos eventos, relativos a los distintos medios de prueba, en los que se hace patente la tensión en comento. La enunciación que en seguida se emprende tiene el propósito de destacar las dificultades prácticas que conlleva este enfrentamiento, así como su tratamiento disímil y debatido en la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como extranjeras. Más aún, se pretende poner de relieve algunos supuestos particularmente inquietantes. Por lo mismo, no nos anima la intención de formular reglas absolutas ni respuestas radicales en relación con todos los interrogantes que en seguida se señalan. Más bien, nos interesa destacar lo inquietante que resulta este tema. Sin embargo, se formularán algunas acotaciones y precisiones, derivadas del desarrollo legal y jurisprudencial de estos tópicos. Por supuesto, los eventos que en seguida se comentan no agotan el espectro de situaciones posibles que involucran este enfrentamiento. La exposición que se hace es más bien a título de ejemplo.

2.1 Intimidad personal y prueba

Como se indicó en precedencia, algunas de las manifestaciones del derecho a la intimidad son: la facultad de una persona de reservar para sí determinada información o de exteriorizarla exclusivamente a determinados sujetos; la posibilidad de guardar silencio en ciertas circunstancias; el derecho a la reserva y al hermetismo; y la inmunidad del cuerpo y de la mente. En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL, el concepto de intimidad personal “alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado solo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida”²⁰⁰. En este orden de ideas, las declaraciones obtenidas a través de formas de coacción ilegítima, física o moral, o del engaño, entrañan, de ordinario, la violación del derecho a la intimidad en las facetas mencionadas. Más aún, cuando tales declaraciones son autoincriminatorias, se configura una violación del artículo 33 de la Carta Política²⁰¹. Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José señala en el numeral 3º de su artículo 8º, sobre garantías judiciales, que “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. Se trata, en términos de CAFFERATA NORES, de la “incoercibilidad moral del imputado”²⁰². Para MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ, “conminar a una persona a expresar los sentimientos, opiniones, creencias o percepciones que guarda en su mente sin deseo de transmitir a otros es una forma de irrumpir en su intimidad”²⁰³.

Se trae a colación, a modo de ejemplo, la utilización de la hipnosis como medio para lograr declaraciones de los sujetos procesales, particularmente del procesado en materia penal, susceptibles de utilizarse como prueba o que puedan llevar al descubrimiento de nuevo

material probatorio. Sobre el particular, la SALA DE CASACIÓN PENAL, en Sentencia del 4 de mayo de 2006²⁰⁴, advirtió sus potenciales riesgos de ilicitud e ilegalidad. Dijo la Sala:

“La misma dignidad humana, piedra angular de todos los valores, principios y derechos que conforman la noción Superior de debido proceso, podría eventualmente resultar socavada al interior de un proceso penal, cuando los resultados de una terapia de hipnosis se refieran a cuestiones de la intimidad del implicado, expresadas sin voluntad, sin libertad y sin conciencia, y los mismos resultados pretendan elevarse a la categoría de elementos a debatir en un juicio público”²⁰⁵.

En el párrafo que se acaba de transcribir se describe claramente cómo la hipnosis puede llevar a que el individuo realice declaraciones sobre aspectos que en condiciones normales se reservaría para su esfera íntima, lo cual implicaría la violación del derecho a la intimidad. Similares consideraciones pueden formularse respecto de los así llamados “sueros de la verdad”, del narcoanálisis y, en general, de las “sustancias capaces de doblegar la voluntad de las personas”²⁰⁶, entre otros métodos similares cuestionados por indagar en el subconsciente²⁰⁷. Al respecto, expresa SANTOS CIFUENTES:

“Ya se trate de destruir las barreras intencionales, de doblegar la voluntad, o de conocer la idiosincrasia para ubicarse en los hechos y en las reacciones, todo método coactivo o sorpresivo que introduzca en la psique, avive la memoria o viole una decisión personal, no es más que una manera de penetrar forzosamente en los antros intangibles de la reserva y del secreto. Nadie, ni aun la autoridad, puede considerarse facultado para esa intromisión; para ese avasallamiento de la intimidad anímica y espiritual”²⁰⁸.

Otro tanto puede decirse de los denominados “detectores de mentiras” o polígrafos. Por polígrafo se entiende “un conjunto de aparatos que registra gráficamente cambios fisiológicos que se producen en una persona por el estrés que puede generarle un interrogatorio”, como los relativos a la actividad cardiovascular o respiratoria, a la presión arterial, a la sudoración, entre otros, los cuales se confrontan con porcentajes estadísticos previamente establecidos²⁰⁹. De la anterior definición se colige que el uso del polígrafo sugiere a la persona sometida al interrogatorio, la constriñe a contestar las preguntas en un determinado sentido, a revelar ciertos aspectos de su vida que preferiría reservarse para sí, y le resta espontaneidad y libertad a la declaración. Por lo tanto, obligar a una persona a rendir su declaración mediante la utilización del polígrafo puede implicar una violación del derecho a la intimidad.

No está de más aludir a las declaraciones obtenidas mediante tortura, práctica que “aniquila la libertad del individuo con la finalidad de descubrir lo que guarda en su mente y no desea transmitir” y que por lo tanto “implica una intervención tan profunda en la intimidad y en otros derechos caros a la persona, que aun delante de los propósitos más elevados se muestra exagerada”²¹⁰.

2.2 La intimidad corporal y las “investigaciones corporales”

Otra situación que entraña potenciales enfrentamientos entre la intimidad y la prueba corresponde a una serie de actividades de investigación que se realizan coactivamente sobre el cuerpo humano, a saber, su observación al desnudo, su tocamiento, la exploración de sus cavidades, la obtención de muestras biológicas, entre otras²¹¹. La doctrina y la

jurisprudencia extranjeras han recurrido a diversas denominaciones para referirse a las mismas: se habla, por ejemplo, de “intervenciones corporales”, “investigaciones corporales”, “registros íntimos”, “inspecciones personales”²¹², “reconocimientos médicos”, “registros corporales” y “exámenes físicos”²¹³.

Estas actividades han sido definidas como “medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”²¹⁴. También se ha dicho que “consisten en aquellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero -testigo o víctima-, limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicionamientos constitucionales, derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en un proceso judicial”²¹⁵.

Una de sus notas esenciales es que recaen sobre el cuerpo de un ser humano vivo, lo que las diferencia de las necropsias o de los estudios que se realizan sobre tejidos que previamente se han separado del cuerpo, como un cabello o una mancha de sangre encontrados en la escena del crimen²¹⁶. Otra de sus características más sobresalientes es que constituyen “propriadamente un acto de preconstitución de una fuente de prueba o una prueba pericial”, aspecto en el que se diferencian de los registros, cacheos o requisas típicamente

policiales²¹⁷. Dicho de otro modo, las investigaciones corporales difieren en su finalidad de los registros preventivos realizados por la fuerza pública²¹⁸ y del “registro incidental a la captura”²¹⁹, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar en un eventual proceso judicial los elementos así encontrados²²⁰, siempre que dichos registros se hayan adelantado de conformidad con la Constitución y la ley²²¹. Ahora bien, como advierte el profesor ROJAS GÓMEZ, “El hecho de que las finalidades de uno y otro sean disímiles puede ser importante a la hora de juzgar la legitimidad de cada uno, pero para establecer su carácter invasivo es irrelevante, pues esto depende exclusivamente del alcance el concepto de intimidad que debe ser idéntico respecto de todos los casos”²²². Sin embargo, aunque se sostenga que en ambos eventos se configura una afectación del derecho a la intimidad, debe aclararse que el registro policial o cacheo es esencialmente superficial, es decir, “supone únicamente el someter al tacto manual, de forma superficial sobre la ropa”²²³, con el fin de encontrar algún objeto prohibido o peligroso²²⁴, sin que deba implicar la desnudez del cuerpo o la exploración de sus cavidades.

La relación entre el cuerpo humano y la intimidad es notable: el cuerpo humano ha sido catalogado como uno de “los principales aspectos de la intimidad personal” puesto que es el “presupuesto de la existencia biológica del ser”²²⁵, el “único elemento físico que le es inmanente”²²⁶ al hombre. Por lo tanto, la dignidad de las personas “supone la inmunidad de su cuerpo, que se opone a la observación ajena de las partes que no se exhiben espontáneamente y en especial a la percepción de todo aquello que esté en su interior”²²⁷. Así las cosas, una de las principales manifestaciones de la intimidad corresponde a la facultad que tiene el individuo de evitar y de oponerse a la exhibición de determinadas partes de su cuerpo, en especial de las pudendas, de decidir quiénes pueden observarlas y,

más aún, de permitir o no su tocamiento. Se trata de la así llamada “intimidad corporal”, la cual protege al individuo “frente a cualquier tipo de indagación” sobre su cuerpo, salvaguardando “su sentimiento de pudor”²²⁸. Recuérdese que varias de las nociones de intimidad expuestas coinciden en identificar este concepto con una esfera, con un ámbito reservado e inmune, el cual tiene al cuerpo humano como uno de sus presupuestos, esto es, como la “realidad física”, la “entidad corporal”²²⁹ de la persona, sin el cual ella, sencillamente, no podría ser. En este sentido, la afectación de la intimidad corporal no se reduce únicamente a los supuestos que involucran las partes pudendas o “vergonzosas” del sujeto, pues, el cuerpo en su totalidad es una sola entidad que se erige en “patrimonio exclusivo del sujeto”²³⁰.

Por todo lo dicho, la práctica coactiva de las investigaciones corporales pone en entredicho esta faceta de la intimidad, en la medida que puede implicar, por vía de ilustrativos ejemplos, la obligación de exponer el cuerpo desnudo o la de permitir su tocamiento y exploración. Sin embargo, se trata de un escenario provechoso para la producción o el hallazgo de valioso material probatorio. De una parte, es preciso hacer referencia a la estrecha relación que en ocasiones se presenta entre la exploración del cuerpo humano y la prueba pericial²³¹, por ejemplo, cuando se practican exámenes físicos o se extraen muestras biológicas para examinarlas en un laboratorio²³², como muestras de sangre o de semen; de hecho, algún sector de la doctrina ha señalado que las investigaciones corporales se identifican en su naturaleza con la prueba pericial²³³. Particularmente, se destaca el examen genético²³⁴, el cual es utilizado con frecuencia para la identificación de las personas y de manera especial en los procesos de filiación²³⁵. De otro lado, piénsese también en la posibilidad de reconocer e identificar a una persona a través de una marca oculta en su

cuerpo, como una cicatriz o un tatuaje. Asimismo, a menudo se menciona la posibilidad de encontrar objetos ajenos al cuerpo humano alojados en él, los cuales sirven para los efectos de la investigación con fines judiciales²³⁶.

En virtud de lo anterior, una prohibición absoluta de la posibilidad de compulsar al requerido “para que preste su concurso en la obtención de pruebas” de los hechos que interesan a un proceso “restringiría el ámbito de acción de las autoridades judiciales en su finalidad esencial de proteger la libertad y asegurar la convivencia pacífica e introduciría un desequilibrio procesal”²³⁷. Así, el comportamiento injustificado de personas que se oponen a la práctica de estas medidas podría, a la postre, “socavar sensiblemente la garantía constitucional del debido proceso”, al atentar contra el principio de la necesidad de la prueba, el cual quedaría en entredicho si se permitiera que la práctica de pruebas “dependiera de uno de los litigantes, quien, con su conducta, monopolizaría el recaudo del medio probatorio y, en buena medida, determinaría la suerte de la pretensión o de la excepción, toda vez que, en tal caso, la sentencia no consultaría las pruebas en que debiera estar soportada, con grave quebranto de la supraindicada garantía fundamental, como se acotó”²³⁸. Por eso, algunos autores, en aplicación del juicio de proporcionalidad, han considerado que, en ocasiones, la negativa del destinatario de la medida es desproporcionada frente a los intereses inmersos en el proceso²³⁹. Otros consideran que se trata de un caso concreto de exigibilidad del deber de solidaridad y, en particular, del deber de colaborar con la administración de justicia. Se ha dicho, incluso, que una negativa o resistencia injustificada “constituye un abuso de derecho que sólo beneficia a los litigantes de mala fe”²⁴⁰.

En este orden de ideas, uno de los interrogantes más recurrentes formulados en relación con las investigaciones corporales es el relativo a “las posibilidades efectivas de ejecución de las mismas”. La doctrina se pregunta en este punto si su destinatario está o no en la obligación de someterse a ellas y, particularmente, cuáles pueden ser efectos de su negativa²⁴¹. De ahí que surjan inquietudes adicionales sobre puntos como la posibilidad de recurrir a la fuerza física para llevarlas a cabo, o la de utilizar anestésicos, sedantes u otras sustancias similares en contra de la voluntad del afectado; interrogantes que se tornan aún más intrigantes cuando el respectivo procedimiento investigativo es susceptible de causar algún tipo de lesión física²⁴².

Esta inquietud adquiere un cariz especial en los procesos de filiación, en los cuales suele atribuírsele gran relevancia a la prueba genética y donde están concernidos asuntos como el estado civil de las personas, los derechos a la identidad, a tener un nombre y a tener un familia²⁴³, todo lo cual es de mayor relieve cuando en el respectivo proceso están involucrados menores de edad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política. De hecho, la prueba genética es uno de los escenarios donde con mayor atención se ha abordado esta cuestión.

Múltiples alternativas aparecen frente a este dilema²⁴⁴: un sector minoritario defiende la posibilidad de practicar la prueba a través del uso de la fuerza física; otros han dicho que cuando el requerido es parte en el proceso debe atribuírsele una consecuencia procesal adversa²⁴⁵, como un indicio en contra²⁴⁶, presumir ciertos los hechos que se pretendían probar con la investigación corporal²⁴⁷ o aplicar la teoría de las cargas probatorias

dinámicas²⁴⁸; también se han previsto formas de coacción moral a través de la previsión de sanciones como la multa, el arresto, la iniciación de una causa criminal²⁴⁹, entre otras.

En particular, en relación con la posibilidad de recurrir a la fuerza física se han formulado posiciones como: su rechazo absoluto por considerarla una práctica manifiestamente contraria al debido proceso y a la dignidad humana, constitutiva de un supuesto de trato cruel, inhumano o degradante, sinónimo de tortura²⁵⁰; su rechazo a cambio de una consecuencia procesal desfavorable o, inclusive, de una sanción penal; su aceptación en ciertos casos, mediando la aplicación del juicio de proporcionalidad; y su admisibilidad solamente en circunstancias extremas²⁵¹.

Por otro lado, la atribución de consecuencias procesales adversas contra la parte que es renuente a la práctica del examen ha sido defendida considerando que la negativa injustificada obedece al intento de evitar la práctica de una prueba que el requerido presume lo va a perjudicar, o lo que es lo mismo, es razonable pensar que quien de buena fe cree que no se verá afectado con el resultado de la prueba permitiría su práctica, a la espera de poder contribuir a demostrar su inocencia²⁵². Sin embargo, cuando de esta conducta procesal se deriva un indicio en contra del renuente, es probable que no sea valorado de la misma forma en que se valoraría una prueba genética de altísima aceptación científica. Por su parte, aún la presunción en contra de la parte renuente no es siempre satisfactoria en la tarea de “buscar la verdad”, es decir, de cara al objetivo de generar certeza epistemológica en el juzgador. Sea de ello lo que fuere, es recomendable que de antemano se conozcan y se le expresen al destinatario de la medida por parte del juez los efectos que puede acarrear de su negativa²⁵³.

Con todo, no debe perderse de vista que, en ocasiones, pueden concurrir motivos que justifiquen la renuencia del requerido, como la objeción de conciencia, el estado de enfermedad, algún trauma particular, entre otros supuestos²⁵⁴. Recuérdese, por ejemplo, el caso de una persona particularmente sensible a los exámenes radiológicos, o el de una mujer embarazada a la cual se le recomienda abstenerse de someterse a ciertos procedimientos.

Frente a este interrogante, como premisa se debe recordar que al recurrir al cuerpo humano para la obtención o el descubrimiento de material probatorio con fines judiciales no puede perderse de vista que el principio de la dignidad humana proscribela cosificación de la persona, su instrumentalización, su utilización solamente como medio, así como su sometimiento a tratos crueles, inhumanos o degradantes²⁵⁵; ni el Estado ni los particulares pueden valerse arbitrariamente del cuerpo humano para satisfacer las pretensiones judiciales²⁵⁶. De contera, se trata de actividades de investigación a las que se debe acudir con cautela, teniendo en cuenta el enfrentamiento entre bienes jurídicos implicado²⁵⁷; en efecto, no se equivoca la CORTE CONSTITUCIONAL cuando afirma que éste es uno de los temas que mayor controversia suscita en el Derecho Procesal²⁵⁸.

Una propuesta interesante, entonces, es la del “indicio racionalmente construido”, esto es, no el indicio desfavorable imperativo que opera automáticamente por disposición del legislador -predeterminado-, sino aquel que se construye a partir de una argumentación adecuada “basada en las causas de la renuencia y en las máximas de experiencia”, valga decir, “empírico racional”²⁵⁹. Desde esta perspectiva, el juez debe, en cada caso, determinar

cómo debe ser apreciada la resistencia del solicitado para la práctica de alguna de las actividades de investigación corporal, teniendo en cuenta el calibre de sus excusas, el tipo de medida y las demás situaciones particulares. Dicho de otro modo, el juez debe establecer si la negativa es razonable de conformidad con las condiciones materiales del proceso y del objeto de la investigación²⁶⁰.

Por otro lado, no puede perderse de vista que las pruebas derivadas de las investigaciones corporales, no obstante los progresos científicos²⁶¹, no tienen el rango de plena prueba o de “prueba reina”; las pericias sobre muestras biológicas, por ejemplo, no son infalibles²⁶². Más aún, todas las pruebas así obtenidas, de ser admitidas, deben ser valoradas en conjunto con las demás que obren en el proceso de conformidad con las reglas de la sana crítica. Además, no se deben olvidar otras alternativas a las cuales se puede recurrir en la fase de averiguamiento, como el aprovechamiento de material biológico alojado en utensilios del renuente, a saber, cepillos y peines para el cabello, cepillos de dientes, cuchillas de afeitar, entre otros²⁶³, así como la posibilidad de recurrir a bancos de perfiles genéticos para su cotejo²⁶⁴ o practicar los exámenes sobre parientes del requerido²⁶⁵. En este punto es asunto de debate la posibilidad de recurrir a exámenes que el destinatario de la medida se haya practicado con otros fines, por ejemplo por razones médicas, y cuyo traslado al proceso no se ha consentido²⁶⁶. Es decir, la imposibilidad de practicar una prueba específica, como la prueba genética, no conlleva la imposibilidad de arribar a una decisión debidamente soportada en otros medios de prueba.

En cualquier caso, el desarrollo de dichas actividades debe ir de la mano con el decoro y respeto debidos a toda persona, prohibiéndose los tratos groseros, humillantes, obscenos,

degradantes o desconsiderados. No puede perderse de vista que tienen como límite infranqueable de la prohibición constitucional de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes²⁶⁷. En palabras de RUIZ JARAMILLO,

“Restringir la garantía de la prohibición de tratos crueles e inhumanos conlleva a instrumentalizar a la persona humana para ponerla al servicio de los intereses del Estado. Se degrada la condición humana en aras de una verdad máxima, sin controles; es una verdad sin límites, en aras de la cual es posible la producción de cierto grado de dolor o sufrimiento según el interés general en cuestión o la importancia del asunto para el Estado. Se da una supremacía de la fuerza sobre el derecho. La jurisdicción se torna en un ente que viola los derechos fundamentales, en vez de defenderlos”²⁶⁸.

Luego, cuando sea previsible que la práctica coactiva de la respectiva medida degenerará en un trato cruel, inhumano o degradante, no deberá ser ordenada ni autorizada²⁶⁹, con la salvedad de que no toda molestia o incomodidad que pueda causársele al afectado equivale a un trato de dicho calibre, distinción que debe hacerse caso a caso²⁷⁰. Al respecto, considera RUIZ JARAMILLO, por vía de ejemplos, que la extracción sanguínea, los cortes de pelo o de uñas o el examen de alcoholemia, entre otros similares, implican una mera molestia, que podría realizarse coactivamente bajo determinados supuestos. No ocurre lo mismo con un examen ginecológico, con un examen radiológico que se le practica a una mujer embarazada o a una persona particularmente sensible al mismo, con las endoscopias de determinadas cavidades, etc.²⁷¹. En cualquier caso, deben mediar condiciones de seguridad, higiene y privacidad.

En especial, a propósito de la prueba genética, si bien se reconoce que la obtención de algunas muestras implica el ejercicio de una suerte de violencia sobre el cuerpo humano,

como es el caso de la inyección de una aguja para extraer una muestra de sangre, algunos autores han señalado que se trata de un grado de violencia mínimo frente a la importancia que puede tener esta prueba en el proceso²⁷², máxime cuando los avances científicos permiten que la práctica de este examen sea cada vez más confortable y segura²⁷³. Por eso, algún sector de la doctrina concluye que ante la afectación mínima que implica la extracción de una muestra de sangre y su escasa lesividad a la intimidad, debe prevalecer el derecho a la identidad²⁷⁴.

En Colombia, el numeral 5° del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil²⁷⁵ contempla la “inspección de personas”, como una especie de inspección judicial que consiste en “el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos”. La medida puede ordenarse de oficio o a petición de parte (art. 244 CPC). En la solicitud deberá expresarse “con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar”. Esta forma de inspección judicial puede practicarse con la intervención de peritos (art. 245 CPC), observando para el efecto las normas de la prueba pericial. En Sentencia C-622 de 1998 la Corte Constitucional concibió esta norma como una de las manifestaciones del deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. Se destaca que según el precepto en comento, al ordenarse la inspección de personas debe respetarse su dignidad e integridad, lo que involucra el respeto por la intimidad, según lo explicado. Es claro que en materia civil confluyen intereses jurídicos de distinta índole, como pueden ser asuntos económicos o cuestiones relativas al parentesco. Podría sostenerse, en línea de principio, que cuando el interés inmerso en el proceso es meramente económico, difícilmente se justifican determinados tipos de inspección personal como la obtención de muestras que implican la exposición de partes del cuerpo que normalmente permanecen ocultas o que

generen algún tipo de dolor, lesión o riesgo para la salud. Tratándose de asuntos que involucran el estado civil de las personas, la filiación, el parentesco, el derecho a la identidad, entre otros, como ocurre en el caso de los exámenes genéticos, estos valores podrían llevar al operador jurídico a justificar la necesidad de algunas de estas medidas. Esta es, pues, una cuestión que debe dilucidarse caso a caso. Debe tenerse en cuenta que la práctica de esta “inspección” puede ser más o menos invasiva. Lo interesante es que en este caso el Legislador señala la consecuencia de la renuencia, a saber, el indicio en contra de la parte renuente. Agregamos, según lo explicado, que debe tratarse de un comportamiento injustificado. Como se anotó, el defecto de esta solución es que se prescinde de una prueba de gran aceptación, a cambio de un indicio. Asimismo, es viable la imposición de la multa contemplada en el numeral 1º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil²⁷⁶.

En materia penal las formas de investigación corporal están contempladas en los artículos 247, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Sobre estas normas se pronunció la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-822 de 2005 -fallo que nutre significativamente las consideraciones que siguen- para concluir, en abstracto, la constitucionalidad de la regulación contenida en ellas, aplicando para el efecto el juicio de proporcionalidad²⁷⁷. La Corporación no vaciló en afirmar que dichas actividades afectan una serie de derechos fundamentales, entre ellos la intimidad. Más aún, puntualizó que “amenazan el principio de la dignidad humana”.

Por esta última razón, la práctica de investigaciones corporales en materia penal debe estar antecedida, por regla general, de la autorización del juez de control de garantías²⁷⁸, a quien le corresponde decidir, previo el análisis material de la situación, si las autoriza o no²⁷⁹.

Para tal efecto, el juez debe tener en cuenta las condiciones particulares del requerido que le sean alegadas oportunamente y que hagan inviable la medida o que impliquen condiciones especiales para su práctica, como su estado particular de salud. La ley contempla un supuesto excepcional en el que no se requiere autorización judicial previa, el cual corresponde a la investigación corporal que recae sobre el cuerpo de la víctima de un delito en circunstancias de extrema urgencia, esto es aquellas situaciones en las cuales el paso del tiempo puede implicar una pérdida irremediable de la evidencia requerida²⁸⁰. En este último evento la víctima o su representante legal deben manifestar su consentimiento, libre e informado, para lo cual el funcionario de Policía Judicial deberá manifestarles los potenciales efectos de su negativa; además debe estar suficientemente motivada la urgencia del procedimiento. Cuando el juez de control de garantías autorice la medida, deberá fijar las condiciones y circunstancias de modo, tiempo y lugar para su práctica, velando por la menor afectación posible de derechos del individuo y consultando el principio de la dignidad humana. Así, verbigracia, de no requerirse la desnudez del cuerpo no debe permitirla, o si no se precisa del tocamiento de órganos sexuales, tampoco debe autorizarlo; debe, asimismo, señalar quiénes podrán estar presentes en la diligencia e indicar, por vía de ejemplo, en qué casos se requiere la participación de personal médico.

La solicitud de autorización debe hacerse por el fiscal del caso, verbalmente o por escrito, y en circunstancias excepcionales de extrema urgencia podrá hacerse directamente por los funcionarios de Policía Judicial. Cuando se trate de medidas que recaigan sobre la persona del imputado se requiere además de la participación de su defensor durante el trámite de la solicitud, así como durante su práctica, en caso de ser autorizadas. Valga anotar que la solicitud de esta clase de actividades debe estar determinada material y personalmente, es

decir, con la especificación de qué es lo que se pretende averiguar y sobre quién recaerá²⁸¹. Por lo mismo, debe precisarse la relación que tiene la persona requerida con la investigación, así como el elemento o la información que razonablemente se espera encontrar en su cuerpo. Es decir, no son admisibles las solicitudes para realizar búsquedas aleatorias o indiscriminadas, valga decir “pescas milagrosas” o “intromisiones exploratorias” -“prueba mínima”²⁸²-. Asimismo, deben expresarse “los medios cognoscitivos” que le permiten al fiscal llegar a estas conclusiones y los motivos que hacen pensar que en el cuerpo del afectado se encuentra la información o evidencia requerida para el desarrollo de la investigación -“motivos razonablemente fundados”-. Finalmente, se debe argumentar la relevancia y la utilidad de la información que razonablemente se espera encontrar; es decir, no resulta admisible la búsqueda de elementos inocuos o irrelevantes en el marco de la investigación. Se trata, por lo tanto, de una medida cuya autorización, por regla general, se solicita mediando un avance previo de la investigación que permita precisar la información prenotada²⁸³. En los demás casos, se debe motivar la urgencia del procedimiento.

El Código de Procedimiento Penal distingue entre: “registros personales”, “inspecciones corporales”, “obtención de muestras que involucren al imputado” y el procedimiento especial para las víctimas.

El registro personal es la medida contemplada en el artículo 248 de dicho estatuto. En la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL los registros personales se definen como “la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos”²⁸⁴. Para la Corte, “El término “*registrar*”, se

emplea generalmente como sinónimo de “*tantear*”, “*cachear*”, “*auscultar*”, “*palpar*” lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel”. A su turno, “El empleo de la expresión “*persona*”, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales”. Puede implicar “el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales”, pero se requerirá que el juez de control de garantías autorice expresamente que se realice en estas condiciones, siendo más estricto el juicio de proporcionalidad²⁸⁵. Por el contrario, será menos severo el control si se trata, por ejemplo, de un tocamiento sobre la indumentaria del individuo. De acuerdo con el tenor literal del artículo en comento, la medida puede recaer sobre cualquier persona relacionada con la investigación, excepción hecha de las víctimas, para las cuales se aplica la norma especial prevista en el artículo 250. No se requiere del consentimiento del afectado, pero a falta de éste será más estricto el control. La norma exige que quien realice la medida sea una persona del mismo sexo del afectado, pero, por tratarse de un registro superficial y por no requerir instrumental médico, no debe ser un profesional de la salud y, en principio, si bien debe hacerse a puerta cerrada, no se requiere que se haga en un centro médico.

Las inspecciones corporales²⁸⁶, a su vez, son aquellos procedimientos que se emplean “para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios”²⁸⁷. En este orden de ideas, tienen como objetivo encontrar evidencia física y elementos materiales probatorios ocultos en el cuerpo de la persona y que no hacen parte natural de éste; en esto se diferencian de la extracción u obtención de muestras

previstas en el artículo 249 del estatuto procesal. En algunos casos puede tratarse de elementos que serían expulsados naturalmente por el cuerpo, por lo cual debe preferirse esperar a que esto ocurra antes de realizar un procedimiento invasivo, a menos que la espera afecte la salud del requerido o la integridad del elemento material probatorio buscado²⁸⁸.

La intensidad de la afectación del derecho a la intimidad con la practica de esta medida está dada, entonces, por el hecho de que implica la exposición de partes del cuerpo que de ordinario permanecen ocultas, la exploración de orificios corporales como ano, vagina, boca, uretra, oídos y fosas nasales, así como la exploración del interior del cuerpo a través de instrumental médico²⁸⁹. Frente a la potencial afectación del derecho a la intimidad, la CORTE CONSTITUCIONAL advierte, recurriendo a ilustrativos ejemplos que

“la práctica de la medida que tenga una incidencia alta en el derecho a la intimidad, debería estar reservada a la investigación de delitos que protejan bienes jurídicos de especial relevancia y gravedad, como por ejemplo, para delitos contra la libertad sexual. El bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas tendrían mayor peso, por ejemplo, si se tratara de la investigación de múltiples casos de abuso sexual supuestamente cometidos por el mismo imputado, o si las víctimas son menores de edad. De lo anterior surge que la no autorización de una inspección corporal podría llegar a ser desproporcionada por protección deficiente de los derechos de las víctimas. Igualmente, la afectación del derecho del imputado a su intimidad sería desproporcionada, si al sopesar la gravedad del hecho delictivo, los intereses del Estado y de las víctimas, así como el valor probatorio de la evidencia material buscada, la carga impuesta al individuo resulta excesiva”²⁹⁰.

Para la Corte, la afectación de los derechos de la persona sometida a la inspección corporal puede ser “media o alta”, lo que implica un juicio de proporcionalidad estricto²⁹¹. El mayor o menor grado de afectación dependerá de factores como la exploración de orificios corporales, del orificio concreto de que se trate, de su connotación sexual, de la profundidad de la intromisión, del uso de instrumental médico, entre otros²⁹².

En consonancia con lo anterior, esta medida, dado su carácter notablemente más invasivo en comparación con el registro personal, está reservada, por disposición legal, a la persona del imputado²⁹³. Atendiendo el criterio de necesidad, debe argumentarse, además de lo señalado atrás, por qué se requiere de una inspección corporal en vez de un registro personal que sea menos invasivo. No se precisa del consentimiento del imputado, aunque en principio debe buscarse su obtención²⁹⁴. La Corte Constitucional considera que aunque medie el consentimiento del imputado debe acudir al juez de garantías. En este caso, el juez debe constatar que el consentimiento es libre e informado, así como analizar materialmente los motivos de la solicitud. Así, por ejemplo, aunque el imputado consienta, el juez debe prohibir la inspección si se pretende buscar un elemento inocuo para la investigación, o si se trata de una “pesca milagrosa”, o si el imputado está siendo sometido a una presión o coacción indebidas²⁹⁵. En caso de ausencia de consentimiento, el control debe ser más estricto. El principio de la dignidad humana y la menor afectación posible de los derechos del imputado se concretan en aspectos como los siguientes:

“(i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de la inspección corporal; (ii) que cuando se trate de inspecciones que involucren las cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado, ésta

diligencia sea adelantada por personal médico; (iii) que la inspección corporal no implique el empleo de procedimientos que causen dolores innecesarios, o que puedan poner en riesgo la salud del imputado; (iv) que durante la práctica de la misma se observe el mayor decoro y respeto por la persona del imputado; y (v) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado²⁹⁶.

Aún cuando el juez haya dado su autorización, si sobrevienen circunstancias no tenidas en cuenta al proferir la decisión, por ejemplo si se agravara el estado de salud del imputado haciendo más riesgoso el tipo de inspección que se pretendía hacer, podrá acudir de nuevo al juez para que reconsidere su decisión²⁹⁷.

A su turno, la obtención de muestras corporales es la medida de investigación contemplada en el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal. Se trata de una actividad que cuando se realiza en forma coactiva solo puede recaer sobre la persona del imputado. Consiste en la extracción de muestras biológicas provenientes del cuerpo del imputado, esto es, de fluidos corporales como sangre, saliva, sudor, semen, orina, de cabellos, de vello púbico, descamaciones de la piel y en general de tejidos corporales que contengan células, así como de registros de voz, impresiones dentales o pisadas, cuerpos de escritura, etc., para que sean analizadas en un laboratorio. Con estas muestras se busca establecer comparaciones con manchas de fluidos biológicos o tejidos corporales encontrados durante la investigación, o con la información hallada en utensilios que el imputado probablemente haya tocado o utilizado, como el vaso en el que bebió o la colilla del cigarrillo que fumó. Estas muestras sirven, pues, para procedimientos muy apreciados en las investigaciones criminales como el cotejo de huellas dactilares o de pisadas, para identificar la voz de una persona, para la obtención de muestras de semen, tan valiosas en la investigación de los delitos contra la

libertad sexual, para realizar exámenes grafotécnicos u obtener cabellos para contrastarlos con los hallados en la escena del crimen, por ejemplo. Recuérdese que cuando no se trate de la extracción de un elemento biológico propio ser humano, sino de evidencia física ajena al cuerpo pero alojada en él, el procedimiento a seguir es el de la inspección corporal.

Para la CORTE CONSTITUCIONAL la afectación del derecho a la intimidad con esta medida puede ser “media o alta”, según el tipo de muestra de que se trate, de la forma de obtenerla y de lo invasivo que resulte el respectivo procedimiento. Por ejemplo, en línea de principio, es más invasiva la extracción de un fluido de un orificio corporal con connotación sexual, como una muestra de semen, que la obtención de un cabello²⁹⁸. En efecto, la obtención de la muestra puede implicar la exploración del cuerpo desnudo y de sus cavidades, así como del interior del cuerpo humano a través de instrumental médico. Por eso, la revisión que haga el juez de control de garantías al decidir si autoriza o no la medida debe ser estricto. Bien advierte la Corte, la obtención de muestras corporales entraña “una potencial incidencia grave de los derechos del imputado” por lo cual debe someterse a estrictos parámetros, compatibles con la dignidad humana, como los que en seguida se citan:

“(i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de exámenes genitales o anales para la obtención de dichas muestras; (ii) que se adopten medidas adecuadas para evitar dolores; (iii) que la obtención de las muestras la haga personal con entrenamiento científico; (iv) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado”.

La Corte dejó de referirse a la utilización que pueda hacerse de las muestras una vez agotados los propósitos del proceso penal, valga decir, si deben ser destruidas o si pueden

ser almacenadas y trasladadas a otros procesos, asunto que también atañe la protección de la intimidad²⁹⁹.

Finalmente, las investigaciones corporales que recaen sobre la víctima de un delito han merecido una regulación especial contenida en el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal. Estas medidas pueden ser de distinta índole, incluidas aquellas que implican la exploración del cuerpo desnudo, de sus orificios, de su interior, así como la extracción de muestras corporales. Por esta razón, en principio, se requiere de autorización judicial previa, mediando solicitud motivada del fiscal del caso. Además, la norma en comento se refiere a la necesidad de obtener el consentimiento, libre e informado, de la víctima o de su representante legal. Para tal efecto el investigador deberá explicarles la importancia de la medida en el marco de la investigación penal, así como las potenciales consecuencias de su falta. Sin embargo, la norma contempla la posibilidad de practicarlas aún en contra de la voluntad de la víctima, previa autorización del juez de control de garantías³⁰⁰. Con fundamento en lo anterior, si bien la CORTE CONSTITUCIONAL le atribuye gran importancia al consentimiento de la víctima, para evitar que sea sometida de nuevo a tratos ultrajantes que no ha consentido, valga decir, para precaverla de una “doble victimización”³⁰¹, no pueden pasar inadvertidos algunos supuestos en los cuales su negativa resulta irrazonable y desproporcionada, motivo por el cual la misma Corte termina por reconocer la dificultad de establecer reglas absolutas sobre el particular, avalando la existencia de supuestos excepcionales en los que es posible proceder en contra de su voluntad³⁰². Por ende, juez de control de garantías autorizará la medida cuando “concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia”.

Sin embargo, la Corte precisa que en ningún caso “se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre”. En el caso de los delitos contra la libertad sexual se le atribuye, entonces, una mayor importancia al consentimiento de la víctima, el cual ha sido caracterizado por la Corte como “determinante y conclusivo”, hasta el punto de decir que en estos eventos la voluntad de la víctima “constituye la última palabra”. Sin embargo, tampoco en este caso la Corporación deja de advertir inquietantes hipótesis como aquella en la cual el representante legal de la víctima sea el mismo agresor y, por ende, el primer interesado en que no se realice la investigación corporal, evento que según la Corporación recae en la órbita del quehacer del juez de control de garantías, quien debe ponderar las dimensiones del caso concreto³⁰³.

2.3 El secreto profesional

“La palabra secreto significa sigilo, oculto, callado, reservado, lo que celosamente se tiene reservado y oculto”; lo secreto es, pues, “aquello que se mantiene vedado a los demás, separado del conocimiento de terceros”³⁰⁴. Específicamente, el secreto es profesional “si ha sido comunicado a una persona que, en razón de su oficio o profesión, tiene la misión de asistir a otras personas con sus consejos”³⁰⁵. En este orden de ideas, como lo explica la CORTE CONSTITUCIONAL, “El secreto profesional impone a los profesionales que a consecuencia de su actividad se tornan depositarios de la confianza de las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada, destinados a

mantenerse ocultos a los demás, el deber de conservar el sigilo o reserva sobre los mismos”³⁰⁶.

La CORTE CONSTITUCIONAL³⁰⁷, con fundamento en la obra de DÜRKHEIM, puntualiza que el secreto profesional se explica en la complejidad de las necesidades individuales y sociales contemporáneas, la cual impone la división social del trabajo, es decir, la especialización de los miembros del conglomerado social en la ejecución de determinado oficio. En otras palabras, la ampliación del espectro de los conocimientos técnicos y científicos, aunada a la imposibilidad de abordarlos en su integridad, deriva en la especialización, lo que se acentúa aún más con los constantes avances científicos y con la invención de métodos cada vez más complejos y sofisticados, para cuya aplicación se requiere de personas altamente calificadas³⁰⁸. Como consecuencia de lo anterior, las personas afrontan cotidianamente situaciones que les imponen acudir a los servicios de los especialistas en un oficio dado, valga decir, los profesionales. Ahora bien, la necesidad de ser asistido por profesionistas, con frecuencia entraña la de confiarles información que normalmente las personas se reservan para su esfera íntima, inclusive sus sensaciones y sentimientos más recónditos³⁰⁹. En este sentido, entre el cliente y el profesional se origina una relación de confianza³¹⁰ y este último se erige en una suerte de alter ego³¹¹ del primero. Dicho de otro modo, los profesionales asumen “la delicada tarea de ser recipiendarios de la confianza de las personas que ante ellas descubren su cuerpo o su alma, en vista de la necesidad de curación o búsqueda del verdadero yo”³¹². De esta manera, el respeto al deber de secreto profesional se convierte en presupuesto para el adecuado desenvolvimiento de las relaciones sociales contemporáneas, las cuales dependen, en buena medida, del éxito de las gestiones confiadas a los profesionales y de la confianza que se tenga en ellos³¹³, así como del prestigio de sus

gremios³¹⁴. En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL, “El profesionalismo, en estos casos, se identifica con el saber escuchar y observar, pero al mismo tiempo con el saber callar. De esta manera el profesional, según el código de deberes propio, concilia el interés general que signa su oficio con el interés particular de quien lo requiere”³¹⁵. Es decir, “en una sociedad como la nuestra, la información confiada a determinados profesionales, que el propio ordenamiento señala, exige cada vez más protección en función de la confiabilidad que debe serle aneja”³¹⁶. Así debe entenderse lo dicho por MÁXIMO CASTRO en el sentido que el secreto profesional es “un interés no menos elevado que el de la justicia misma”³¹⁷.

De lo anterior se infiere la relación entre el secreto profesional y el derecho a la intimidad³¹⁸. En efecto, el secreto profesional consiste, en buena medida, en la protección de la información íntima que el cliente le debe confiar al profesionista. En términos de la CORTE CONSTITUCIONAL, “Aquí se revela una faceta peculiar del secreto profesional y que consiste en servir de garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que se destaca el derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre, a la información, a la libertad etc.”³¹⁹. Por eso expresa el profesor CLAVIJO GONZÁLEZ que esta institución “Encuentra su fundamento en el principio de la inviolabilidad de la persona humana, de su intimidad y en la vida privada”³²⁰; se trata de una proyección de los derechos del cliente, en especial de la intimidad³²¹. Así lo señala la CORTE CONSTITUCIONAL cuando dice que “La inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con grave detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente”³²². Luego, “La reserva o silencio implica un imperativo insoslayable de carácter moral, ético y legal de observancia rigurosa y estricta del secreto confiado”³²³.

Se genera así, de una parte, el derecho del cliente “a que se mantenga el sigilo y este derecho es oponible tanto frente al profesional como frente a las personas que conforman la audiencia excluida”³²⁴; por otro lado, surge el deber de preservar el secreto a cargo del profesional³²⁵; finalmente, dimana para éste “el derecho de abstenerse de revelar las informaciones y datos que ingresan en el reducto de la discreción y la reserva”³²⁶, aún frente a requerimientos de autoridades judiciales³²⁷. No es conveniente, entonces, que el Estado se valga de órdenes y de amenazas de sanción a los profesionales de todos los ramos para que le suministren la información que conocen en desarrollo de su oficio, pues, sería una forma de fiscalización desproporcionada sobre sus súbditos con un efecto nocivo sobre la confianza que debe serle aneja a los gremios profesionales en aras del normal desarrollo de las relaciones sociales³²⁸.

En consonancia con todo lo anterior, en Colombia el Constituyente elevó a rango constitucional la protección del secreto profesional, adjetivándolo como “inviolable”, según el tenor literal del artículo 74 de la Carta Política³²⁹. Empero, es preciso determinar el alcance del término “inviolable”³³⁰, pues, con razón, se ha dicho que no debe confundirse con el término “absoluto”³³¹. En efecto, es posible vislumbrar un sinnúmero de situaciones de conflicto entre el secreto profesional y otros bienes jurídicos, sin que se pueda decir que aquél siempre debe prevalecer. Piénsese, por ejemplo, en eventos que entrañan un grave peligro para la sociedad, para el interés general, o en las cuales guardar el secreto podría acarrear un perjuicio irreparable para un tercero, “víctima inocente de fraudulentas maquinaciones del depositante”. Hay también circunstancias en las cuales, “a causa del secreto, el depositario se expone a sufrir injustamente graves perjuicios”³³². Finalmente, es

notoria la posibilidad de colisión entre el secreto profesional y la necesidad de prueba en un proceso judicial³³³. Hay, pues, eventos en los cuales concurre “la existencia de un motivo que moralmente justifique una revelación que normalmente no es lícito hacer” –justa causa–; donde “un silencio absoluto sería incompatible con el libre ejercicio de la profesión”³³⁴; en los cuales, “la obligación de guardar el secreto hasta las últimas consecuencias, perjudicaría el interés general en vez de favorecerlo”³³⁵. En este orden de ideas, como anota CARRERA BASCUÑAN, “Es imposible formular una norma o regla general que abarque la enorme variedad y complejidad de las múltiples y variadas situaciones que frecuentemente se producen y anticipe una pauta para discriminaciones, que tienen que atenerse a la circunstancias, a menudo especialísimas, de cada caso concreto”³³⁶. Así las cosas, el secreto profesional no tiene un carácter absoluto³³⁷; más aún, se trata de una facultad que no debe ejercerse abusivamente, contrariando la ética³³⁸.

Se discute si su protección es formal o material, esto es, si depende del contenido de lo mencionado por el cliente al profesional. Desde la primera perspectiva no es admisible revelar el secreto a pretexto de que terceros puedan definir el carácter más o menos íntimo de la información conocida por el profesionalista³³⁹. En virtud de la tesis contraria, le es dado al juez, por ejemplo, conocer la información en cuestión para determinar cuáles datos, razonablemente, han de considerarse secretos y cuáles no³⁴⁰. Sin duda la primera opción es más tuitiva de esta institución.

Valga anotar que esta figura cobija los documentos que circulan dentro de la relación profesional-cliente³⁴¹. En efecto, el intercambio de información entre ambos puede hacerse a través de las distintas formas y los diversos medios de comunicación³⁴². Además, el deber

de secreto no solo comprende lo que el cliente le manifiesta al profesional, sino también lo que éste haya visto y observado en razón de su encargo, sus inferencias³⁴³, así como las revelaciones que en el marco de su ministerio le hayan hecho terceros, como los parientes del cliente³⁴⁴. Asimismo, se extiende a los distintos auxiliares que colaboran con el encargo del profesional³⁴⁵.

Ahora bien, comoquiera que el secreto profesional está concebido para la protección de la relación entre el profesional y el cliente frente a injerencias e intromisiones de terceros, facilitando el intercambio de información y el normal desarrollo de la relación, no puede entenderse como una barrera entre ambos, por lo que el primero no puede ampararse en el secreto para no divulgarle al segundo la información que le concierne³⁴⁶.

De cara a los propósitos de este trabajo, uno de los principales interrogantes que nos corresponde abordar se refiere a la legitimidad de las declaraciones que hace el profesionista en un proceso judicial sobre información cobijada por el secreto profesional, es decir, se pregunta si para aquél es facultativo abstenerse de revelar la información del cliente conocida en razón de su oficio, o si por el contrario se trata de una obligación cuyo incumplimiento implica la ilegitimidad de la declaración así formulada en el proceso judicial, cuestión que, sin duda, adquiere un especial matiz cuando el propio profesional está interesado en las resultados del proceso³⁴⁷. Este debate debe abordarse sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal, disciplinaria o de otra índole que sea aplicable por la infracción al deber de secreto³⁴⁸.

Frente a esta inquietud se han formulado opiniones a favor y en contra de la legitimidad de las declaraciones en comento, comoquiera que se trata de un escenario de tensión entre distintos intereses y bienes jurídicos que ha suscitado un tratamiento disímil en la legislación extranjera³⁴⁹. Como lo expresara MITTERMAIER, “Las consecuencias que nacen del conflicto de dos deberes contrarios se manifiestan también en los individuos para quienes es una obligación sagrada callar los hechos sobre los que son llamados a declarar”³⁵⁰.

No obstante el tratamiento desigual que ha tenido el tema del secreto profesional en la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL³⁵¹, podría decirse que la posición preponderante al interior de este Tribunal es aquella que reconoce la doble naturaleza de derecho-deber de esta figura, motivo por el cual, en línea de principio, no es facultativo para el profesional, aún ante requerimiento de autoridad judicial, sustraerse a la protección de la información cobijada por el secreto. Con todo, para la Corte no se trata de un derecho ni de un deber absolutos, comoquiera que son admisibles supuestos legales excepcionales en los que resulta admisible la revelación del secreto, por ejemplo, cuando están de por medio bienes jurídicos como la vida y el orden público, valga decir, cuando el conflicto de bienes jurídicos involucrado sugiera que el secreto profesional debe ceder³⁵².

Por su parte, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha emitido fallos en ambos sentidos. En ocasiones, con criterio exegético, ha entendido, de conformidad con la normativa procesal que consagra la excepción al deber de declarar de los profesionales, que es facultativo para éstos declarar o abstenerse de hacerlo³⁵³. En otras de sus providencias, en cambio, ha considerado que tales declaraciones son contrarias al ordenamiento jurídico³⁵⁴.

Igualmente variado es el tratamiento del tema en la doctrina extranjera. Entre quienes descartan, por regla general, que pueda tenerse en cuenta como prueba el testimonio del profesional sobre los hechos conocidos en razón de su ministerios, con fundamento en la legislación de sus respectivos países, están CRESSON³⁵⁵, MUTEAU³⁵⁶, JOAN PICÓ I JUNOY³⁵⁷ y MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ³⁵⁸. A favor de la tesis contraria se expresa HELENA CARRERA BASCUÑAN³⁵⁹ y ENRIQUE M. FALCÓN³⁶⁰.

En Colombia, los artículos 214 del Código de Procedimiento Civil y 385 del Código de Procedimiento Penal³⁶¹ señalan que los profesionales no están obligados a declarar la información del cliente conocida en razón de su oficio. Atendiendo el tenor literal de estas normas, algunos autores, entre los que se destacan JAIRO PARRA QUIJANO³⁶², JAIME AZULA CAMACHO³⁶³ y HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO³⁶⁴, han entendido que en el ordenamiento jurídico colombiano es facultativo para el profesional abstenerse de declarar. El profesor MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ parece inclinarse por la tesis contraria³⁶⁵.

En gracia de discusión, debe decirse que este debate involucra varios aspectos de suma importancia como lo dicho en relación con la trascendencia del secreto profesional, su consagración constitucional, su carácter no absoluto, los dictados de la conciencia del profesional³⁶⁶, su autonomía en el ejercicio de la profesión, así como los patrones de conducta deseables por parte de la sociedad atendiendo las circunstancias de cada caso³⁶⁷, todo lo cual dificulta, si es que no imposibilita, la formulación de aforismos en relación con este tema.

Las posturas disímiles y los debates que sobre este asunto se registran sugieren la conveniencia de emprender un análisis particularizado de algunas de las profesiones que en la legislación procesal expresamente se contemplan dentro de la excepción al deber de declarar en razón del secreto profesional. En buena medida, la necesidad de diferenciar el alcance del secreto profesional según el oficio de que se trate se explica en la naturaleza diversa de la información que circula entre el profesional y el cliente de acuerdo con el tipo de servicio prestado. Por esta razón, como lo expresa la Corte Constitucional, “las profesiones no están todas en el mismo radio de cercanía de la intimidad personal o familiar, ni el control del Estado sobre ellas debe ser siempre idéntico”³⁶⁸. Parece razonable pensar, en línea de principio, que la afectación de la intimidad sería grave de divulgarse la información que un paciente le confía a un psiquiatra, la cual puede comprender una amplia gama de aspectos de la vida íntima, como lo que se hace cotidianamente, lo que se siente, lo que se anhela. Al contrario, generalmente la información confiada al contador concierne solamente los aspectos patrimoniales de la vida de un individuo y, además, normalmente está llamada a darse a conocer a las autoridades del Estado³⁶⁹.

2.3.1 El secreto profesional médico

El secreto profesional médico³⁷⁰ es de la mayor relevancia, toda vez que esta institución contribuye a evitar la divulgación de información que el paciente no quiere que sea conocida por otros o que, lamentablemente, podría generar un sentimiento de desvalor social hacia él, como ocurre, por ejemplo, en situaciones como el alcoholismo, la drogadicción, la impotencia sexual, la esterilidad, los defectos físicos, las amputaciones o las enfermedades como el SIDA³⁷¹. Para el caso del médico psiquiatra, el secreto

profesional busca evitar la divulgación de la información personal del paciente, la cual puede involucrar sus sentimientos, deseos y recuerdos más íntimos³⁷². Por eso se ha dicho que los datos médicos tienen “una fuerte pertenencia a lo más íntimo y profundo de una persona”, de tal manera “que su transmisión y divulgación solo pueden ser por temas y problemas puntuales”³⁷³. El secreto profesional médico es, entonces, la garantía, la seguridad que necesita el paciente para permitir, con relativa tranquilidad, la exploración de su cuerpo y de su mente³⁷⁴. Sin embargo, la información conocida por el médico, en determinados casos, puede ser muy valiosa para la determinación de los hechos de interés en un proceso judicial. Por ejemplo, la circunstancia de agravación punitiva de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales consistente en la “contaminación de enfermedad de transmisión sexual” se podría probar con la declaración del médico tratante del agresor; en un proceso por homicidio un psiquiatra podría declarar que el imputado le reveló en calidad de paciente su intención de asesinar al occiso; asimismo, un médico podría declarar que en el cuerpo de una persona se encontraron sustancias estupefacientes cuyo consumo está prohibido; o qué decir de la declaración de un obstetra en un proceso penal por el delito de aborto.

En Colombia, el secreto profesional médico cuenta con una definición legal contenida en el artículo 37 de la Ley 23 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”³⁷⁵. De la lectura de este precepto deviene claro que, en su concepción legal, el secreto profesional médico no tiene un carácter absoluto. En sentencia C-264 de 1996, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “salvo en los casos contemplados por las disposiciones legales”, como excepción al deber de secreto, “pero sólo en relación con las hipótesis contenidas en el artículo 38 de la misma Ley” y de acuerdo con las salvedades

formuladas por la propia Corte en relación con dichas hipótesis³⁷⁶. Al respecto consideró: “En efecto, la Corte sin un examen detenido de cada caso previsto en una ley, para lo cual se requiere de la correspondiente demanda, no puede extender su aval a todos los eventos en los que se permita - por motivos que en este momento no es dado colegir - la revelación de informaciones cubiertas por el secreto profesional médico”.

Del citado fallo se destaca que, para la Corte, el Legislador puede reglamentar el secreto profesional³⁷⁷ teniendo en cuenta que la relación médico-paciente es esencialmente una relación de confianza³⁷⁸. Asimismo, se avaló la exhortación a la prudencia contenida en el encabezado del artículo 38, así: “Finalmente, la apelación a la prudencia que se hace en el primer inciso del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, no puede ser objeto de glosa constitucional. Los episodios que en el mismo artículo se enuncian, exigen del médico una actividad de ponderación y reflexión profundas sobre las circunstancias concretas que rodean la decisión. En estas condiciones, es apenas razonable exigir un juicio prudente”. En relación con el literal d) del mismo precepto, sobre revelación de información a las autoridades judiciales, la Corte precisó:

“Las informaciones que se suministran a las autoridades judiciales (...) en los casos previstos por la ley, pueden comportar violación al secreto profesional médico si se dan ciertos supuestos.

“En principio, siempre que la prueba o la diligencia en la que interviene un médico, hubieren sido válidamente ordenadas por un Juez o autoridad competente dentro de un proceso o actuación pública, la presentación del peritazgo o dictamen en cuanto corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo. Esta situación, sin duda, es diferente de la que se presentaría a raíz de la declaración que eventualmente se le podría exigir al médico sobre hechos o

circunstancias del paciente, conocidos en razón de su relación profesional, que podrían conducir a su incriminación. En este caso, la condición de "alter ego" que se predica del médico, impediría que por su conducto se llegare a dicho resultado y la prueba así practicada no podría tenerse en cuenta (C.P arts. 29 y 34) [debió decir 33]”.

En este sentido, se declaró exequible la primera frase del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, en lo que a las autoridades judiciales se refiere, “salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación”. Es decir, para la Corte la revelación de información cobijada por el secreto que implique la incriminación del paciente configura en supuesto de violación de la garantía de no autoincriminación. Lo interesante es que en este fallo, atendido el condicionante de exequibilidad citado, se da entender que no toda violación del secreto profesional médico implica la ilicitud de la prueba, sino que se hace depender la posibilidad de incriminar al paciente.

En consonancia con lo anterior, la Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que “En situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviere sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional en alguna de las causales justificativas del hecho”³⁷⁹. Por ejemplo, el psiquiatra a quien el paciente le menciona sus deseos de matar a otro y pone esta situación en conocimiento de la autoridades en aras de proteger la vida del tercero³⁸⁰. Desde la óptica del funcionalismo este comportamiento del profesional es deseable, plausible si se quiere, y justificable. La pregunta que surge entonces, en caso de iniciarse una causa criminal por tentativa de homicidio o por homicidio -si el delito se consumó no obstante la advertencia

proferida por el profesional-, es si la declaración del profesional podría utilizarse como prueba judicial en contra del paciente. Según el alcance de la excepción avalada por la Corte Constitucional en la providencia citada y de acuerdo con el carácter eminentemente preventivo de la misma, ello no podría ser así, por cuanto la declaración sería incriminatoria y contrariaría el sustento de la figura del secreto profesional, según lo expuesto.

2.3.2 El secreto profesional del abogado

Del secreto profesional del abogado se ha dicho que hace parte de la naturaleza de la función misma de este profesional, de su misión, en la medida que garantiza uno de sus presupuestos esenciales: la confianza³⁸¹. En este orden de ideas, “es el andamiaje necesario e indispensable de la libertad de expresión y comunicación que debe existir entre el abogado defensor y [el] justiciable”³⁸². En efecto, “Sin el secreto nadie podría contar con un consejero idóneo para sus consultas, para la ayuda jurídica en los asuntos y negocios de todos los días, y para la defensa de sus intereses”³⁸³. Al respecto, en la doctrina se indica: “Al igual que el sacerdote el abogado recibe, en el ejercicio de sus funciones, la confesión de las partes, y debe como él considerar esas revelaciones un depósito inviolable. La confianza que el profesional inspira se convertiría en una detestable trampa si pudiera abusar de ella en perjuicio de su cliente. El secreto es, pues, la primera de sus funciones”³⁸⁴. Así, el abogado, más que depositario de una información concreta, es depositario de la confianza del cliente³⁸⁵. Asimismo, un abogado que actúa con el temor de verse compelido eventualmente a denunciar a su cliente o declarar en su contra, no tendría el valor suficiente para indagar lo concerniente con el caso que se le presenta, ni para solicitar la información pertinente³⁸⁶. Así las cosas, para el abogado el secreto es un imperativo que concierne la

honradez, probidad, rectitud y lealtad en el ejercicio de su ministerio, dignifica la profesión, le rinde honor y garantiza la independencia en su ejercicio, así como la “libertad de defensa”³⁸⁷.

Lo anterior es de la mayor relevancia, pues, para el caso colombiano, el artículo 229 de la Constitución señala que, por regla general, a la administración de justicia se debe acudir a través de un abogado³⁸⁸.

No obstante todo lo anterior, el secreto profesional no debe confundirse con la coautoría o la complicidad del abogado en la comisión de delitos o en general de conductas fraudulentas o ilegales.

En Colombia, el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”, consagra los deberes profesionales legales de los abogados y, de manera especial, el numeral 9º contempla como uno de aquellos el de “Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios”³⁸⁹. Esta misma Ley establece como “falta de lealtad con el cliente” la de “Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito” (literal f, artículo 39). Las normas que acaban de citarse señalan categóricamente que el abogado debe guardar el secreto profesional, aun en frente de “requerimiento de autoridad”, lo que sugiere, en unión con la destaca importancia del sigilo para los fines esenciales de esta profesión, que no debe aceptarse como prueba la

declaración del abogado que quebranta el secreto profesional³⁹⁰. Todo ello sin perjuicio de la excepción relativa a la revelación hecha con el móvil de evitar la comisión de un delito.

Pero esta regla, como se anunció, tropieza frente a múltiples hipótesis que pueden preverse como probables: qué pasa si el abogado precisa utilizar la información cobijada por el secreto profesional para preparar su defensa, por ejemplo si el cliente lo demanda por perjuicios o lo denuncia disciplinariamente, o si se ve involucrado penalmente por conductas cometidas por el cliente, verbigracia como cómplice. En los Estados Unidos las normas de conducta de los abogados (*Rules of Professional Conduct de la American Bar Association*) contemplan éste evento una excepción al deber de secreto. Lo mismo ocurre en la legislación argentina cuando el abogado es objeto de persecuciones por parte de su cliente y en Venezuela, donde el abogado está dispensado de guardar el secreto “en los límites necesarios e indispensables para su propia defensa”³⁹¹.

2.3.3 El secreto profesional de los contadores

El Título Quinto del Capítulo Cuarto de la Ley 43 de 1990 se refiere al secreto profesional o confidencialidad del contador público³⁹², el cual no está consagrado en términos absolutos, pues, esta Ley contempla la posibilidad de levantar el secreto bajo determinados supuestos legales. Ahora bien, en relación con el alcance del secreto profesional del contador y su relación con la intimidad, la Corte Constitucional ha sido enfática en expresar:

“La relación “comerciante-contador público o revisor fiscal-Estado”, para los efectos del análisis de la

extensión y alcance del secreto profesional, no puede ser la misma que se presenta en otros contextos, como por ejemplo, la de “feligrés - confesor - Estado”. En esta última relación, el alcance y el sentido del secreto profesional, no se desliga del concepto de intimidad personal y familiar; no así en la primera. En ésta no se desconoce la existencia del secreto profesional. Sin embargo, su alcance es distinto y radicalmente menor³⁹³.

Es decir, si bien no se desconoce la existencia del deber de secreto en la profesión contable, su alcance se considera menor en comparación con otras profesiones, en particular frente a requerimientos de autoridades administrativas o judiciales. En efecto, las disposiciones de la Ley 43 de 1990 se refieren a la fe pública que el contador confiere a los actos del cliente y al deber de los contadores de servir al Estado y a la sociedad en general³⁹⁴. Esta particular concepción de la profesión contable sirvió para que la Corte Constitucional anotara:

“Los enunciados normativos a que se ha hecho mención, permiten a la Corte anotar que la profesión contable, si bien está vinculada en los términos de la ley, por una obligación de mantener la reserva y el sigilo, tiene por fuera de ella un vasto campo de acción que le es característico y que la misma ley le ha trazado, donde impera la publicidad y la divulgación de informaciones, las cuales son tan esenciales para la vida comunitaria que deben refrendarse por los contadores³⁹⁵.”

De contera,

“Con la cautela indicada, la información contable en cuanto se traduce en informes y presentaciones, destinados a divulgarse en un círculo más o menos amplio, no tiene el mismo carácter ni naturaleza de la información relativa a la vida íntima de las personas naturales, la cual bajo ninguna circunstancia puede difundirse por fuera del ámbito que discrecionalmente decide el sujeto³⁹⁶.”

Por lo tanto, la contaduría pública tiene como finalidad fundamental la medición y evaluación de datos de naturaleza esencialmente económica, para dar fe de ellos y darlos a conocer a terceros, como accionistas, inversionistas, acreedores o el propio Estado, quienes toman decisiones a partir de dicha información. En este sentido, la fe pública que imprime el contador sobre determinados datos concierne los intereses económicos de toda la comunidad. Y su alcance es todavía menor para el caso de las personas jurídicas o morales³⁹⁷. Se trata, entonces, de información que no está cobijada por la impronta del sigilo, del secreto, sino que por el contrario está llamada a ser conocida y que, por lo tanto, puede ser exigida por las autoridades judiciales³⁹⁸. En este orden de ideas deviene claro el carácter relativo de esta faceta del secreto profesional³⁹⁹. De hecho, cuando el profesional contable atiende los requerimientos de información que emanan de las autoridades, se asiste a una manifestación concreta del principio de solidaridad y, en particular, del deber de colaborar con las autoridades, en aras de la protección de la comunidad en sus intereses legítimos, todo lo cual, inclusive, impone deberes concretos de denuncia ante circunstancias irregulares⁴⁰⁰. Por lo tanto, si bien los contadores están cobijados por la excepción al deber de declarar en razón del secreto profesional, a la hora de dilucidar la eficacia de sus declaraciones en desmedro del deber de secreto, no tendrían la misma fuerza los argumentos que se han expuesto hasta aquí sobre la potencial ilegitimidad de las declaraciones en desmedro del secreto profesional⁴⁰¹.

2.3.4 El secreto profesional del periodista con su fuente

Periodista es quien cumple la función de dar información a la sociedad⁴⁰². La excepción al deber de declarar de los periodistas sobre información relativa a sus fuentes está prevista en

el literal g). del artículo 385 del Código de Procedimiento Penal⁴⁰³. Con respecto al secreto profesional del periodista con su fuente deben hacerse consideraciones distintas a las que se hicieran precedentemente, pues, no sin razón, se ha dicho que esta faceta del secreto profesional tiene ante todo un carácter instrumental de cara a la protección de los derechos a la información y a la libertad de prensa, antes que ser un medio de protección del derecho a la intimidad de las personas que revelan información a los periodistas⁴⁰⁴. En efecto, “la preservación de las fuentes de información periodística es lo que permite la obtención de una enorme cantidad de información cuya publicación es muy saludable para el control público de la autoridad y del ejercicio del poder. Estas fuentes se cerrarían si no existiera la garantía del secreto profesional o si la mera invocación del interés de la administración de justicia lo hiciera ceder”⁴⁰⁵. En este sentido, el secreto profesional periodístico se relaciona con bienes jurídicos como el libre ejercicio de la profesión periodística y la libertad de prensa, de expresión e información, y se extiende a la documentación de la cual se pueda deducir la fuente⁴⁰⁶.

Esto es así, pues, por regla general, la persona que suministra información al periodista no lo hace para satisfacer una necesidad existencial propia, como un anhelo de desahogo, de consejo o de curación, sino con el ánimo de facilitar que se pueda dar a conocer a la opinión pública determinada información de interés para la sociedad. Es decir, por regla general, la persona que funge como fuente no tiene una expectativa de confidencialidad de la información suministrada, sino que, por el contrario, quiere su divulgación y, más aún, la mayoría de las veces esa información se refiere a personas distintas a quien la suministra. Por supuesto, la tensión entre el derecho a la información y la libertad de prensa frente a los

derechos personales de los individuos concernidos en la información divulgada es un tema que trasciende los propósitos de esta monografía.

Así, el secreto profesional del periodista no encaja en la concepción genérica de esta institución que se expuso al empezar las reflexiones sobre el tema. Hechas estas precisiones, la declaración del periodista sobre sus fuentes en un su utilización en un proceso judicial no entra, en principio, en los terrenos de la ilicitud, sino que se está frente al incumplimiento de un deber contractual o extracontractual del periodista con la fuente⁴⁰⁷. Luego, si por ejemplo la fuente engaña al periodista, éste puede revelar la información sobre su fuente que estime necesaria para su defensa en un eventual proceso de responsabilidad civil extracontractual o un proceso penal por calumnia promovido por las personas afectadas con la divulgación de la información errada. A este respecto, CLAVIJO GONZÁLEZ sostiene que no se configura en el caso del secreto profesional la misma dinámica de derecho-deber que se registra en otras profesiones: “Un periodista que es citado como testigo a revelar la fuente de información en una causa criminal tiene jurídicamente el derecho, no la obligación, de negarse a hacerlo”⁴⁰⁸.

Sin embargo, puede ocurrir que la persona que hace las veces de fuente periodística mencione al profesional datos íntimos a condición de que no se divulguen, al menos de forma completa, exigiendo, por ejemplo, la confidencialidad de ciertos nombres o de datos que puedan llevar a la identificación de determinadas personas. Frente a estas situaciones, es discutible qué ocurre cuando el periodista utiliza dicha información con fines judiciales. En esta misma línea, es preciso preguntarse también qué ocurre cuando la fuente brinda información con el propósito de que se use solo en determinado contexto y de que

determinados aspectos se mantengan bajo reserva. Piénsese, verbigracia, en el caso de una mujer que ha abortado y que movida por el arrepentimiento, por una necesidad de desahogo y por el deseo altruista de aconsejar a otros a partir de su experiencia personal, accede a participar en un documental sobre el aborto, bajo la condición de que no se revele su identidad. ¿Podría en este caso el profesional declarar en el proceso penal por el delito de aborto promovido contra las personas que participaron en el documental? O ¿qué pasa con el periodista que denuncia a través de los medios un delito, sirviéndose de la declaración de alguno de los partícipes que, arrepentido, revela la información con la condición de que su identidad no sea desvelada? Asuntos éstos que entran en tensión con el derecho de no autoincriminación y con el derecho a la intimidad. En casos como estos se plantea un debate que puede expresarse en estos extremos enunciados en la doctrina: por un lado, “No puede concederse a determinados ciudadanos un privilegio que impida descubrir los delitos, porque es un interés de la sociedad toda”, esto es, “la libertad de buscar información tiene un límite en el interés de todos en la represión del crimen”, y de otra parte, “la libertad de prensa absoluta aun a costa de no descubrir un hecho criminal y sus autores”⁴⁰⁹. Se trata de situaciones peculiares, que ameritarían un cauteloso análisis y en las que la dinámica del secreto profesional del periodista supera la concepción de instrumento para la protección del derecho a la información para convertirse en proyección de los derechos a la no autoincriminación y a la intimidad de las personas que confían en el periodista, por lo que, en cierta forma, estas circunstancias encajan en la concepción genérica del secreto profesional. Por eso, no es del todo conveniente formular una regla absoluta en el sentido que el secreto profesional del periodista nunca concierne el derecho a la intimidad de la fuente. Sea de ello lo que fuere, aún en estos eventos, como en el caso del médico y del abogado, la revelación sería legítima para evitar la consumación de un delito, así como para

evitar la condena de un inocente, entre otros supuestos inquietantes que siguen la misma línea de la inconveniencia de formular reglas absolutas sobre este tema⁴¹⁰.

2.3.5 Excepción al deber de declarar de los ministros de cultos religiosos

También se contempla como excepción al deber de declarar la del clérigo o sacerdote en relación con la información confiada por el feligrés, o si se quiere, del “consejero espiritual”, del “director de conciencia”⁴¹¹, del ministro de un culto religioso, del confidente y, especialmente, del confesor sobre los hechos confesados por el penitente⁴¹². “No se trata propiamente de un secreto profesional”⁴¹³, pues aquí entran en escena las creencias más profundas y sublimes del ser humano, así como sus más radicales necesidades de desahogo⁴¹⁴, sosiego y catarsis⁴¹⁵. Sin embargo, la expresión “secreto profesional del sacerdote” se ha utilizado para hacer referencia, no solo al secreto de confesión, sino a todo lo que el feligrés le confía al clérigo en razón de su investidura, por ejemplo, por necesidad de consejo⁴¹⁶. Es incuestionable el carácter íntimo de las confidencias que una persona hace al ministro del culto religioso que profesa, las cuales pueden comprender lo relativo a sus relaciones intrafamiliares, sus obras y sus pensamientos⁴¹⁷. Aquí, como en pocos casos, la revelación de lo confesado, aún a la autoridades del Estado, constituiría una afrenta a la dignidad humana, la cual involucra las creencias más profundas de cada ser humano, así como sus esperanzas y aspiraciones más elevadas, como pueden ser sus anhelos de misericordia divina y salvación⁴¹⁸, en fin, todo “lo que necesita aunque no lo merezca”⁴¹⁹.

Para el caso de la Iglesia Católica, el deber de secreto frente a la confesión tiene consagración expresa en los Cánones 983, 984 y 1388⁴²⁰ y se contempla la excomunión del

confesor como sanción a su quebrantamiento⁴²¹. Además, en los procesos de Derecho Canónico no son admisibles, bajo ninguna circunstancia, las declaraciones del confesor⁴²². Ya había dicho SAN AGUSTÍN, “lo que sé por confesión lo sé menos que si jamás lo hubiese sabido”, y en la misma línea SANTO TOMÁS, “lo que se sabe bajo confesión es como no sabido, porque no se sabe en cuanto hombre, sino en cuanto Dios”. Desde la perspectiva de la religión católica, el silencio del confesor no es solamente un deber, que “obliga incluso a soportar el martirio antes que quebrantarlo”, sino que se erige además en “derecho fundamental” para los confesores y para la Iglesia misma⁴²³. Similares consideraciones formula MITTERMAIER para el caso de los ministros protestantes⁴²⁴ y otro tanto puede decirse respecto de todos los cultos religiosos reconocidos.

2.4 Allanamientos y registros al domicilio privado

Como manifestación de las necesidades inherentes a la persona, la doctrina ha señalado que “La dignidad de la vida humana supone la disposición de algunos lugares bajo el control del individuo, en los que pueda sentirse del todo aislado e inmune a la percepción e impertinencia ajenas”⁴²⁵. En este orden de ideas, el concepto de domicilio privado “envuelve la noción de dominio o señorío que garantiza al individuo un poder de control por lo menos transitorio sobre el lugar en que se refugia para realizar las actividades que no desea exhibir”⁴²⁶, así como para guardar objetos que desea mantener ocultos⁴²⁷.

En consonancia con lo anterior, en la propia Carta Política y en numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos⁴²⁸ se consagra la protección del domicilio privado, como medio para la protección de los derechos de las personas y, en particular, del derecho

a la intimidad⁴²⁹. Así, el domicilio, la morada del individuo, se erige en una suerte de fortaleza, “no porque la defiendan un foso o una muralla, pues bien puede ser una cabaña de paja; el viento puede rugir alrededor de ella o la lluvia penetrar; pero el Rey no”⁴³⁰.

Valga anotar, entonces, que dado este carácter instrumental de la inviolabilidad del domicilio privado, el grado de protección de determinado lugar será mayor o menor, según el carácter más o menos íntimo de las actividades que las personas, de ordinario, realizan allí⁴³¹.

Por lo mismo, al erigirse el domicilio en el escenario de toda clase de vivencias y en el lugar de depósito de innumerables objetos, su irrupción es uno de los medios más eficaces para la obtención de pruebas relevantes en un proceso judicial.

La así llamada “inviolabilidad” del domicilio privado no es absoluta; éste puede ser objeto de injerencias legítimas, por oposición a las “injerencias arbitrarias” que los instrumentos de derecho internacional proscriben y que, de ordinario, derivan en la exclusión del material probatorio así obtenido⁴³². De conformidad con lo anterior, la ley contempla variadas hipótesis en las que se considera admisible la irrupción en el domicilio privado. Así, el artículo 28 de la Constitución, en lo pertinente, señala que el domicilio podrá ser registrado “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” -principio de reserva legal-.

A su turno, el artículo 32 del mismo cuerpo normativo expresa que si el “delincuente sorprendido en flagrancia”, al verse perseguido “se refugiare en su propio domicilio”, los “agentes de la autoridad” que lo persiguen “podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión”; y “si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador”.

El profesor ROJAS GÓMEZ refiere los eventos de registro y allanamiento por orden escrita emanada del jefe de policía y sin orden judicial, de allanamiento para efectos de investigación tributaria, de allanamiento con fines de rescate de niños y de penetración de la policía por imperiosa necesidad⁴³³. En el primer supuesto, de acuerdo con la CORTE CONSTITUCIONAL, se trata de “registros administrativos” de carácter preventivo, de un “medio de policía” para el cumplimiento de algunos de los fines confiados a las autoridades administrativas, y que no habilitan la obtención de pruebas en materia punitiva⁴³⁴. En el segundo caso, para el mismo Tribunal, se está frente a un supuesto que recae sobre objetos y lugares que no conciernen, al menos de manera estrecha, el derecho a la intimidad⁴³⁵. En la tercera hipótesis, se propende por la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal de los niños, que prevalecen sobre la inviolabilidad del domicilio⁴³⁶. Finalmente, el último caso se refiere a la necesidad de conjurar situaciones de emergencia que se presentan al interior del domicilio y que pueden involucrar peligro para el derecho a la vida de determinadas personas, el cual debe prevalecer sobre la inviolabilidad del domicilio⁴³⁷.

A su turno, el Código de Procedimiento Penal contempla la diligencia de registro y allanamiento como actividad de investigación en el marco del proceso penal, la cual tiene como fin esencial la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física. En

esta hipótesis la diligencia debe ordenarse previamente por el fiscal del caso, cuando medien motivos que hagan razonable pensar que en el lugar donde se adelantará el allanamiento y registro se encuentran elementos materiales probatorios y evidencia física relevantes para la investigación, de acuerdo con el programa metodológico y la hipótesis delictiva. Por lo tanto, esta medida debe ordenarse con fundamento en información recolectada previamente que permita concluir, con grado de probabilidad, la ocurrencia del delito investigado y la relación del bien registrado, de sus tenedores o de las cosas que posiblemente se encuentran en su interior, con la hipótesis delictiva⁴³⁸. Siempre dentro de la categoría epistemológica de la probabilidad, al proferirse la orden, debe señalarse qué se espera encontrar en el bien allanado, por ejemplo, el arma con la que se disparó, un fluido corporal de la víctima o un documento relevante para la investigación. No es, entonces, una práctica destinada a “revolver el basural”⁴³⁹, a registrar indiscriminadamente en el domicilio privado con la esperanza de encontrar cualquier cosa fortuitamente, por un golpe de suerte si se quiere. Así, la orden de registro debe ser determinada, esto es, referirse con precisión a los bienes que serán registrados. La orden tiene un plazo para su ejecución y en todo caso se debe proceder de conformidad con la ley. Se trata de requisitos y restricciones que no son caprichosos, sino instrumentales para la defensa de la intimidad y la prevención de la arbitrariedad. Por eso, su desconocimiento en determinados eventos podría implicar la nulidad de la diligencia y de la correlativa obtención de material probatorio⁴⁴⁰.

Como se dijo, la ley también prevé el caso en el que la intromisión en el domicilio privado se hace en casos de persecución de una persona sorprendida en flagrancia o de voces de auxilio y de urgencia. En dichos eventos, uno de los factores imperantes es la urgencia. Sin embargo, no por ello la irrupción en el domicilio puede ser arbitraria. En cualquier caso se

requiere que medien motivos suficientes. Lógicamente, la exigencia es relativamente menor cuando la intromisión se hace en situaciones de emergencia y de flagrancia⁴⁴¹.

Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la ejecución de la orden debe realizarse el control de legalidad de la diligencia ante el juez de control de garantías. El plazo que se acaba de señalar corresponde a la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, el cual debe contarse a partir de la terminación de la diligencia. Dentro de este plazo se incluye el término máximo de doce, previsto por el artículo 228, que tienen los funcionarios de Policía Judicial para informar al fiscal los pormenores de la diligencia. Esta audiencia comprende un control de legalidad formal y material de la actuación⁴⁴². Como lo ha expresado la SALA DE CASACIÓN PENAL, en esta audiencia el fiscal deberá exponerle al juez los motivos que lo llevaron a ordenar la diligencia, de manera tal que le permita a éste efectuar el control material sobre la misma, constatando que no fue una orden irrazonable, desproporcionada o arbitraria⁴⁴³. Asimismo, la norma señala que se deben poner a disposición del juez los elementos recogidos durante el registro. La SALA DE CASACIÓN PENAL consideró que la expresión “poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en el registro” debe entenderse en sentido jurídico y no físico. La presentación física debe hacerse, nos dice la Sala, no sin ambages, cuando “sea necesario”:

“De lo contrario, basta para la realización del fin establecido en la norma, que la fiscalía relacione detalladamente ante el juez los elementos recogidos, manifieste las condiciones en que fueron hallados, describa sus características, exprese los resultados de los estudios técnicos o científicos realizados sobre ellos, y muestre, si el juez lo requiere, fotografías o videos pertinentes, o manifieste el sitio donde se dejan a disposición”⁴⁴⁴.

Poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos durante el registro es de la mayor trascendencia, toda vez que se trata de uno de los supuestos en los que éste tiene la facultad para decidir sobre su legalidad y licitud, como ocurre también en la interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, “recuperación de información dejada al navegar por Internet” y otros similares. Para la Sala, por regla general, el competente para pronunciarse sobre la legitimidad del material probatorio es el juez de conocimiento; sin embargo, en estos últimos supuestos, por tratarse de hallazgos derivados de diligencias que restringen derechos fundamentales, esa misma facultad le corresponde al juez de control de garantías⁴⁴⁵. En efecto, a cargo del juez de control de garantías está “examinar si las atribuciones judiciales ejercidas por la fiscalía se adecuan o no a sus fundamentos constitucionales, primordialmente, si en su desarrollo se han respetado las libertades públicas ciudadanas”⁴⁴⁶. No ocurre lo mismo, según la misma Sala, cuando la diligencia ante el juez de control de garantías tiene por objeto la legalización de la captura del procesado.

A propósito de la legitimidad del material probatorio así obtenido, el artículo 232 de la Ley 906 de 2004 señalaba que la exclusión de los elementos probatorios y evidencia física debía predicarse de los derivados “directa y exclusivamente” de la diligencia de allanamiento y registro ilegal. Dicha expresión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerarla restrictiva del alcance del artículo 29 de la Carta Política⁴⁴⁷.

Con respecto a la pregunta ¿Qué ocurre cuando en la diligencia se encuentran accidentalmente elementos materiales probatorios y evidencia física susceptibles de

promover una causa criminal distinta a la que en principio se estaba investigando? La Corte Constitucional formuló la siguiente solución:

“si durante la práctica de una diligencia de allanamiento y registro se encuentran elementos probatorios y evidencia física, que no guardan relación alguna con la investigación que se adelanta ni con el objeto de la diligencia, el fiscal deberá relacionarlos y ponerlos a órdenes de la autoridad competente para efectos de abrir unas nuevas diligencias judiciales, ya que no constituyen prueba alguna de responsabilidad del indiciado o imputado”⁴⁴⁸.

2.5 Interceptación y grabación de llamadas

En desarrollo del derecho a la intimidad, las personas tienen la facultad de decidir con quiénes comparten y comentan determinada información. Uno de los canales predilectos para este propósito es el de las llamadas telefónicas, así como lo medios de comunicación semejantes. Por eso, en la doctrina se ha hecho alusión a la existencia de un derecho a la inviolabilidad o a la intangibilidad de las comunicaciones, como un aspecto del derecho a la intimidad⁴⁴⁹. Se trata, pues, de uno de los escenarios en los que se manifiesta la así llamada expectativa razonable de privacidad o intimidad. Por lo tanto, no es equivocado decir que el derecho que de manera más directa resulta comprometido con la intromisión indebida en las conversaciones telefónicas es, precisamente, la intimidad⁴⁵⁰.

A través de este conducto, de ordinario, las personas se expresan sin las inhibiciones que implica saber que hay terceros escuchando lo que se dice, sino confiando en que el contenido de la conversación está siendo conocido y, en principio, solo será conocido por el interlocutor o los interlocutores autorizados. Sin embargo, merced al estado actual de la

tecnología, dichas comunicaciones pueden ser interceptadas por terceros sin conocimiento de los interlocutores, así como pueden ser grabadas fácilmente por uno de los contertulios a espaldas del otro o de los otros, a través de equipos ofrecidos en el mercado a precios asequibles. En este sentido, la obtención de la información contenida en una conversación telefónica puede propiciar el descubrimiento de datos relevantes para un proceso judicial. De hecho, esta posibilidad está expresamente prevista como actividad de investigación en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)⁴⁵¹.

Se presentan inicialmente dos situaciones que merecen consideraciones diferentes, a saber, la intromisión promovida por un tercero ajeno a la conversación, es decir, la interceptación, y por otro lado, la grabación hecha por uno de los interlocutores o con su autorización.

Con respecto al primer evento, valga anotar que en Colombia para la interceptación de comunicaciones se requiere “orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”, como lo dispone el inciso 3° del artículo 15 de la Carta Política, el cual debe leerse en concordancia con el artículo 250 de la misma obra, modificado por el Acto Legislativo 3 de 2002, cuyo numeral 2° autoriza a la Fiscalía General de la Nación para realizar interceptaciones de comunicaciones sometidas al control judicial posterior del juez de control de garantías.

La CORTE CONSTITUCIONAL ha expresado que “La interceptación arbitraria de comunicaciones es, a todas luces, una práctica contraria a los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales”. Por lo anterior, “la interceptación de comunicaciones, sólo puede ser realizada bajo las condiciones y

procedimientos expresamente señalados en la Carta y en la ley, como garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad”⁴⁵². En igual sentido, con vehemencia la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha dicho que la interceptación de comunicaciones privadas, sin que medie la respectiva orden proferida por la autoridad competente, es una “práctica delictuosa” que “debe ser expresamente censurada y rechazada, como flagrantemente violatoria del derecho fundamental a la intimidad de todos los seres humanos”⁴⁵³. Debe descartarse entonces la prueba obtenida mediante interceptaciones de comunicaciones sin orden legítima, las cuales pueden provenir tanto de las autoridades como de los particulares⁴⁵⁴. Así, las interceptaciones pueden provenir de una de las partes del proceso, de la víctima de un delito, de un tercero, de un periodista, etc.⁴⁵⁵. Sin embargo, el hecho de que la noticia criminal corresponda a una grabación ilícita no puede significar que ese asunto quede por fuera de la potestad investigativa y de juzgamiento del Estado, contrario a lo que sostienen algunos autores⁴⁵⁶.

En el marco de la investigación penal, la interceptación de comunicaciones es una medida a la que se recurre para comprobar una hipótesis delictiva concreta y determinada, de conformidad con el respectivo programa metodológico, de manera que este medio no puede utilizarse indiscriminadamente en el marco de prácticas coloquialmente denominadas “cacerías de brujas” o “pescas milagrosas”. Por lo tanto, la orden de interceptación, ya sea que provenga del juez o del fiscal, debe estar debidamente motivada y fundamentada en los medios cognitivos a los que se haya accedido en desarrollo de actos de investigación previos. En línea de principio, la mera denuncia de un delito no justificaría una medida de este calibre. Por eso, se requiere de una labor investigativa previa a efecto de ordenarla. Una mayor disponibilidad de elementos materiales probatorios y evidencia física sobre la

hipótesis delictiva a la hora de ordenar esta medida, contribuiría a demostrar su necesidad y a argumentar su proporcionalidad.

Ahora bien, por tratarse de una práctica restrictiva de derechos fundamentales, es claro que la orden para interceptar llamadas telefónicas no puede extenderse indefinidamente en el tiempo. Por el contrario, debe limitarse a un periodo determinado que se estime estrictamente necesario para conseguir la información que se espera encontrar, de manera que si la información se registra por fuera del plazo previsto para la interceptación, por este solo hecho, la legitimidad de la prueba así obtenida queda en entredicho. En palabras de la SALA DE CASACIÓN PENAL, “Como se trata de la limitación a una garantía fundamental, la orden judicial debe acatarse en su integridad, de acuerdo con los plazos estipulados, pero no más allá; de manera que sólo si se producen con desbordamiento de tales requisitos, la prueba podría tornarse ilegal”⁴⁵⁷. Lo anterior sin perjuicio de que motivadamente se renueve la orden por un periodo adicional al inicialmente presupuestado, pero en este último caso debe procederse con mayor cautela a la hora de establecer su proporcionalidad. Por lo tanto, es claro que la posibilidad de ordenar una interceptación permanente de comunicaciones o por tiempo indefinido implica la aniquilación del derecho a la intangibilidad de las comunicaciones, como manifestación del derecho a la intimidad, y cercena el derecho que tiene un individuo de comunicarse con las personas con quien él desee a través de los medios a disposición del común de la gente. En cuanto al momento a partir del cual se cuenta el plazo previsto en la orden, la SALA DE CASACIÓN PENAL señaló, en sentencia del 27 de septiembre de 2002 (Rad. 17393), M.P. NILSON PINILLA PINILLA, que se cuenta, no desde la fecha de la resolución que ordena la medida, sino desde que la actividad de interceptación inicie efectivamente por parte de los funcionarios de Policía

Judicial⁴⁵⁸. Adicionalmente, la orden de interceptación no habilita a cualquier persona para escuchar las respectivas comunicaciones, sino solo a los funcionarios que tengan esa facultad, quienes deben guardar reserva.

Ahora bien, durante la interceptación de determinada línea telefónica, los funcionarios autorizados para escuchar las comunicaciones podrán conocer conversaciones de variada índole, muchas de ellas irrelevantes para los propósitos de la investigación. Por lo tanto, al proceso debe allegarse solo aquello que se relaciona con la hipótesis delictiva investigada y no todos los contenidos de las conversaciones -principio de minimización-, de manera que cualquier aspecto ajeno a la investigación que sea conocido por los funcionarios autorizados para las escuchas, debe permanecer oculto⁴⁵⁹, para lo cual sería recomendable la destrucción posterior de las grabaciones en la parte que no vaya a servir de prueba. En el mismo sentido, la información así recaudada debe utilizarse, en principio, exclusivamente en el marco del proceso particular. Pero uno de los interrogantes que surge en este punto es qué ocurre cuando las escuchas llevan al descubrimiento de una causa criminal distinta a la inicialmente investigada. Al respecto, analogía hecha de lo dicho en relación con el allanamiento y registro del domicilio privado, la información obtenida debe ponerse a disposición de la autoridad competente para iniciar las investigaciones pertinentes. Por lo dicho en relación con el secreto profesional, debe excluirse la interceptación de la comunicación del procesado con su abogado defensor⁴⁶⁰ y cualquier otro contenido de las conversaciones cobijado por el secreto profesional. En consonancia con lo anterior, la norma que se comenta proscribire la interceptación de comunicaciones del defensor.

La otra situación por considerar se refiere a la grabación de la comunicación promovida por uno de los interlocutores. Esta hipótesis no ofrece mayor controversia cuando media el asentimiento de todos los contertulios⁴⁶¹, sea expreso o tácito, esto último cuando se pone previamente en su conocimiento que la comunicación será grabada y aún así proceden a adelantar la conversación. La polémica se centra en el supuesto en el que la grabación se hace subrepticamente. Algún sector de la doctrina y la jurisprudencia extranjeras aboga por la exclusión de la prueba así obtenida por considerarla contraria a las garantías personales reconocidas en instrumentos internacionales⁴⁶². Otros, en cambio, consideran que la grabación debe ser admitida, siempre que su obtención no sea producto de actividades ilícitas⁴⁶³. Hay también una postura según la cual la grabación debe excluirse solo si su contenido es incriminatorio⁴⁶⁴. Asimismo, se ha hablado de la posibilidad de justificar la intromisión ex post facto atendiendo la gravedad del asunto descubierto⁴⁶⁵.

En Colombia, la SALA DE CASACIÓN PENAL ha venido sosteniendo que, por regla general, la grabación hecha a espaldas de los demás interlocutores no puede ser admitida como prueba⁴⁶⁶. Sin embargo, se ha destacado como excepción la admisión de la grabación que hace la víctima de un delito de sus propias conversaciones con el procesado, sin autorización judicial y sin el consentimiento de su interlocutor, a efecto de preconstituir la prueba del ilícito. Al respecto, ya en sentencia de casación del 16 de marzo de 1988 (Rad. 1.634), había dicho la Sala: “cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes”. Posición que ha sido reiterada por la misma Corporación en numerosos fallos⁴⁶⁷. Sobre las

razones que justifican esta excepción, esta Sala, en Sentencia del 9 de febrero de 2006 (Rad. 19.219), M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO, señaló que “Si la víctima de un delito graba o autoriza la grabación de su voz o de su imagen para efectos probatorios, mientras dialoga o interactúa con el implicado, obviamente sin que este consienta tales operaciones, podría generar una tensión aparente o muy leve entre el derecho a la intimidad del implicado, y los derechos de la víctima a la protección integral de las autoridades, a la verdad, a la justicia y a la reparación”. Y continúa diciendo: “Se precisa entonces ponderar tales derechos desde la perspectiva del mejor efecto constitucional posible”. Hecho este planteamiento, la Sala concluye: “En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho de la víctima” en la medida que así se realizan “los fines constitucionales atribuidos al proceso penal” y habida cuenta de que la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de limitaciones de cara a un fin constitucional y con arreglo a la ley. En estos casos, entonces, “la axiología constitucional ofrece la respuesta de manera obvia y evidente”, máxime cuando la justicia “es un principio superior fundante del Estado”, valga decir, “una meta, un horizonte de llegada”, el cual “irradia todo el espectro jurídico”⁴⁶⁸. En consonancia con la posición de nuestra CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, hay tratadistas que han sostenido que la grabación de la llamada que hace la víctima constituye una suerte de estado de necesidad⁴⁶⁹ y, en esta medida, es una intromisión justificada en el derecho a la intimidad del victimario⁴⁷⁰. Estos mismos motivos servirían para justificar la grabación subrepticia de llamadas en otros eventos. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que, no ya la víctima de un delito sino el propio acusado graba sus conversaciones “para preconstituir la prueba de su inocencia”⁴⁷¹, en aras de salvaguardar su derecho de inocencia y, de contera, su derecho a la libertad. Las consideraciones anteriores permitirían abrir la puerta para la admisión, por su puesto con carácter estrictamente excepcional, de esta clase

de prueba en los procesos civiles, laborales y de lo contencioso administrativos. Al respecto es ilustrativa la sentencia de la SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 29 de junio de 2007 (Rad. 2000-00751), M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, en la cual, si bien se señala que en línea de principio debe excluirse la prueba así obtenida⁴⁷², se destaca la imposibilidad de establecer una regla absoluta en ese sentido. Con todo, se insiste, su eventual admisibilidad se reduce a eventos excepcionales, so pena de socavar la garantía del debido proceso, valga decir, se debe proceder “ex abundante cautela”.

2.6 Algunos casos de pruebas documentales

2.6.1 Correspondencia privada

Como ya se dijo, una de las manifestaciones de la intimidad es la facultad que tienen las personas de decidir a quiénes comunicar ciertos aspectos de su vida. Uno de los medios más tradicionales para este propósito es la correspondencia privada. A través de la ésta las personas, de ordinario, desarrollan sus relaciones familiares, afectivas, de amistad, de negocios, entre otras⁴⁷³. Las misivas corresponden a una “manifestación del pensar y del sentir de los hombres”⁴⁷⁴, son una “extensión de la personalidad”, toda vez que a través de ellas se plasman confesiones, sentimientos, anhelos esperanzas, deseos, en fin, intimidades de las personas⁴⁷⁵. Adicionalmente, los avances tecnológicos ofrecen facilidades y novedosos medios para la comunicación escrita epistolar, motivo por el cual hoy se habla de una “sociedad hipercomunicada”⁴⁷⁶. Uno de tales medios, tal vez el más popular de nuestro tiempo, es el correo electrónico, sobre el cual volveremos más adelante.

Ahora bien, la utilidad de la correspondencia para acreditar los hechos que interesan a cualquier clase de proceso es notable. Piénsese, por ejemplo, en la carta en la que una persona reconoce tener una deuda; en la que serviría para probar la relación afectiva entre los presuntos progenitores de un niño; la que contribuiría a probar la infidelidad de uno de los cónyuges; la que registra una orden del mandante al mandatario; la que prueba la remisión de una deuda; la que demuestra la simulación de un contrato; la que contiene las tratativas preliminares entre los contratantes; la que contiene una amenaza o una extorsión; la que se remiten entre sí los autores de un delito, entre muchas otras.

En relación con la posibilidad de utilizar la correspondencia privada como prueba en un proceso, conviene distinguir varios escenarios: la interceptación y el registro de la correspondencia en los términos del artículo 15 de la Carta Política; la aportación de una misiva por parte de particulares que por algún motivo la tienen en su poder; y la orden de exhibición de una carta dirigida por el juez al tenedor legítimo de la misma.

En primer lugar, la Constitución Política, en su artículo 15, inciso 3º, señala que la correspondencia y demás formas de comunicación privada “Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”. Por lo tanto, en línea de principio, la correspondencia interceptada o registrada sin que medie orden judicial, como la obtenida subrepticia o fraudulentamente, ya sea por una autoridad o bien por un particular, no puede admitirse como prueba cuando es propuesta por un tenedor ilegítimo⁴⁷⁷. El citado precepto constitucional es desarrollado por los artículos 233 y 234 del Código de Procedimiento Penal. De acuerdo con estas normas, en materia de investigaciones penales se requiere de orden escrita del fiscal del caso para la

retención y examen de la correspondencia. La orden en comento debe ser una providencia motivada en términos de la razonabilidad y proporcionalidad, de conformidad con el programa metodológico de la investigación en curso y debe estar limitada en relación con las personas sobre las cuales puede recaer y en cuanto al tiempo para su ejecución. Como anota la CORTE CONSTITUCIONAL, la potestad de las autoridades judiciales para ordenar medidas de este calibre no es absoluta, toda vez que debe respetarse el núcleo esencial de los derechos fundamentales involucrados, en especial de la intimidad, so pena de incurrir en “una intromisión irrazonable y desproporcionada del derecho”⁴⁷⁸. Luego, la simple existencia formal de la orden judicial no legitima *per se* la interceptación⁴⁷⁹.

Otra situación se presenta cuando las cartas son propuestas y presentadas por un particular, quien por alguna razón las tiene en su poder. Aquí la pregunta que surge es quién o quiénes están legitimados para aportar determinada carta a un proceso, teniendo en cuenta aspectos como su remitente, su destinatario, su tenedor, la forma cómo la obtuvo el proponente y su contenido. Es decir, debe distinguirse la posesión material de determinada carta de la posibilidad de allegarla al proceso⁴⁸⁰. En un intento por dilucidar esta cuestión la doctrina ha recurrido al concepto de “propiedad”, para señalar que en cada caso debe formularse la pregunta ¿quién es el propietario de la carta y, por lo tanto, quién puede disponer de ella? Frente a este interrogante se han formulado numerosas teorías: de una parte, se ha sostenido que la carta pertenece al destinatario, ya sea porque la recibe a título de donación, ora porque es su poseedor; otra corriente señala que el dueño de la misiva es el remitente, su autor, y no el destinatario, quien sería mero depositario o titular del derecho de uso; también se ha dicho que pertenece a ambos, haciendo alusión al concepto de copropiedad, siendo el destinatario el dueño del componente material o físico de la carta, mientras el

remitente lo es del aspecto intelectual, por lo cual, a veces, sería necesario acudir a las normas sobre propiedad intelectual⁴⁸¹. La propiedad sobre la misiva ha sido calificada también como una cuestión sui generis, proponiéndose que el juez resuelva en cada caso quién está legitimado para aportarla. Finalmente, se ha sugerido auscultar la intención del remitente al escribirla, habida cuenta de sus designios, como la orden expresa de no divulgar su contenido, de guardarla en un lugar secreto, de destruirla después de su lectura⁴⁸² o teniendo en cuenta el hecho de haber encriptado su contenido⁴⁸³.

Desde otra perspectiva, algunos tratadistas han señalado que debe analizarse el contenido de las misivas para determinar si es confidencial, si atañe el derecho a la intimidad, como ocurre con “las que expresan opiniones íntimas que se presumen dadas para mantenerlas en reserva, según la apreciación que realice el juez en cada caso”. Así, cuando el contenido de la carta tiene efectivamente la impronta de la intimidad, por regla general, debe ser excluida del proceso⁴⁸⁴. Por el contrario, si el asunto tratado en la comunicación no es confidencial, si no concierne la intimidad, no hay obstáculo para su admisión, como ocurre, por ejemplo, con las misivas de contenido económico o contractual. Y para los casos de un contenido complejo se ha propuesto la fórmula de una presentación selectiva⁴⁸⁵. Esta postura ha sido criticada por considerar que permitir al juez que entre a valorar el contenido de la carta deja sin efectos la protección de la correspondencia, la hace ilusoria, en la medida que, en todo caso, su contenido será conocido por el juzgador, por lo cual hay una corriente que sostiene que la confidencialidad de la correspondencia es formal, esto es, con independencia de su contenido⁴⁸⁶.

Hay tratadistas que consideran que debe tenerse en cuenta quiénes son las partes del proceso y la clase de proceso. Así, cuando se trate de un litigio entre el remitente y el destinatario, la carta puede ser presentada por el tenedor o su contraparte puede solicitar la exhibición⁴⁸⁷. En favor de esta postura se argumenta que la garantía de confidencialidad solo protege a terceros ajenos al proceso, mientras que las partes están frente a un deber concreto de colaboración con la administración de justicia. Sin embargo, no puede perderse de vista la lealtad que en ocasiones es predicable de la relación entre remitente y destinatario. En cambio, cuando la carta concierne la intimidad de terceros no debe ser admitida *-res inter alios iudicanda*⁴⁸⁸-. De la carta entre terceros, es decir, cuando ni el remitente ni el destinatario son parte en el proceso, se ha dicho que debe ser excluida si no media el consentimiento de los interlocutores⁴⁸⁹. Cuando se trate de un proceso entre el remitente y una persona ajena a la comunicación, el destinatario de la carta, en su calidad de tenedor, puede oponerse a exhibirla si alega que se le causaría algún perjuicio⁴⁹⁰. Si el destinatario ha entregado la carta a alguna de las partes, ésta podría aportarla, pero no ocurre lo mismo si el litigante la obtuvo fraudulentamente⁴⁹¹.

Por último, no han faltado las posturas más radicales que sostienen que en ningún caso las cartas misivas pueden servir como prueba en un proceso⁴⁹².

Particular atención ha merecido el tema en procesos de familia. Al respecto, expresan PLANIOL y RIPERT que “el juez puede hacer prevalecer los derechos del matrimonio sobre los de las confidencias epistolares. La cuestión del mantenimiento o la ruptura de una familia es de tal importancia social que tiene preferencia sobre el derecho al secreto de las cartas”⁴⁹³. Inclusive, algún autor ha llegado a afirmar que en el procesos de divorcio los

cónyuges pueden aportar cartas sin explicar cómo las consiguieron⁴⁹⁴. A propósito del adulterio, explicaba LESSONA, como supuesto excepcional, que las cartas entre el cónyuge adúltero y su pareja son admisibles como prueba, prescindiendo del consentimiento del remitente y del destinatario y aun cuando quien las aporta haya acudido a medios “indebidos” para apoderarse de ellas. Pero advertía este mismo autor que no se trata de una postura unánime, señalado que algún sector de la doctrina de su tiempo solo había considerado admisibles las cartas “encontradas por casualidad”⁴⁹⁵. Similares conclusiones formuló el autor italiano para probar injurias graves entre los cónyuges⁴⁹⁶. Esta postura fue rechazada por la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia T-916 de 2008, en la cual se ordenó la exclusión de los mensajes de correo electrónico de uno de los cónyuges allegados al proceso por la contraparte en un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico.

La misma Corte ha señalado que en Colombia la protección constitucional de la correspondencia es formal, es decir, “no depende tanto de que su contenido no se refiera a temas públicos, los cuales pueden, incluso, tratarse en la más confidencial de las formas” sino “depende más bien de la voluntad de sus remitentes y destinatarios determinados”. Por lo tanto, en primer término, la reserva está dada por la voluntad del remitente, “quien expresa o tácitamente permitirá, impedirá o intentará permitir o impedir la injerencia de extraños”, y, de manera subsiguiente dependerá de la voluntad del destinatario⁴⁹⁷. Además, de acuerdo con el artículo 15 de la Carta Política, se recuerda, en todo caso debería excluirse la correspondencia obtenida mediante interceptaciones y registros ilegales⁴⁹⁸.

Para el supuesto de las cartas relativas a una relación cobijada por el secreto profesional nos remitimos a las consideraciones que sobre ésta última institución ya se hicieron. Otros supuestos intrigantes, que no han pasado desapercibidos por la doctrina, son, por ejemplo, qué ocurre después de la muerte de uno de los interlocutores o de ambos?⁴⁹⁹ Y ¿Qué facultad le cabe a los padres de un menor para entrometerse en las comunicaciones privadas de sus hijos, con fines de educación y cuidado⁵⁰⁰.

En relación con la orden de exhibición emitida por el juez, conviene traer a colación lo preceptuado en el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo con esta norma, debe distinguirse la orden dirigida a una de las partes y aquella que se destina a un tercero. En el primer evento, la parte puede oponerse y el juez apreciará los motivos de la oposición, entre los que caben los relacionados con el derecho a la intimidad. Si el juez rechaza la objeción y la parte no aporta el documento, se tendrán por ciertos los hechos que se pretendían probar con éste, si admiten prueba de confesión, o se apreciará la conducta como indicio en contra. Cuando la orden se dirige a un tercero, la renuencia injustificada se sancionará con multa. Aclara el precepto que se comenta, que “Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio”.

2.6.2 Historias clínicas

El artículo 34 de la Ley 23 de 1981 define la historia clínica como un documento de carácter reservado⁵⁰¹. Las razones que justifican esta reserva son similares a las que justifican el secreto profesional médico; de ahí su relación con el derecho a la intimidad⁵⁰².

Sobre este tema se han proferido importantes pronunciamientos de la CORTE CONSTITUCIONAL en los que se reitera dicho carácter reservado⁵⁰³. Por ejemplo, en Sentencia T-413 de 1993 se destaca que particulares ajenos a la relación médico paciente no pueden aportar la historia clínica de aquél en un proceso judicial sin su autorización. Este hecho, para la Corte, configuró una violación del debido proceso⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵. En este orden de ideas, la historia clínica, por regla general, está llamada a ser conocida exclusivamente por el paciente y por el personal médico a su servicio⁵⁰⁶; solo puede revelarse a terceros con autorización de aquél⁵⁰⁷; la revelación, una vez autorizada por el paciente, debe limitarse al contenido y a los fines expresados por él⁵⁰⁸; la información revelada sin autorización del paciente, por regla general, no puede ser tomada en cuenta como prueba judicial⁵⁰⁹; solo en los casos previstos en la ley y para los fines que en ella misma se establecen, las autoridades de salud y las autoridades judiciales pueden acceder al contenido de las historias clínicas. En efecto, en Sentencia T-624 de 1997⁵¹⁰ la Corte indicó que el juez de la causa puede exigir la exhibición de la historia clínica de conformidad con lo previsto en el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil. Para la Sala, “si bien las historias clínicas de las personas son reservadas y su divulgación sin autorización de los interesados representa un abuso que vulnera el derecho fundamental a la intimidad (art. 15 C.P.), nada obsta para que, si es pertinente su conocimiento en un determinado proceso judicial, como en este caso acontece, ya que se hacía necesario verificar las afirmaciones del solicitante acerca de la atención a su salud, el juez las tenga en cuenta como pruebas”.

Conviene aclarar que la reserva es oponible a terceros, pero no al propio paciente, aspecto en el que se relaciona con el derecho al habeas data⁵¹¹. En efecto, se trata de un medio de

prueba muy valioso en los juicios de responsabilidad médica y otras acciones judiciales promovidas por el mismo paciente⁵¹².

Uno de los interrogantes que surge al respecto es qué ocurre cuando el paciente ha fallecido o por alguna circunstancia no está en capacidad de consentir el levantamiento de la reserva. Esta situación es crucial si se piensa en la prueba de la responsabilidad médica, por ejemplo, en los casos de deceso del paciente. Al respecto, es ilustrativa la sentencia T-650 de 1999 de la CORTE CONSTITUCIONAL. El análisis de la Corte parte de preguntarse si “¿La reserva de la historia clínica desaparece con el fallecimiento de la persona, y, en consecuencia, sus herederos adquieren el derecho a solicitarla y a que se levante la reserva?”. La Sala constata que “se trata de una información privada, que sólo concierne a su titular, y excluye del conocimiento a otras personas, así sean éstas, en principio, sus propios familiares”. Luego, la facultad de levantar la reserva es un derecho “de la personalidad” que no es transmisible. Se concluye que la muerte del paciente no implica por sí sola el levantamiento de la reserva de la historia clínica ni confiere a sus familiares el derecho de aportarla como prueba en un proceso judicial. Por la tanto, aún en estos casos, el levantamiento de la reserva debe autorizarse judicialmente, cuando exista una justa causa para ello, como la necesidad de probar la responsabilidad del médico tratante.

2.6.3 El “diario íntimo”

Qué decir del “diario íntimo” de una persona, entendido como el registro escrito de las vivencias personales que el individuo realiza para sí, para satisfacer sus necesidades de desahogo individual y de encuentro consigo mismo. Para algún sector de la doctrina⁵¹³ y la

jurisprudencia⁵¹⁴, la admisibilidad de este documento depende de los intereses inmersos en el proceso, esto es, de la aplicación que se haga del criterio de proporcionalidad, pero, desde otra perspectiva, su utilización podría implicar una virtual aniquilación del derecho a la intimidad, comoquiera que, se repite, no es otra cosa que el registro cotidiano de la intimidad de una persona, quien lo elabora para si misma y, normalmente, con la intención de ocultarlo a los demás. Desde este ángulo, la revelación del diario íntimo podría significar una intromisión tan profunda en la intimidad, equivalente a la afectación de su núcleo esencial, si no a su aniquilación, de manera que sería inadmisibile como prueba judicial.

2.7 Algunas “pruebas informáticas”

La posibilidad de utilizar en el proceso la información ajena que circula a través de Internet o almacenada en equipos informáticos es una cuestión que no debe pasar desapercibida, pues es incontrovertible la masiva utilización de estos medios para los más diversos propósitos. En efecto, este tema no ha sido ajeno a la preocupación de la doctrina y la jurisprudencia, en buena medida porque, no obstante la asociación que suele hacerse de la Internet y de la informática con una surte de realidad virtual, no por ello en este ámbito se tornan virtuales los derechos y deberes constitucionales⁵¹⁵, así como su vigencia. En palabras de JUAN CARLO UPEGUI MEJÍA, se trata de una preocupación derivada “de las complejas situaciones engendradas con la definitiva entronización de la Internet”⁵¹⁶. Como anotara la CORTE CONSTITUCIONAL, el desarrollo de la informática implica un nuevo reto para el Estado en términos de regulación y control, de cara a la protección de los derechos personales, la intimidad entre ellos⁵¹⁷. De ahí que no se pueda acudir arbitrariamente a la información ajena que circula en Internet o almacenada en equipos informáticos, aún en

beneficio de los fines del proceso judicial. En materia penal se requiere de orden del fiscal del caso para recuperar información del indiciado o imputado “dejada al navegar por Internet”; orden que se profiere cuando medien “motivos razonablemente fundados”, analogía hecha de las normas sobre registro y allanamiento⁵¹⁸.

Una cuestión paradigmática es la posibilidad de registrar las cuentas de correo electrónico. En efecto, este último es uno de los medios de comunicación privada más utilizados en la actualidad, no obstante sus condiciones particulares de vulnerabilidad y alterabilidad⁵¹⁹. Por ejemplo, existen procedimientos que permiten acceder al contenido de los correos electrónicos sin que el titular de la cuenta tenga conocimiento de esta situación⁵²⁰. Empero, a pesar de lo anterior, es utilizado masivamente por su rapidez y gratuidad⁵²¹. También es importante destacar la capacidad de almacenamiento de las cuentas de correo electrónico, en las cuales se guardan no solamente las comunicaciones recibidas, sino también las que han sido enviadas. No obstante todo lo anterior, el correo electrónico no es ajeno al concepto de intimidad⁵²². Al respecto, señala SANTOS CIFUENTES que “violentar el e-mail mediante el acoso indebido al correo electrónico ajeno, como dar a conocer el contenido de sus datos, afecta la intimidad del emisor del mensaje”⁵²³.

La vocación de prueba de la información así obtenida es patente, especialmente a la luz de lo previsto en la Ley 527 de 1999, de acuerdo con la cual la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada a través de medios electrónicos, como el correo electrónico, se considera un mensaje de datos⁵²⁴. La admisibilidad de los mensajes de datos como medio de prueba está expresamente señalada en esta ley, la cual se remite a las normas de la prueba documental contenidas en el Código de Procedimiento Civil⁵²⁵.

Al correo electrónico y a las demás formas de comunicación vía Internet les resulta predicable el contenido del artículo 15 de la Carta Política, sobre inviolabilidad de las comunicaciones. Luego, para su interceptación o registro se requiere de orden de autoridad judicial competente, en los eventos previstos en la ley y con observancia de las formalidades legales, para proteger así el derecho a la intimidad; en pocas palabras, con carácter excepcional, pues, se recuerda, la regla general es su inviolabilidad. De ahí la interpretación restrictiva que debe acompañar a los preceptos que permiten la interceptación⁵²⁶.

A modo de ejemplo, en Sentencia T-916 de 2008, la Corte Constitucional ordenó la exclusión del acervo probatorio de una serie de mensajes de correo electrónico obtenidos de la cuenta de una de las partes, sin su consentimiento, y allegados por la contraparte, lo cual, a juicio de la Sala, configuró una “conducta procesal reprochable, desde el punto de vista constitucional” al ser contraria a la inviolabilidad de las comunicaciones. Más todavía, la Corte consideró irrelevante la alegación del aportante en el sentido que la cuenta de correo electrónico era compartida entre las partes del litigio puesto que “una cosa es compartir una cuenta de correo electrónico y otra muy distinta registrar el correo del otro, sustraerlo, y presentarlo como prueba en proceso judicial, todo ello sin el consentimiento de la parte a quien se encontraba dirigido el mismo”⁵²⁷.

Uno de los casos que de manera particular ha despertado la curiosidad de la doctrina parte de preguntar si en materia laboral el empleador tiene o no la facultad de registrar las cuentas de correo electrónico del trabajador, así como la información que éste registre en

los equipos informáticos puestos a su disposición como herramientas de trabajo⁵²⁸. Lo cierto es que el empleador tiene la facultad de supervisar a sus trabajadores para asegurara el cumplimiento de los fines del contrato, pero este control no debe ser abusivo, es decir, no debe degenerar en persecuciones, vejaciones o humillaciones⁵²⁹. En particular, el registro del correo electrónico y de la información almacenada en los equipos informáticos del lugar de trabajo puede servir para garantizar la integridad de dichos equipos o para evitar que a nombre de la empresa se envíen mensajes o se guarden datos que puedan comprometer su responsabilidad o la de sus representantes legales. Por eso, algún sector de la doctrina considera admisible la intromisión en el correo electrónico y en los equipos asignados al trabajador, cuando la conducta de éste es susceptible de lesionar injustamente los intereses del empleador. Otra corriente considera que tal intromisión sólo puede ser excepcional, cuando existan serias y fundadas sospechas sobre conductas irregulares del trabajador, en especial la comisión de delitos⁵³⁰. En Sentencia T-405 de 2007 la CORTE CONSTITUCIONAL estudió el caso de una trabajadora que había almacenado fotografías personales ajenas a sus labores en el computador que le proporcionó la empresa donde trabajaba. Dichas fotografías, sin consentimiento de la trabajadora, fueron registradas por su jefe y posteriormente divulgadas como forma de extorsión para exigir su renuncia. La Corte consideró que las fotografías eran de carácter “personalísimo” y en ese sentido estaban amparadas por la Constitución, siendo irrelevante que reposaran en un computador propiedad de la empresa, motivo por el cual los demás funcionarios de la entidad no estaban autorizadas para registrarlas ni divulgarlas, mucho menos con fines de manipulación y extorsión⁵³¹.

2.8 Búsqueda selectiva en bases de datos

Las bases de datos han sido definidas en la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL como “una colección de datos organizados y estructurados según un determinado modelo de información que refleja no sólo los datos en sí mismos sino también las relaciones que existen entre ellos”⁵³². Es decir, no consisten simplemente en una sumatoria de datos aislados, sino en su almacenamiento organizado, o si se quiere, sistematizado, a través de su combinación e interrelación⁵³³. En particular, el concepto de búsqueda selectiva en bases de datos se refiere a las “búsquedas focalizadas sobre un sujeto en particular”⁵³⁴⁻⁵³⁵.

La relación entre el derecho a la intimidad y los datos personales no ha sido un tema tratado de manera uniforme en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación⁵³⁶. Para algunos autores, una de las facetas de la intimidad es la facultad de control sobre la información que concierne al individuo⁵³⁷⁻⁵³⁸, motivo por el cual su divulgación, bajo determinados supuestos, constituye una intromisión en este derecho⁵³⁹. Para otros, en cambio, el gobierno de los datos personales es una cuestión que debe deslindarse del derecho a la intimidad y que más bien se relaciona con otra garantía constitucional autónoma e independiente: el habeas data⁵⁴⁰. Una tercera opinión reconoce la autonomía entre ambos derechos, pero aclara que a través del habeas data se puede proteger el derecho a la intimidad en los eventos en los cuales los datos en cuestión tengan carácter íntimo; existen, por lo tanto, supuestos ocasionales en los que el objeto de protección de ambos derechos coincide, valga decir, hipótesis de “ocasional interdependencia”⁵⁴¹. Luego, no toda información personal sobre la cual el individuo puede ejercer control a través del habeas data debe tener carácter íntimo⁵⁴², pero cuando esto ocurre, el habeas data tiene un efecto tuitivo sobre la intimidad.

Por lo tanto, a partir del deslinde entre el derecho a la intimidad y el derecho al *habeas data*, se puede afirmar que no todo dato contenido en una base de datos tiene la impronta de la intimidad, pero cuando esto es así, su divulgación puede implicar una trasgresión de ambos derechos⁵⁴³. Así la cosas, el “*habeas data*, a pesar de su valor sustancial, puede fungir como un derecho procedimental, para la protección de los contenidos del derecho a la intimidad, cuando en bancos de datos se incluyan informaciones relativas a la vida privada de las personas”⁵⁴⁴. Acogemos este último planteamiento.

Así, el mecanismo de búsqueda selectiva en bases de datos atañe el derecho a la intimidad, en especial en su faceta como derecho a decidir con quiénes compartir determinada información personal del sujeto, esto es, en su aspecto “activo” como facultad de control sobre la información que solo le concierne al individuo⁵⁴⁵ o como derecho a la “intimidad informática”⁵⁴⁶. En desarrollo del derecho a la intimidad el individuo puede “reaccionar contra la acumulación de datos que le pertenecen y que, generalmente sin su consentimiento, se destinan al control de comportamientos o pueden ser usados con fines de discriminación”⁵⁴⁷. Debe destacarse que cuando el titular de la información le confía un dato íntimo al administrador de la base de datos, éste último no adquiere por ese sólo hecho su titularidad, ni el derecho de divulgarlo a su arbitrio. Al respecto anota la CORTE CONSTITUCIONAL: “Lo cierto es que por las muy estrechas relaciones entre el dato personal y la intimidad que atrás hemos destacado, la sola búsqueda y hallazgo de un dato no autoriza a pensar que se ha producido simultáneamente su apropiación exclusiva y, por tanto, la exclusión de toda pretensión por parte del sujeto concernido en el dato”⁵⁴⁸.

Es por estas razones que las bases de datos deben ser objeto de protección del ordenamiento jurídico⁵⁴⁹, de manera que no se puede acudir a ellas, aún con fines judiciales, de forma irresponsable, en aras de salvaguardar los derechos personales involucrados. Esto último por cuanto, de conformidad con el principio de la dignidad humana, las personas no pueden ser entendidas como meros “suministradores de datos”⁵⁵⁰.

Este es, además, uno de los temas en los que se evidencia claramente la tensión entre el derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información, el “poder informático”⁵⁵¹ de los particulares y del Estado⁵⁵². En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL:

“La irrupción de nuevas tecnologías exige la creación de instrumentos jurídicos adecuados que protejan los intereses comunitarios y del ciudadano medio frente a los eventuales abusos de los titulares, directos beneficiarios de tales tecnologías y establezcan principios adecuados de responsabilidad en el manejo de los datos, vale decir, de la mayor fuente de poder y eventual manipulación de nuestra cultura contemporánea”⁵⁵³.

Esta cuestión ha sido objeto de un importante desarrollo legal en Colombia; de ello da cuenta la regulación contenida en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Como se dijera, el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, contenido en el Título de Principios Rectores y Garantías Procesales y referido al respeto del derecho a la intimidad, en su último inciso alude a la “búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso”, expresión que fue objeto de estudio de constitucionalidad en la sentencia C-336 de 2007 de la CORTE

CONSTITUCIONAL y declarada condicionalmente exequible en el entendido que para su práctica “se requiere de orden judicial previa cuando se trata de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello”. En este punto conviene traer a colación la clasificación de la información que en dicho fallo se propone⁵⁵⁴, y, en particular, la distinción entre información privada⁵⁵⁵ e información reservada⁵⁵⁶. Con fundamento en la diferenciación aludida, la Corporación precisó:

“Considera la Corte que las expresiones “*información que no sea de libre acceso*” (Art. 14), e “*información confidencial, referida al indiciado o imputado*” (Art. 244), describen supuestos que corresponden al rango de información “*privada*”, lo que implica que solamente pueda ser obtenida mediante orden de autoridad judicial competente en cumplimiento de sus funciones.

“En cuanto a la información “*reservada*”, considera la Sala que por integrar la categoría de la denominada *información sensible*, su recaudo en una investigación no puede producirse mediante la consulta selectiva en bases de datos, por cuanto permanece confinada al ámbito personalísimo del individuo, “*se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones*”. Su sólo ingreso a una base de datos vulneraría tanto el derecho al *habeas data* como el derecho fundamental a la intimidad. Si bien puede, eventualmente, tratarse de datos de cardinal importancia para determinadas indagaciones penales, dada su naturaleza personalísima, sólo podría ser proporcionada por el titular del dato”⁵⁵⁷.

Luego, no toda información eventualmente contenida en una base de datos es susceptible de revelación, aun cuando medie orden judicial, pues existe una clase de información estrechamente vinculada con los derechos fundamentales del titular y que “se encuentra reservada a su órbita exclusiva”. Por lo mismo, se ha dicho que respecto de esta clase de

información es viable exigir la supresión de su registro⁵⁵⁸. De hecho, una de las manifestaciones del habeas data, según la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL, es la facultad de exigir la supresión de la información contenida en bancos de datos, cuando ha sido acopiada desconociendo los procedimientos para su regular inclusión⁵⁵⁹. Así las cosas, según el fallo al que se alude, la información que puede requerir coactivamente la autoridad judicial es la así llamada “información privada”. Esta distinción acarrea una compleja dificultad práctica a la hora de diferenciar entre dichos tipos de información. En últimas, el operador jurídico debe cuestionarse sobre el grado de afectación del derecho a la intimidad que implica la revelación de un dato en particular, tarea que en cada caso debe hacerse reflexivamente, atendiendo las circunstancias específicas. En buena medida, en esto radica la trascendencia de la intervención del juez de control de garantías. En efecto, como se anunció, para la Corte, en la medida en que la obtención de ciertos datos puede configurar una afectación de derechos y garantías fundamentales, la intimidad entre ellos, se requiere de autorización judicial previa para la búsqueda selectiva en bases de datos, comoquiera que esta medida no está exceptuada constitucionalmente del control judicial previo, como si ocurre con los registros y allanamientos al domicilio privado o las interceptaciones de comunicaciones. Esta salvedad debe predicarse al artículo 244 del estatuto procesal penal, no obstante su tenor literal⁵⁶⁰. Es decir, a pesar de la remisión que hace el artículo citado a las disposiciones relativas a los registros y los allanamientos, debe entenderse que se requiere de orden judicial previa en las condiciones ya expresadas. La Corte fue enfática en anotar que, en este caso, la autorización del fiscal del caso, y aun la del propio Fiscal General de la Nación, sería una medida de protección insuficiente de los derechos fundamentales susceptibles de afectación en la investigación penal⁵⁶¹.

Con respecto a los criterios que debe tener en cuenta el juez de control de garantías para decidir sobre la autorización de la medida, en general, deben tenerse en cuenta “las directrices que la jurisprudencia constitucional ha establecido para armonizar la práctica de medidas de investigación, con el respeto de los derechos fundamentales”⁵⁶². El juez debe formular un juicio de proporcionalidad de la medida, cuestionándose por su finalidad, pertinencia, idoneidad, utilidad, necesidad y ponderación. Fundamental es la prohibición de solicitar el acceso a la información de forma indiscriminada⁵⁶³ y sin ningún sustento, valga decir, deben desautorizarse las mencionadas “pescas milagrosas”. Por lo mismo, al formular la solicitud, el fiscal debe expresar exhaustivamente los motivos que justifican la medida, como se predicó, en lo pertinente, de otras medidas mencionadas anteriormente. Los distintos órganos del Estado, por supuesto, pueden tener a su cargo banco de datos oficiales, por ejemplo con fines de seguridad nacional. Ante esta realidad, la Corte Constitucional ha dicho que la información así almacenada debe manejarse “intra muros”, es decir, limitando su acceso a las autoridades competentes y para los fines previstos en la ley, lo que implica que debe evitarse la divulgación caprichosa o injustificada de la misma⁵⁶⁴.

3. ESTUDIO DE LA TENSIÓN ENTRE LA INTIMIDAD Y LA PRUEBA

En este punto es preciso recordar algunos de los interrogantes que hemos planteado desde el inicio de este trabajo, a saber: ¿cuál es el alcance de la protección del derecho a la

intimidad? ¿En qué condiciones es legítima la afectación del derecho a la intimidad, sin autorización de su titular, para la obtención de pruebas judiciales? En síntesis, podemos preguntarnos con MARCELA BASTERRA ¿“en qué casos debe prevalecer el interés general de la sociedad en el esclarecimiento de un hecho, por sobre un derecho fundamental”⁵⁶⁵ como la intimidad?

Como se dijo, la afectación del derecho a la intimidad de una persona, sin que medie su autorización, debe encontrar sustento en alguno o algunos de los principios, valores y derechos constitucionales, analizados bajo la óptica de la situación concreta, y solo puede legitimarse bajo presupuestos muy rigurosos que garantizan la protección de este derecho. En otras palabras, como corolario del respeto por la dignidad humana, es necesario que las invasiones, intromisiones o limitaciones de la intimidad estén sustentadas y justificadas en la realización de un fin supremo del Estado que sea manifestación del interés general⁵⁶⁶.

El desarrollo de la función jurisdiccional es, como quedó expuesto, uno de estos intereses generales. En efecto, el proceso judicial, se reitera, es un ámbito donde importa “la verdad”, donde el conocimiento del juez sobre la realidad fáctica es esencial, donde no son “indiferentes las actitudes procesales de las partes”⁵⁶⁷. Pero la intromisión en la intimidad con fines judiciales y, en particular, la utilización de los medios de investigación judicial que afectan este derecho, debe hacerse honrando la garantía constitucional del debido proceso, para obtener así, si se quiere, una “verdad procesalmente válida”⁵⁶⁸, valga decir, una “verdad obtenida por vías formalizadas”⁵⁶⁹. En términos de HASSEMER, “una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión permita la mayor ganancia”⁵⁷⁰.

En síntesis, tan desproporcionado es dotar a los agentes del Estado y a los particulares de facultades absolutas para afectar derechos fundamentales de los ciudadanos, so pretexto de la obtención de pruebas con fines judiciales, como lo es deferir al arbitrio de cada persona la decisión de colaborar o no con la consecución de los fines del Estado encomendados a la función jurisdiccional⁵⁷¹.

Así las cosas, es preciso avanzar en la tarea de dilucidar hasta qué punto y bajo qué condiciones es aceptable en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, como el Estado colombiano, la afectación de un derecho fundamental como la intimidad, que se repite no es absoluto, para la obtención de pruebas judiciales, imprescindibles en el desarrollo de la función jurisdiccional, como un interés plenamente justificado en los valores y principios que inspiran nuestra Carta Política.

En este esfuerzo, la primera tarea del operador jurídico consiste en diferenciar entre los supuestos en los que realmente se presenta este conflicto y aquellos en los que la tensión es solamente aparente. En este propósito es altamente satisfactorio empezar por identificar los límites materiales, los linderos de los intereses jurídicos en comento, a partir del análisis de su contenido y de las condiciones para su legítimo ejercicio. En otras palabras, conviene empezar por identificar su “ámbito de protección”. De esta manera pueden descifrarse escenarios en los que los que la obtención de pruebas judiciales y la protección de la intimidad pueden “materializarse simultáneamente”⁵⁷² y “colindar, más no colidir”. En efecto, existen un sinnúmero de situaciones que permiten la obtención de pruebas judiciales y que son ajenas al ámbito de protección de la intimidad, a espacio estudiado. Vistas así las

cosas, en el marco de la coexistencia entre el derecho a la prueba y el derecho a la intimidad, si alguna de estas garantías se ejerce ostensiblemente por fuera de sus límites materiales, mientras el otro se disfruta dentro de su ámbito de protección, no se presentaría un verdadero conflicto⁵⁷³.

Para los casos de tensión real entre la intimidad y la prueba, en una primera aproximación al problema, en abstracto, el postulado del respeto por la dignidad humana y la concepción del ser humano como fin en sí mismo, nunca como mero instrumento⁵⁷⁴, por oposición al carácter instrumental de la prueba judicial, sugiere la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la prueba en situaciones en las que el operador jurídico no logre resolver este conflicto y en las que, al mismo tiempo, la coexistencia o el equilibrio entre ambos resulte imposible⁵⁷⁵. Pero esta debe ser una solución de aplicación subsidiaria o residual, pues, en primer término se debe recurrir a la aplicación de otros criterios que sirvan para descifrar, en el caso concreto, cuál interés debe prevalecer o si existe alguna forma de coexistencia equilibrada entre ambos intereses.

Como se expuso en el Capítulo anterior, esta tensión es en alto grado casuística, pormenorizada, lo que imposibilita la formulación de reglas absolutas. Lo anterior justifica el carácter abstracto de los criterios que en seguida se comentan, así como su flexibilidad, lo que permite su adaptabilidad, por parte del operador jurídico, a cada uno de los eventos que evidencian la dificultad en comento.

3.1 El deber de colaborar con la administración de justicia

Esta reflexión empieza por recordar que el derecho a la intimidad no implica el desconocimiento de los deberes ciudadanos ni de la solidaridad que se espera de una persona que vive en sociedad. Como se dijo, tal vez los límites más evidentes del derecho a la intimidad son el orden público y el derecho ajeno, estrechamente ligados con la función jurisdiccional. Por eso, el enfrentamiento entre la intimidad y la prueba nos invita a una reflexión sobre el deber de colaboración con la administración de justicia.

El deber de colaborar con la administración de justicia es una manifestación de la importancia de los fines de la función jurisdiccional⁵⁷⁶, en especial la protección de la vida, honra, bienes y demás derechos, garantías y libertades personales, como un cometido que involucra a toda la sociedad. La colaboración y confianza de los asociados en la administración de justicia es indispensable para el desarrollo de dicha función⁵⁷⁷. Luego, resulta comprensible que este sea uno de los deberes consagrados expresamente en la Carta Política⁵⁷⁸. En efecto, en un Estado Social de Derecho el ordenamiento constitucional no se agota en la simple limitación de los poderes estatales y en la consagración de las libertades personales; también comprende la expresión de una serie de deberes ciudadanos, que no son precisamente “una sugerencia moral”, sino auténticos preceptos jurídicos. En términos de la CORTE CONSTITUCIONAL,

“La noción de un Estado Social de Derecho, fundado en los principios de dignidad humana, prevalencia del interés general, el trabajo y la solidaridad, implica además de la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, la posibilidad de sancionar el incumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución, cuando con esto se vulnera o pone en peligro la efectividad de las

garantías básicas. Desde esta perspectiva es posible reinterpretar el papel que juegan dichas obligaciones en la configuración y afianzamiento de los valores superiores del ordenamiento⁵⁷⁹.

En este sentido, es necesaria la coexistencia y complementariedad entre las libertades y los deberes ciudadanos “como condición necesaria en la configuración y plena realización de los valores superiores del ordenamiento”⁵⁸⁰, lo que se manifiesta en aspectos como el reconocimiento de los derechos ajenos, la falta de abuso de los propios y la solidaridad, todo con miras a la convivencia armónica y pacífica.

En la misma línea, “los deberes constitucionales que vinculan a los ciudadanos no pueden hacerse tan rigurosos e invasivos, que dejen sin efectos sus derechos fundamentales”⁵⁸¹. Por ejemplo, nadie puede ser obligado a lo imposible, a un deber que no pueda cumplir, y a nadie pueden demandársele, en línea de principio, sacrificios excesivamente onerosos que impliquen una amenaza para su integridad y para su vida⁵⁸². Todo esto se sintetiza elocuentemente en la conocida expresión “libertad y orden”⁵⁸³.

La interpretación de los deberes constitucionales debe ser restrictiva, para brindar el mayor grado de garantía posible a los derechos fundamentales. Como lo explica la CORTE CONSTITUCIONAL, “Los deberes constitucionales no autorizan al operador jurídico para hacer interpretaciones extensivas que intentan ampliar, en desmedro del ámbito de los derechos fundamentales, el campo de cobertura de tales deberes a situaciones que, por sus características y sentido, no guardan relación directa con la materia específicamente referida en la obligación legalmente definida”⁵⁸⁴

Aproximándonos a la cuestión debatida en estas páginas conviene acotar, en primer lugar, que todas las personas están vinculadas, en abstracto, por este deber. Luego, ninguna persona está autorizada, por regla general, para sustraerse, sin ninguna justificación, de su compromiso con la administración de justicia, en desmedro de los fines que de ella se predicen. Por eso, tampoco es aceptable la conducta evasiva, indiferente o indolente de quienes intervienen en un proceso. En efecto, las facultades coactivas para la obtención de determinados medios de prueba han sido entendidas como corolario del deber que se cita, atendiendo a las “consideraciones de solidaridad social, sobre las cuales se basa el deber público de testimoniar lo que se sabe o de poner a disposición del juez, a los mismos fines probatorios, las cosas de que se esté en posesión”⁵⁸⁵.

Sin embargo, se recuerda, dicho deber debe ser interpretado restrictivamente, es decir, no puede predicarse indiscriminadamente de toda clase de situaciones, y, en segundo término, debe armonizarse con las libertades y derechos fundamentales, entre los que sobresale la intimidad. Así las cosas, la exigencia de este deber no puede ser equivalente a la aniquilación del derecho a la intimidad, o lo que es lo mismo, no es viable exigir de las personas sacrificios desmedidos de su intimidad al amparo de este deber. En el mismo orden de ideas, esta figura no justifica *per se* toda clase de intromisiones en la intimidad, ni es bastante para legitimar toda resolución judicial en la que se ordene su afectación. Es decir, invocar sin más este deber no siempre es suficiente para argumentar, por ejemplo, la orden dirigida a una persona para que se practique un examen médico o permita la extracción de una muestra biológica de su cuerpo, especialmente en los casos en los que este procedimiento pueda poner en peligro su integridad. Tampoco es un argumento suficiente para exigirle a un particular que exhiba un documento con un contenido íntimo,

si con este proceder se vulnera de manera desproporcionada su derecho a la intimidad, o, en el mismo sentido, para ordenarle que declare sobre determinados hechos o que abra las puertas de su casa de par en par.

Asimismo, comoquiera que no es un deber absoluto, debe armonizarse con otros deberes constitucionales, como el referido deber de secreto profesional. Luego, no es suficiente que el profesionista alegue estar honrando el deber de colaboración con la administración de justicia para desconocer otro de igual o mayor importancia, como lo es el de guardar reserva en relación con la información cobijada por el secreto profesional. Similares consideraciones, aunque con menor intensidad, pueden formularse en relación con el deber de lealtad que se espera entre las partes de una conversación, cualquiera que sea el medio utilizado.

Se hace necesario ahondar, entonces, en la exigibilidad de este deber, esto es, distinguir los casos en los cuales, efectivamente, cada individuo está vinculado por éste, de aquellos en los cuales su exigencia implique un sacrificio desproporcionado de sus derechos o de otros deberes.

En síntesis, la consagración constitucional del deber de colaborar con la administración de justicia no resuelve, por si sola, la cuestión que nos ocupa, de manera que esta figura debe complementarse con otros criterios.

3.2 La buena fe y la lealtad procesal

La prenotada importancia del compromiso y la colaboración de todos los miembros de la sociedad en el desarrollo de la función jurisdiccional nos lleva a reflexionar sobre el comportamiento que en cada caso puede y debe ser exigido de una persona, en aras de honrar tan grave responsabilidad. Como es natural, el comportamiento de las personas en el ámbito judicial no puede ser arbitrario o caprichoso, ni mucho menos fraudulento, sino regido por los postulados de la buena fe y, en particular, de la buena fe procesal. Precisamente, el concepto de buena fe procesal nos conduce en la búsqueda del comportamiento deseable por parte de las autoridades y de los particulares en el marco de la actividad probatoria judicial.

Explica el tratadista español JOAN PICÓ I JUNOY que “la buena fe procesal se caracteriza por la “bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar dentro del proceso”⁵⁸⁶. Es un auténtico principio jurídico que irradia todas las instituciones procesales y del cual se deriva el comportamiento, las reglas y las pautas de conducta exigibles a todas las personas que intervienen en un proceso judicial⁵⁸⁷. En este orden de ideas, la buena fe procesal puede definirse como aquella “conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”⁵⁸⁸ o, en otras palabras, como el “modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado”⁵⁸⁹. Todo esto se traduce en una serie de cargas, obligaciones y deberes en cabeza de los sujetos procesales⁵⁹⁰.

En este orden de ideas, este criterio impone preguntarse qué comportamiento debe esperarse de determinada persona, en sus circunstancias particulares, de conformidad con

los deberes y compromisos con la sociedad exigibles a cada individuo. Sobre el particular, la CORTE CONSTITUCIONAL señala: “Se evidencia aquí una característica fundamental de la estructura de nuestro Estado, a saber, que los principios de libertad, participación, solidaridad y buena fe, que definen los textos constitucionales, han de aplicarse no sólo en el ámbito de los derechos y de lo que se espera de los demás, sino en el de los deberes, del comportamiento propio, del compromiso con la sociedad”⁵⁹¹.

Lo anterior es corolario de la concepción del proceso, en todas sus especialidades, como un asunto de naturaleza pública⁵⁹², donde confluyen la buena fe y la lealtad procesal, como una especial manifestación de aquélla. En palabras del maestro HERNANDO DEVIS ECHANDÍA,

“Puesto que el proceso judicial no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como derecho privado, sino, por el contrario, el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficiencia y rectitud, deben considerarse como principios fundamentales del procedimiento los de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia (...). La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden”⁵⁹³.

Por lo anterior, es comprensible que la sociedad tenga “un especial interés en procurar que el proceso se desarrolle de la forma legalmente prevista, no pudiéndose utilizar con fines distintos y en perjuicio de alguna de las partes”. Así las cosas, “la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria”, pues, “la mala fe procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela judicial, por lo que debe en

todo momento proscribirse”⁵⁹⁴. En este sentido, “El principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico, y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores propios de cada momento histórico”⁵⁹⁵.

Sin duda, esta “moralización” del proceso debe orientar la fase de averiguamiento propia de la actividad probatoria judicial. Resulta satisfactoriamente ilustrativo preguntarse cuáles son los métodos de investigación aceptables por determinada sociedad en un momento dado. Como se vio, es casi unánime hoy en día el rechazo de la tortura como método para obtener la confesión del indiciado, así como el de las sustancias que doblegan la voluntad.

Tampoco sería admisible el fraude y el engaño. Por ejemplo, no obra de buena fe el agente de policía judicial que intencionalmente pretermite los requisitos legales para la práctica de determinada medida, como un allanamiento o una interceptación telefónica. Tampoco parece aceptable la conducta del funcionario judicial que falsifica una orden de allanamiento o interceptación telefónica para inducir en error a los funcionarios de policía judicial encargados de ejecutarla.

PICÓ I JUNOY advierte la imposibilidad de formular apriorísticamente cuáles son todas las conductas que se adecuan al principio de la buena fe, motivo por el cual, corresponde al juez analizar y calificar, motivadamente, cada conducta bajo el prisma de los

comportamientos que serían admitidos en ese momento por el conglomerado social e identificar, de esta manera, “las conductas procesales maliciosas”⁵⁹⁶.

En este orden de ideas, sería conveniente preguntarse en qué supuestos excepcionales es admisible, desde la perspectiva de las conductas socialmente deseables, el recurso a medidas como la grabación subrepticia de comunicaciones o la instalación de cámaras en la morada ajena, para preconstituir la prueba de actuaciones que afectan gravemente a una persona, como la grabación que hace la víctima de un delito de sus conversaciones con el indiciado para preconstituir la prueba del ilícito, según se señalara con fundamento en la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Este principio se convierte también en una pauta para el adecuado ejercicio de los derechos fundamentales, valga decir, como su “límite inmanente o intrínseco” que se opone a su ejercicio “antisocial”⁵⁹⁷. Es decir, “no actúa de buena fe quien ejercita anormalmente un derecho con intención de dañar, ni el que lo hace con carácter antisocial (...) ni tampoco el que trata de burlar una norma, amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo”⁵⁹⁸.

Así las cosas, no actúa de buena fe la persona que, alegando la protección del derecho a la intimidad, se niega a exhibir un documento o a permitir la práctica de una inspección corporal con la real intención de conculcar el derecho a la prueba de su contraparte, o de entorpecer la investigación. De hecho, uno de los potenciales efectos de la mala fe procesal, que merece particular atención, es la posibilidad de afectar el derecho de defensa, así como la igualdad de armas y el equilibrio entre las partes en cuanto a sus posibilidades de

defensa, en particular en lo que a la prueba se refiere⁵⁹⁹. En este orden de ideas, si bien debe presumirse la buena fe, no es irracional el supuesto en el que la presunta víctima de un delito sexual se niegue a la extracción de una muestra biológica de su cuerpo, por ejemplo a la práctica de un frotis vaginal, con la intención reprochable de inculpar a una persona inocente y de privarla de los medios para su defensa. Esta sería, a todas luces, una conducta fraudulenta que no debería ser susceptible de tutela jurídica. Sin embargo, en relación con este inquietante supuesto, la CORTE CONSTITUCIONAL, como se dijera, no dejó mayor margen de acción⁶⁰⁰, lo que destaca, una vez más, la inconveniencia de formular reglas absolutas en relación con estos tópicos. Tampoco obra de buena fe quien con fundamento en las normas sobre exhibición de documentos pretende conocer información confidencial de su contraparte que no tiene relación con el proceso⁶⁰¹.

También se ha asociado la buena fe y, en particular, la buena fe procesal, con la doctrina de los actos propios en relación con eventos en los que maliciosamente se actúa de forma incoherente⁶⁰². Desde esta perspectiva, no parece coherente que una persona, que en circunstancias anteriores se ha practicado exámenes hematológicos sin ningún reparo, alegue en un proceso judicial una objeción de conciencia en relación con este tipo de prueba, salvo que un cambio en las circunstancias lo amerite. En relación con el secreto profesional, no parece sensato que los profesionistas decidan caprichosa e incoherentemente cuándo declarar y cuándo no la información cobijada por aquél. No obra de buena fe el investigador que utiliza narcóticos para obtener una declaración y que al ver que esta es favorable al indiciado solicita su exclusión por ilicitud.

3.3 El abuso del derecho

Con la expresión “abuso del derecho” se hace referencia a una conducta que, aun cuando se desarrolla en ejercicio de un derecho subjetivo, es arbitraria, injustificada y lesiva de derechos ajenos⁶⁰³. Como es natural, la sociedad tiende “a imponer determinadas restricciones al comportamiento indebido y egoísta de los particulares”, el cual, en la medida en que puede causar daño a otros, forzosamente debe “ceder frente al interés superior de los asociados”. Por eso se proscribe el abuso del derecho, como una forma de “corregir los excesos” que se pueden cometer en su ejercicio y propender así por la “humanización del ordenamiento jurídico”⁶⁰⁴. De esta manera se supera la concepción individualista del carácter absoluto de los derechos subjetivos⁶⁰⁵ y se avanza hacia la de su relatividad⁶⁰⁶.

En Colombia el abuso del derecho se proscribe desde la misma Constitución, como se infiere de la consagración de valores constitucionales como la solidaridad, la prevalencia del interés general⁶⁰⁷, la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades⁶⁰⁸ y, particularmente, del numeral 1º del artículo 95 de la Carta Política que señala como deber de las personas “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Se pregona entonces que quien disfruta de un derecho no debe lesionar “innecesaria e injustificadamente los de los demás”, ni ampararse en su goce para agredir, invadir o conculcar las garantías ajenas. En otras palabras, se trata de “reconocer en las potestades de las personas la presencia de confines tendientes a impedir el desbordamiento de algunas

conductas que pudieran lesionar a sus semejantes” y de “evitar la posibilidad de que los ciudadanos utilicen sus derechos para agredir los ajenos”. En este orden de ideas, los derechos personales adquieren una “connotación social” y un “carácter solidario”⁶⁰⁹.

La doctrina ha oscilado entre atribuirle al abuso del derecho un carácter subjetivo o un carácter objetivo. Desde la primera de estas perspectivas es imprescindible la intención de dañar *-animus nocendi-*; la segunda postura, a su turno, se centra en la existencia del daño. Sea de anotar que desde la perspectiva subjetiva es evidente la relación entre la mala fe y el abuso del derecho, pues, es contrario a la buena fe actuar con la intención de causar daño a otro, como ya se dijo.

Si bien el origen de esta teoría estuvo ligado inicialmente a la responsabilidad civil extracontractual por daños causados en ejercicio del derecho de propiedad, luego se extendió a otros aspectos del ordenamiento jurídico, entre ellos al ámbito judicial⁶¹⁰. Al respecto, expresa JOSSERAND: “Es pues, sagrado el derecho de recurrir a la vías legales, por ejemplo el derecho de litigar, de apersonarse ante la justicia. Pero una vez más se necesita que el derecho se ejerza con pleno conocimiento, por buenos motivos, y no por razones más o menos inconfesables”⁶¹¹.

Aplicados los anteriores conceptos al tema que nos ocupa, se tiene que el derecho a la intimidad, amparado en el debido proceso, por un lado, y el derecho a la prueba, por el otro, no deben ejercerse abusivamente en el ámbito judicial, esto es, con la intención o con el efecto de atentar injustificada y desproporcionadamente contra el derecho ajeno. Similar acotación es predicable del así llamado derecho a la verdad de las víctimas de un delito. Así

las cosas, abusa del derecho a la intimidad la persona que lo alega en el marco de una diligencia judicial con la real intención de obstaculizar la actividad probatoria procesal y de atentar contra el derecho a la prueba de su contraparte, en franca contravía del derecho a la tutela judicial efectiva y del concepto mismo de justicia. También abusa de su derecho la persona que para precaverse de una afectación mínima de su intimidad provoca una grave lesión al derecho a la prueba y a la tutela judicial efectiva de otro⁶¹².

Igualmente reprochable es la actuación del fiscal o del agente de policía judicial que ejercen sus facultades investigativas sin ninguna consideración por el derecho ajeno y los perjuicios que puedan causarle a determinadas personas, como si se tratara de facultades absolutas. Dice JOSSEMAND: “las vías de derecho son armas que conviene manejar con prudencia y precaución, sobre todo con buena fe: no deben ponerse al servicio de la injusticia”⁶¹³.

3.4 El juicio de proporcionalidad

Expresa la CORTE CONSTITUCIONAL que “la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción”⁶¹⁴. Agrega la misma Corporación que, desde el punto de vista constitucional, la proporcionalidad “es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal”, en la medida que “busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones”⁶¹⁵. De lo anterior se deduce la

relación de este criterio con el tema que nos ocupa, así como su frecuente utilización en la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

De este “principio de corrección funcional” se deducen dos “mandatos”: por un lado, una “prohibición de exceso”, esto es “la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales” y, de otra parte, una “prohibición de defecto”, que “se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”⁶¹⁶. Es decir, de las autoridades se espera que actúen de cara al cumplimiento de los fines del Estado, pero ejerciendo sus facultades dentro de los límites que impone el respeto de las libertades fundamentales⁶¹⁷. Este último criterio involucra el quehacer del Legislador y, en general, la actividad de todos los agentes del Estado investidos de determinadas facultades, como los jueces y fiscales.

En lo que tiene que ver con el desarrollo de la función legislativa, el juicio de proporcionalidad sirve como criterio para el control de constitucionalidad de medidas adoptadas por el Legislador que afectan o restringen derechos constitucionales. Precisamente, uno de los efectos de su aplicación es la protección de los derechos constitucionales frente a limitaciones excesivas, desproporcionadas o injustificadas. Las restricciones del Legislador al ejercicio de los derechos consagrados por el Constituyente no puede ser caprichosa. Al contrario, tales limitaciones deben estar respaldadas, ante todo, por la consecución de un fin legítimo con sustento constitucional⁶¹⁸; “su objetivo es establecer si la finalidad perseguida con la respectiva norma justifica tal restricción, y si su

contenido, en cuanto limita el ejercicio de aquellos, es proporcional a la restricción impuesta”⁶¹⁹.

Pero la utilidad del juicio de proporcionalidad no se agota en el estudio abstracto de los preceptos legales, sino que se extiende a su aplicación en casos concretos⁶²⁰. Así, el ejercicio de las facultades legales, en particular de aquellas que autorizan la afectación de derechos fundamentales, debe consultar el criterio de proporcionalidad, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso. Por vía de dicente ejemplo, en materia penal el criterio de proporcionalidad ha sido erigido como “modulador de la actividad procesal”, como lo expresa el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), contenido en el Título de Principios Rectores y Garantías Procesales.

En el proceso de aplicación del juicio de proporcionalidad es necesario, en primer lugar, verificar la legitimidad de la finalidad perseguida por la norma que restringe el derecho; posteriormente, se debe analizar si la restricción es “idónea” o “adecuada”; sucesivamente, si es “necesaria” o “indispensable” y, por último, si es “proporcionada en estricto sentido” o “ponderada”⁶²¹.

La legitimidad de la finalidad perseguida por la norma que restringe el derecho significa que no puede tratarse de un fin prohibido expresamente por la Constitución, además de ser un objetivo necesario e importante, esto es, imperioso desde la óptica constitucional⁶²².

La verificación de la idoneidad, a su turno, se refiere a constatar si los medios previstos en la norma para lograr el fin perseguido son adecuados o no para alcanzarlo efectivamente o,

dicho de otro modo, “el efecto protector de la medida en relación con el interés o valor que se quiere favorecer debe aparecer demostrado claramente”⁶²³.

Que la medida sea necesaria significa que no deben existir otros medios para alcanzar, con la misma eficacia, el fin perseguido y que sean menos onerosos en términos de sacrificio de los derechos constitucionales susceptibles de limitación en cada caso o, en otras palabras, “que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios”⁶²⁴.

Finalmente, el análisis de la proporcionalidad en estricto sentido implica verificar que la reducción o el deterioro en el patrimonio jurídico de las personas, es decir, la afectación de principios y derechos constitucionales, no sea superior al beneficio que la misma restricción está en capacidad de reportar. En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL, se debe verificar si “la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada”⁶²⁵.

La CORTE CONSTITUCIONAL explica que “el postulado de la proporcionalidad” es “una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política”⁶²⁶. Sin embargo, su aplicación se deduce del concepto de Estado Social de Derecho, del principio de la dignidad humana, del principio de la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, “del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona”, del principio de responsabilidad de las autoridades en el ejercicio de funciones públicas, de la unidad y

la fuerza normativa de la Constitución, de su “fuerza integradora” y de la necesidad de “armonización concreta”, entre otros⁶²⁷.

En este orden de ideas, en relación con asuntos procesales, la proporcionalidad permite poner en relación la eficacia en el desarrollo del proceso, y por ende la efectividad de los fines la función jurisdiccional, con el respeto por el debido proceso, entendido como el conjunto de atribuciones y mecanismos que tienen las personas para hacer valer sus derechos en el proceso judicial. En términos de JAIME BERNAL CUELLAR Y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, “el contenido y los alcances del debido proceso están determinados por ese grupo de atribuciones y mecanismos, los cuales, a su vez, están establecidos en función de los derechos, intereses y valores que estén en juego en el procedimiento, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁶²⁸.

De manera más específica, en relación con la aplicación del juicio de proporcionalidad de cara a las normas probatorias en el marco del procedimiento penal, la CORTE CONSTITUCIONAL ha expresado:

“A la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, mediante la aplicación de juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, es particularmente pertinente dado que en dicho Acto se distingue entre tres grandes clases de medidas encaminadas al recaudo de elementos materiales probatorios: (i) las que siempre requieren autorización judicial previa (inciso 1 del numeral 3, artículo 250 CP); (ii) las que no requieren dicha autorización (numeral 2, artículo 250 CP); y (iii) las que pueden llegar a requerirla, según el grado de incidencia que tengan sobre los derechos constitucionales, puesto que si la medida implica afectación de derechos, la Carta exige autorización

judicial previa (numeral 3, artículo 250 CP). Esta ponderación busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales”⁶²⁹.

Un ejemplo muy dicente es la aplicación del juicio de proporcionalidad que propone la CORTE CONSTITUCIONAL para la práctica de investigaciones corporales: la idoneidad debe observarse desde el prisma de los fines de la investigación penal plasmados en el programa metodológico trazado por el fiscal del caso y, en concreto, de las hipótesis delictivas formuladas; la necesidad depende de la existencia o no de otros medios de investigación igualmente eficaces que resulten menos lesivos de los derechos fundamentales⁶³⁰; por su parte, la ponderación debe atender factores como la gravedad del delito, las circunstancias particulares en que fue cometido -agravantes y atenuantes-, la pena prevista, el bien jurídico tutelado, el número de víctimas y sus condiciones particulares de vulnerabilidad, la presencia de menores de edad entre las víctimas, la relevancia de la afectación corporal en el marco de la investigación, la aceptación científica del procedimiento que se pretende practicar, su grado de seguridad o peligrosidad, el tipo de investigación corporal de que se trate y las condiciones específicas en que deberá desarrollarse⁶³¹. Puntualiza la Corte que, a medida que avanza la investigación penal, los parámetros de la ponderación pueden cambiar, es decir, puede ocurrir que la investigación arroje resultados que hagan inocua la afectación corporal que en un principio pretendía hacerse o, por el contrario, que la nueva información recolectada acentúe la importancia de llevarla a cabo⁶³².

Finalmente, valga anotar que este criterio es de la mayor relevancia al interior de

sociedades en conflicto en las cuales los discursos de represión de la delincuencia y de lucha contra el terrorismo y contra otros flagelos como el narcotráfico, el secuestro y la subversión armada, en ocasiones tienden a eclipsar el mandato de respeto por el debido proceso, en especial cuando se trata de indiciados de delitos que en un momento dado una sociedad considera como los de mayor gravedad⁶³³. Ahora bien, la gravedad que en un momento dado una sociedad le atribuya a determinada conducta, no pueden llevar a distorsionar el juicio de proporcionalidad hasta permitir afectaciones exageradas de los derechos humanos. No han sido ajenas a la reciente historia de la humanidad posturas de acuerdo con las cuales los derechos de los indiciados por determinados delitos, verbigracia los relacionados con el terrorismo, pueden ser desconocidos por los agentes del Estado. En contra de lo anterior, debe repetirse que la dignidad humana no admite distinciones en términos de nacionalidad, origen, creencias, etc., sino que es predicable de todo el género humano.

3.5 El núcleo esencial del derecho

En reiterados fallos, la CORTE CONSTITUCIONAL, con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, ha desarrollado la “teoría del núcleo esencial” de los derechos, también llamada del “contenido esencial”, que pregona la existencia de un “ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares” y que se erige en “una garantía constitucional contra su vulneración”⁶³⁴.

Este concepto, que permite diferenciar la afectación de un derecho de su aniquilación, ilustra el asunto que se debate, comoquiera que los derechos fundamentales, la intimidad en

particular, si bien pueden ser objeto de limitación, restricción y afectación, no pueden ser aniquilados ni desaparecer del ordenamiento jurídico por obra del Legislador o de las autoridades, lo cual, a todas luces, contrariaría la voluntad del Constituyente y, aún más, la propia naturaleza humana, como se explicó. La teoría del núcleo esencial de los derechos restringe las facultades del Legislador en su quehacer y se erige en criterio de interpretación legal. En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL:

“La teoría del núcleo esencial limita el alcance de la reserva legal. Esta no puede ser concebida como una facultad unilateral para restringir la eficacia de los derechos fundamentales. Por el contrario, se opera una inversión de los efectos de la reserva legal y el núcleo esencial, en el sentido de que las leyes generales que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales deben a su vez ser interpretadas teniendo en cuenta el significado de los derechos fundamentales en una sociedad libre y democrática, en la cual los efectos restrictivos sobre los mismos deben igualmente quedar limitados”⁶³⁵.

El núcleo esencial “consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose”, o dicho de otro modo, en “aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”⁶³⁶. Se trata de un “ámbito medular” del derecho, cuyo respeto debe asegurarse, hasta el punto que se habla de una suerte de “fuerza de resistencia” de los derechos frente a su limitación, aun cuando esta última se haga en nombre de otros derechos, bienes jurídicos o valores consagrados en la Constitución⁶³⁷. Por lo tanto, “se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo

razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁶³⁸. Luego, para determinar el núcleo esencial de un derecho se deben precisar las facultades que le son inherentes y los intereses jurídicamente tutelados. Para el caso particular de la intimidad, esta última tarea debe desarrollarse teniendo en cuenta las múltiples manifestaciones de este derecho, o dicho en otras palabras, su calidad de garantía integradora de una pluralidad de facultades.

El valor atribuido a determinado fin, con fundamento en los eventos coyunturales por los que atraviesa una sociedad, no justifica la aniquilación de ciertos derechos fundamentales, pues, en todo caso, debe salvaguardarse su núcleo esencial. En este sentido, el criterio de proporcionalidad se complementa con la teoría de núcleo esencial del derecho. Es decir, “cuando dicha limitación afecta a la propia esencia del ser humano y puede provocar su envilecimiento y humillación como persona, se traspasa el límite del sacrificio que puede ser exigido a un ciudadano en atención al interés público”. En efecto, “dicha restricción no puede traspasar determinados límites que conviertan al sujeto afectado en un objeto al servicio de los intereses estatales haciendo abstracción de su entidad como ser humano y sometiéndole a actos degradantes que nos envilecen a todos”⁶³⁹. Más aún, la complementariedad entre ambos criterios se manifiesta en que entre más cercana sea la afectación del derecho a su núcleo esencial, más estricta debe ser la aplicación del juicio de proporcionalidad.

De ahí que se proscriban las declaraciones obtenidas mediante tortura, hipnosis o narcóticos, las cuales vacían de contenido a la intimidad. Así se explica también la limitación material y temporal de algunas medidas como la interceptación de llamadas o de la correspondencia, pues, la posibilidad de practicarlas indiscriminada y permanentemente

significaría la aniquilación de la intimidad. También creemos que aportar al proceso el diario íntimo de una persona en contra de su voluntad viola el núcleo esencial de este derecho. Potencialmente ocurre lo mismo con el psiquiatra, el psicólogo o el ministro de un culto religioso que declaran sobre los aspectos más íntimos que una persona les ha confiado en razón de su investidura y ministerio.

4. ALCANCE PROCESAL

Sin lugar a dudas, “El lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, se expresa a través de los controles que deben mediar para su afectación”⁶⁴⁰. La ausencia de escenarios y mecanismos tendientes a la protección de los

derechos de las personas equivaldría a vaciarlos de contenido o, dicho de otro modo, a reducirlos a una simple enunciación formal. De ahí la importancia de hacer alusión a los escenarios procesales, en sentido amplio, en los que se puede y se debe abordar el tema de la afectación de los derechos personales como la intimidad. De hecho, se ha señalado que en contextos de reiteradas, constantes y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, como los que lamentablemente a veces se registran en la historia de la humanidad, la atención de la academia, más que centrarse en discusiones sobre las nociones, el fundamento y la justificación de los mismos, debe centrarse en su protección, en “los instrumentos y mecanismos de garantía que van a dar la medida real de su disfrute”⁶⁴¹.

Por eso, el complemento necesario de las reflexiones que hasta aquí se han hecho corresponde a las instituciones procesales que garantizan la protección de la intimidad, al abrigo del debido proceso, frente a la obtención ilegítima de pruebas judiciales. De esta manera se pretende dar respuesta a dos de las preguntas planteadas al inicio de estas páginas: ¿Qué efectos tiene sobre el material probatorio obtenido la ilegitimidad de la afectación de la intimidad? ¿Con qué mecanismos cuentan las personas para la protección de este derecho frente a la obtención de pruebas judiciales?

Una de las primeras y más claras manifestaciones de la protección de derechos fundamentales en el ámbito procesal es la regla de exclusión de la prueba obtenida mediante violación del debido proceso. Como lo explica el profesor ROJAS GÓMEZ, “En cuanto la intimidad de las personas resulta lastimada por las incursiones ilegítimas de extraños, la exclusión de las pruebas obtenidas en virtud de ellas se percibe intuitivamente como una forma adecuada de restablecer la integridad del derecho lesionado y de

protegerlo contra futuras agresiones”⁶⁴². Por otro lado, el control judicial previo de determinadas actividades de investigación, esto es, la necesidad de autorización judicial, así como su control posterior, son, dentro de la estructura procesal, otro mecanismo tendiente al control de legitimidad de la actividad probatoria judicial.

4.1 Cláusula de exclusión

La cláusula constitucional de exclusión probatoria está consignada en el inciso final del artículo 29 de la Carta Política. Consiste en “el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso”⁶⁴³.

Jurisprudencialmente se han identificado diversas funciones atribuibles a la mencionada cláusula, entre las cuales se destacan: una función protectora de los derechos fundamentales; una función reparadora de las garantías conculcadas durante la investigación; y una función disuasiva, esto es, inhibir a las personas que adelantan una investigación de realizar actos contrarios al debido proceso. Sobre este último punto, así discurre la CORTE CONSTITUCIONAL:

“La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso. La historia de la humanidad ha estado deplorablemente marcada por persecuciones a enemigos políticos, a disidentes, a críticos, a inconformes y a personas que luego terminan siendo identificados como “chivos expiatorios”. El artículo 29 inciso último busca evitar que la historia se repita”⁶⁴⁴.

Entre nosotros, a propósito de la fuentes de la exclusión probatoria, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido tradicionalmente entre prueba ilícita y prueba ilegal; la primera es “la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida”⁶⁴⁵. En múltiples fallos, la CORTE CONSTITUCIONAL se ha referido a esta categoría con el término “prueba inconstitucional”⁶⁴⁶. La prueba ilegal, en cambio, es aquella que se obtiene incumpliendo un requisito de índole legal⁶⁴⁷. Sin embargo, no toda la doctrina realiza esta distinción. Algunos autores se refieren genéricamente a la prueba ilícita como aquella que es contraria al ordenamiento jurídico, sin distinguir el rango de los preceptos conculcados⁶⁴⁸. Otros, en cambio, de cara a la defensa del derecho a la prueba, abogan por una concepción restrictiva de la prueba ilícita, justificando la distinción entre la que se obtiene pretermitiendo un precepto legal, sin más, y aquella que realmente entraña la violación de un derecho fundamental⁶⁴⁹. De ahí que se recurra a diversas denominaciones, con variado alcance entre los distintos autores: prueba inconstitucional, ilícita, ilegal, irregular, viciada, ilegítima, prohibida, entre otras categorías, que no necesariamente se excluyen entre sí⁶⁵⁰.

Tradicionalmente, la relevancia de esta distinción ha radicado en el tratamiento disímil que debe dársele a la prueba en uno y otro caso: de la prueba ilícita suele predicarse su irremediable exclusión⁶⁵¹, “aun cuando se trate de un medio que conduzca casi a la certeza absoluta acerca de la existencia o inexistencia de un hecho”⁶⁵²; mientras que para el caso de

la prueba ilegal, si bien no es una posición unánime⁶⁵³, se ha argumentado la facultad del juez de admitirla o descartarla teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto⁶⁵⁴. Empero, tampoco es uniforme la postura según la cual la prueba ilícita siempre debe ser excluida. Hay, por el contrario, un sector de la doctrina que aboga por un análisis de los bienes jurídicos en conflicto en cada caso, antes de decidir sobre la exclusión de la prueba, como veremos más adelante.

Para los efectos de esta monografía, suscita mayor interés el concepto de prueba ilícita, toda vez que la obtención de pruebas mediante afectaciones ilegítimas o arbitrarias del derecho a la intimidad constituye, según la noción que se expuso, un supuesto de prueba ilícita, en cuanto violatoria de un derecho fundamental⁶⁵⁵.

En sentido genérico, la prueba ilícita puede ser entendida como aquella que “ofende la dignidad humana”⁶⁵⁶. También se dice que “*Prueba ilícita* es la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución y por la leyes, para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad, y de su manifestación como derecho a la intimidad”⁶⁵⁷. Así, por tratarse de una prueba obtenida a través de la erosión de “los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico”, debe ser, en línea de principio, objeto del “rechazo más absoluto”⁶⁵⁸. Es por eso que la licitud de la prueba ha sido entendida como uno de los límites del derecho a la prueba⁶⁵⁹. Por lo mismo, es un concepto que irradia todos los ordenes jurisdiccionales⁶⁶⁰ y todas las clases de procesos.

Empero, como se advirtió, no toda la academia avala la aplicación absoluta de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas. Por el contrario, algunos autores proponen consultar, en cada caso, los principios en conflicto y acudir al criterio de proporcionalidad⁶⁶¹. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una prueba ilícita determinante para probar la inocencia del acusado, o en la hipótesis de la utilización de una prueba ilícita para demostrar la violación del debido proceso a través de la cual se obtuvo⁶⁶². Al respecto, se habla de “válvulas de escape” y de “pruebas pro reo”, entre otras denominaciones, para aludir a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Sin embargo, los mismos autores que abogan por la existencia de estos supuestos aclaran que deben tener un carácter estrictamente excepcional, so pena de socavar la garantía misma del debido proceso⁶⁶³.

Se ha argumentado por parte de algunos académicos y sentenciadores que la ilicitud de la prueba no es intrínseca a la misma, sino que se predica del uso que de ella se haga⁶⁶⁴. Según una interpretación teleológica del precepto, teniendo en cuenta que una de sus finalidades es disuadir a las personas que realizan una investigación para que no vulneren los derechos fundamentales de terceros, es admisible la utilización que de la prueba así obtenida haga el afectado para probar la arbitrariedad de los agentes del Estado. Desde esta perspectiva, no es admisible, por ejemplo, la prueba que consiste en una declaración del imputado obtenida mediante tortura a efecto de condenarlo, pero esta misma declaración es aceptable a efecto de comprobar las vejaciones a que fue sometido o con fines de impugnación.

Con relación al alcance de la expresión “es nula de pleno derecho”, contenida en la Carta Política, es decir, a la sanción que se deriva de la obtención de la prueba con violación del debido proceso, se ha entendido mayoritariamente que consiste en su exclusión del acervo

probatorio. Más aún, dicha exclusión debe ser expresa, esto es, la nulidad, en principio, debe declararse dentro del proceso⁶⁶⁵, en aras de la seguridad sobre cuáles son y cuáles no son las pruebas que obran en el expediente y que servirán de fundamento de la decisión judicial, valga decir, para evitar sorpresas a la hora de la decisión judicial. La frase “de pleno derecho” no puede entenderse como patente de corso para prescindir de la declaración judicial de la nulidad, si se hace una interpretación sistemática de la Carta Política⁶⁶⁶.

Con todo, la exclusión de una prueba no es una decisión que deba tomarse a la ligera, so pena de socavar el derecho a la prueba. En muchos casos, determinar si una prueba es ilícita o no requiere un análisis detallado, sin que se pueda proceder a su rechazo *in limine*. Por eso, en ocasiones, en la práctica judicial se prefiere optar inicialmente por la admisión del medio de prueba y diferir la decisión sobre su licitud. Habida cuenta de lo anterior, la admisión inicial del medio de prueba ilegítimo no implica la nulidad de toda la actuación judicial posterior⁶⁶⁷. En este punto la doctrina no ha dejado de advertir el efecto que puede tener la prueba ilícita en el juez que tuvo contacto con ella, aunque después haya optado por excluirla formalmente, lo que se ha denominado el “efecto psicológico de la prueba ilícita”. En otras palabras, hay pruebas ilícitas que aunque han sido formalmente excluidas del acervo probatorio, pueden influir, aún inconscientemente, la decisión del juzgador que tuvo contacto con ellas⁶⁶⁸. Más todavía, en ocasiones se dan a conocer, principalmente por parte de los medios de comunicación, declaraciones, fotografías o grabaciones, por citar algunos supuestos, que si bien entrañan un supuesto de prueba ilícita, indudablemente tienen gran impacto sobre la opinión pública y la sociedad de la cual el juez hace parte.

Tampoco debe interpretarse la norma constitucional que se comenta en el entendido que la nulidad puede declararse en cualquier tiempo, inclusive después de terminado el proceso respectivo, pues es preciso un “adecuado entendimiento de la seguridad jurídica, la lealtad procesal y el debido proceso, el cual enseña que los procesos tienen etapas, que en ellos se da el fenómeno de la preclusión, y que pasada la oportunidad de plantear una nulidad, ésta debe considerarse saneada o superada, habida cuenta de la negligencia de la parte interesada”⁶⁶⁹.

No obstante ser un cuestión objeto de debate y de tratamiento heterogéneo en las distintas legislaciones, en Colombia se ha entendido mayoritariamente que la nulidad debe predicarse, por regla general, de la prueba y no del proceso⁶⁷⁰. Solo excepcionalmente, hecho el respectivo análisis pormenorizado de cada caso, la nulidad de la prueba se extiende a toda la actuación procesal. Ha dicho la CORTE CONSTITUCIONAL “que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida”⁶⁷¹.

En Colombia se descarta mayoritariamente la aplicación de la “doctrina de la manzana contaminada en el cesto de frutas”, según la cual una sola prueba ilegítima extiende su vicio a todas las demás, prescindiéndose de todo análisis sobre las relaciones de dependencia entre ellas. Por eso, uno de los aspectos más inquietantes en relación con la a la aplicación de la regla de exclusión es el tocante con las pruebas que dependen de una prueba ilícita, asunto que también ha tenido un tratamiento desigual en las distintas legislaciones y

sistemas jurídicos del mundo. Al respecto, uno de los puntos de mayor discusión es el relativo a la determinación de cuándo una prueba depende de otra. Dice la CORTE CONSTITUCIONAL:

“Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales -si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano-, criterios de gradualidad -si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto-, criterios de conducta -si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente- o criterios materiales -si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados”⁶⁷².

Célebre es la “doctrina de los frutos del árbol envenenado” -también llamado ponzoñoso-, con origen jurisprudencial en los Estados Unidos⁶⁷³, según la cual deben excluirse las pruebas derivadas de una prueba viciada. Sin embargo, la aplicación de esta regla no ha sido absoluta; jurisprudencia y doctrina se han referido a los criterios del “vínculo atenuado”, de la “fuente independiente” y del “descubrimiento inevitable”, para hacer referencia a una serie de eventos en los cuales resultaría inconveniente la exclusión de una prueba vinculada con otra que se considera ilícita. En virtud del criterio del vínculo atenuado, debe admitirse una prueba derivada de otra ilícita cuando “el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad”; el criterio de la

fuerza independiente alude al supuesto en el que la prueba en cuestión tiene un origen diferente al de la prueba ilícita y, por lo tanto, en puridad, no se trata de una prueba derivada; por último, de conformidad con el criterio del descubrimiento inevitable, la prueba derivada es admisible si se “logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito”⁶⁷⁴.

La jurisprudencia norteamericana ha recurrido también al criterio de la buena fe del investigador, para determinar cuándo la prueba derivada es admisible, pauta ilustrativa, por ejemplo, para el caso del agente de policía judicial que procede a realizar un allanamiento porque legítimamente piensa que la orden proferida para el efecto cumple con todos los requisitos legales⁶⁷⁵. Sin embargo, no deja de ser inquietante la hipótesis en la que intencionalmente se expide una orden sin cumplimiento de los requisitos legales para que el investigador, inducido en error, realice la diligencia.

Algunas de las posturas señaladas han sido adoptadas expresamente por la legislación colombiana. De ello dan cuenta los artículos 23, 232 y 455 del Código de Procedimiento Penal, desarrollo legal del artículo 29 de la Carta Política.

4.2 Anulación del proceso

La CORTE CONSTITUCIONAL señaló en Sentencia C-591 de 2005, por vía de excepción, que la falta de exclusión de una prueba ilícita obtenida mediante un crimen de lesa humanidad, como la tortura, “transmite a todo el proceso un vicio insubsanable” que genera su nulidad⁶⁷⁶.

La Corte condicionó la exequibilidad del inciso 2º del artículo 457 de la Ley 906 de 2004⁶⁷⁷, a que cuando se presente en un juicio una prueba ilícita obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se omita la aplicación de la regla de exclusión, debe declararse la nulidad del proceso, caso en el cual la competencia para conocer del asunto deberá radicarse en un juez distinto⁶⁷⁸. En efecto, tan grave es la tortura, como delito de lesa humanidad, “que la humanidad se hace una representación del daño, evocando el dolor y el sufrimiento que provocaron dicho tipo de actos a otros seres humanos”⁶⁷⁹. Por eso, esta regla no se circunscribe a ninguna clase de proceso en particular, sino que irradia todos los códigos de procedimiento⁶⁸⁰.

Como se dijo, la intimidad es una garantía integradora de numerosos derechos y aspectos como el cuerpo, la decisión de hablar o de callar en determinadas circunstancias, la libertad, entre otros. Más todavía, una de las manifestaciones de la dignidad humana es el derecho a la intimidad y a través de éste aquella se realiza y se nutre de contenido. Por eso, en determinadas ocasiones, la obtención de una prueba a través de un crimen de lesa humanidad, puede entrañar la violación del derecho a la intimidad. De ahí que esta causal de nulidad procesal sea relevante como mecanismo de protección del derecho a la intimidad.

4.3 Reserva judicial y control de garantías

La figura del juez de control de garantías propende por la efectiva protección judicial de los derechos de las personas frente a mediadas de investigación que entran en tensión con

aquellos, lo que pone de relieve el lugar preferente que ocupan en el Estado Social de Derecho⁶⁸¹. Dice la CORTE CONSTITUCIONAL:

“Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima”⁶⁸².

Por lo anterior, el control judicial, en vez de reducirse a la verificación de requisitos meramente formales, debe ser el escenario para un análisis material exhaustivo de cada medida. Dice la CORTE CONSTITUCIONAL, “la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción (...) sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procesales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control garantías”⁶⁸³.

4.3.1 Autorización judicial previa

Según lo preceptuado en el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), las actividades de investigación desarrolladas por la policía judicial “que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales”, requieren, por regla general⁶⁸⁴, “autorización previa proferida por el juez de control de garantías”, a petición del fiscal del

caso y excepcionalmente de la policía judicial, esto último sólo en circunstancias de “extrema urgencia”.

La autorización judicial previa “se erige en presupuesto indispensable para legitimar las intervenciones a los derechos fundamentales y en particular las medidas que impliquen injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal”⁶⁸⁵.

4.3.2 Control judicial posterior

El control judicial posterior se prevé en relación con medidas de investigación penal que afectan derechos fundamentales. Es, por disposición constitucional, el caso de los registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones. Al juez le corresponde verificar la adecuada ejecución de la medida, esto es, controlar “que el sacrificio del derecho no sea superior al inicialmente previsto”. Así mismo, se debe corroborar que haya mediado el respeto por la dignidad humana y que la actuación no haya degenerado en un trato humillante, cruel, inhumano o degradante⁶⁸⁶. Cuando se establezcan previamente condiciones especiales para su práctica, en sede de control judicial se verificará el cumplimiento.

En virtud del artículo 154, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal, en audiencia preliminar se deben poner a disposición del juez los elementos recogidos en desarrollo de registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones, para el control de legalidad. A su turno, el artículo 237 de la misma obra se refiere al control de legalidad en relación con el cumplimiento de la órdenes de registro y allanamiento, retención de

correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet.

4.5 Recursos

La admisión y utilización de una prueba judicial obtenida mediante una afectación ilegítima de la intimidad es, en principio, una decisión susceptible de impugnación. Como lo expresa el jurista colombiano HUMBERTO MURCIA BALLÉN, el derecho de impugnación es un derecho subjetivo que consiste en la posibilidad de solicitar la “tutela legal contra actos jurídicos en general, y en particular de actos procesales que se han cumplido con desviación de las directrices que para su cabal realización indican las leyes pertinentes”⁶⁸⁷, dado que “Los actos del juez, como toda obra humana, son susceptibles de error”⁶⁸⁸. Así, la revocabilidad de los actos judiciales se convierte en “un remedio contra la injusticia de la resolución del juez”⁶⁸⁹.

El recurso de reposición, por regla general, procede contra los autos del juez, como puede ser el que admite una prueba. La apelación, a su turno, procede contra las sentencias de primera instancia y contra algunos autos, como el que niega la práctica o el decreto de una prueba o el que decide una nulidad. En relación con el recurso de casación, el sendero para la impugnación de la admisión de una prueba ilícita es la causal de error de derecho por falso juicio de legalidad, esto es, la violación de una norma de derecho sustancial, en particular de derecho probatorio. Se recuerda, lo que procede, en principio, es la desestimación del medio probatorio y no la de toda la actuación procesal⁶⁹⁰.

4.6 Acción de tutela

No obstante los debates que sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales se registran⁶⁹¹, conviene aludir, de conformidad con la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL, al así llamado defecto fáctico, en su dimensión positiva.

Acogida la tesis que acepta la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, debe destacarse su carácter excepcional, pues, en línea de principio, es menester propender por la protección de la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la autonomía e independencia de los jueces, el non bis in idem, la jurisdicción, la competencia, el principio del juez natural, entre otras instituciones⁶⁹²⁻⁶⁹³.

Nuestra CORTE CONSTITUCIONAL ha venido desarrollando un catálogo de requisitos generales⁶⁹⁴ y de causales específicas o especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁶⁹⁵⁻⁶⁹⁶.

En particular, nos interesa el defecto fáctico, que se refiere a una decisión judicial en la cual “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”⁶⁹⁷. El defecto fáctico tiene dos dimensiones: una llamada negativa, que se refiere a la valoración de la prueba y que se presenta cuando “El juez, en el ejercicio de su facultad de valoración, deja de apreciar una prueba fundamental para la solución del proceso, ignora sin razones suficientes elementos probatorios cruciales o, simplemente, efectúa un análisis ostensiblemente deficiente e inexacto respecto del contenido fáctico del elemento probatorio”⁶⁹⁸; y una positiva, que “se concreta cuando el

juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso”⁶⁹⁹. Es decir, consiste en la valoración de pruebas que no podrían apreciarse sin desconocer la Constitución⁷⁰⁰. Esta dimensión se fundamenta, pues, en el artículo 29 de la Carta Política, que consagra la “regla de exclusión probatoria”⁷⁰¹.

Sin embargo, deben formularse al menos dos acotaciones: en primer lugar, que “no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad y es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado”⁷⁰². En segundo lugar, que “el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes”⁷⁰³.

CONCLUSIONES

A partir de las consideraciones expuestas, procedemos a destacar algunos aspectos de la mayor importancia:

La razón de ser y la finalidad esencial del Estado es la **dignidad de la persona humana**.

Un Estado que atenta contra la dignidad humana contradice las aspiraciones cardinales de la sociedad y del género humano.

La dignidad humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, a través de los cuales cada persona, según su entendimiento y voluntad, puede desarrollarse como un individuo único y singular, que por lo tanto, no es intercambiable, prescindible, ni susceptible de instrumentalización.

Entre los derechos humanos sobresale la **intimidad**, escenario de la creatividad, las reflexiones, el sentimentalismo, los anhelos, los proyectos de vida, los afectos, las creencias de distinta índole y el dominio del propio ser, como presupuestos para el pleno desarrollo individual de cada ser humano.

La intimidad es una garantía integradora de múltiples aspectos como el cuerpo, la mente, la memoria, los deseos, los sentimientos, las relaciones personales, las comunicaciones, el domicilio, los documentos privados y los datos personales. Luego, es un derecho con pluralidad de manifestaciones: la intangibilidad corporal, la inviolabilidad del domicilio, la

inviolabilidad de la correspondencia, el secreto profesional, la reserva documental, entre otras.

El vertiginoso avance de la tecnología, desprovisto a veces de la conciencia sobre la responsabilidad que ello implica, permite un sinnúmero de intromisiones en la intimidad, que se convierte, entonces, en un derecho tan frágil como importante.

La intimidad no es un derecho absoluto: sus límites son el derecho ajeno y el orden público. Por eso, es susceptible de limitación y afectación, salvaguardando su núcleo esencial, en procura de alguno de los intereses superiores del Estado.

La **función jurisdiccional** es una función pública a la que se le confía la efectividad de los principios, valores, derechos y obligaciones consagrados en la ley, para lograr así una convivencia social armónica y pacífica. Es, pues, un interés con pleno sustento constitucional, que bajo determinados supuestos justifica afectaciones del derecho a la intimidad.

El desarrollo de la función jurisdiccional debe realizarse en el marco del debido proceso, concebido para la protección de las garantías de todos los que de alguna forma intervienen en una actuación judicial.

La función jurisdiccional es imposible sin la **prueba**, presupuesto del conocimiento que deben tener sus titulares sobre las situaciones fácticas sometidas a su juicio. Su obtención debe estar presidida por el respeto hacia el debido proceso.

La importancia de la intimidad, por un lado, y de la prueba judicial, por el otro, hacen difícil la delimitación de las circunstancias en las que resulta legítima la afectación de la primera en favor de la segunda. Esta dificultad no se agota con la consagración de requisitos formales, sino que requiere de un análisis material. Por ende, no toda afectación de la intimidad se legitima por el solo hecho de provenir de una autoridad con facultad legal para ello.

El enfrentamiento entre la intimidad y la prueba es una cuestión en alto grado casuística y pormenorizada, además de debatida, en relación con la cual se muestra inconveniente la formulación de aforismos y reglas absolutas.

La consagración del deber de colaboración con la administración de justicia no justifica, en todos los casos, las intromisiones en la intimidad, toda vez que los derechos y deberes ciudadanos deben coexistir en armonía, de manera que la exigibilidad de un deber no puede implicar sacrificios que dejen a las libertades personales desprovistas de todo contenido.

En el marco de la tensión entre la intimidad y la prueba, la identificación, en cada caso concreto, del interés que debe prevalecer, requiere de reflexiones en torno al alcance de cada uno de estos conceptos y, especialmente, de su contenido esencial, de su ámbito de protección, así como de sus posibilidades de coexistencia y equilibrio.

Se muestra satisfactorio acudir a criterios como la buena fe procesal, el abuso del derecho y la proporcionalidad para dilucidar esta cuestión. La buena fe procesal nos invita a

reflexionar sobre el comportamiento que en un contexto dado, como el proceso, es considerado correcto y deseable por la sociedad. La teoría del abuso del derecho propende por identificar en el ejercicio de los derechos, como el derecho a la intimidad y el derecho a la prueba, límites tendientes a la protección del orden jurídico. La proporcionalidad es un criterio relacional entre intereses en conflicto, que busca determinar cuál está llamado a prevalecer en cada caso, evitando excesos o defectos.

La aplicación de todo lo anterior a la actividad probatoria judicial nos permite fijar algunas posiciones en relación con determinadas cuestiones:

La prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes es un límite básico e incontestable de la actividad estatal, que debe imperar en el ámbito de la actividad probatoria judicial. Por lo tanto, las pruebas obtenidas en contravención de dicha prohibición deben ser rechazadas.

El recurso a la hipnosis, a ciertas sustancias y a otros métodos capaces de doblegar la voluntad, además de conculcar el derecho al silencio, la reserva y el hermetismo, como manifestaciones de la intimidad, entraña el riesgo de provocar la revelación involuntaria de información propia del ámbito de la protección de este derecho. Por lo tanto, se trata de una incursión desproporcionada en el núcleo esencial de la intimidad.

Las investigaciones corporales afectan la intimidad, la cual tiene en la inviolabilidad del cuerpo humano una de sus más importantes manifestaciones, comoquiera que éste, en su totalidad, es el presupuesto biológico de la existencia humana. Por eso, la relación de estas

medidas con la intimidad no se circunscribe a los supuestos que involucran las partes pudendas. Su ordenación debe atender al criterio de proporcionalidad. En concreto, ante la renuencia del requerido para la práctica de una investigación corporal, cualquiera que ella sea, el recurso a la fuerza física aparece irrazonable y desproporcionado, toda vez que, potencialmente, degenera en un trato cruel, inhumano o degradante. Sin embargo, el comportamiento procesal del requerido no puede pasar desapercibido a la luz del deber de colaborar con la administración de justicia y de la buena fe procesal. Presumir ciertos los hechos que se pretendían probar con esta medida, a modo de sanción, no es conveniente si se tiene en cuenta que la propia investigación corporal no es un medio de prueba infalible. Es adecuado que el juez valore como indicio la conducta del renuente, habida cuenta de sus excusas y circunstancias particulares, así como de la clase de inspección que se pretenda llevar a cabo. De esta manera se protege, de una parte, la intimidad corporal del requerido, quien puede elegir entre prestar su colaboración con el proceso a través de su cuerpo o asumir la consecuencia procesal adversa derivada de su renuencia, y, por otro lado, se salvaguarda el interés público inmerso en la función jurisdiccional. No se descarta la posibilidad de acudir a las multas como forma de apremio, especialmente cuando el requerido no es parte en el proceso.

Con respecto al secreto profesional, conviene precisar que la facultad de los profesionistas de declarar o no sobre la información personal del cliente conocida en razón de su oficio está lejos de ser una cuestión que se extingue en la interpretación exegética y aislada de las normas procesales que consagran la excepción al deber de declarar en estos casos. Este supuesto exige un análisis integral del ordenamiento jurídico, en el cual se tenga en cuenta la consagración constitucional de la inviolabilidad del secreto profesional. Es preciso

constatar, asimismo, su carácter instrumental de cara a la protección de algunos derechos del cliente, entre los que sobresale la intimidad, y su faceta como derecho del profesional, establecido para permitir el libre y adecuado desarrollo de las profesiones, como un interés público de notable importancia. En este sentido, en línea de principio, no es admisible la declaración del profesional que quebranta este deber, el cual es de igual o mayor importancia que el deber de colaboración con la administración de justicia. Solo en circunstancias excepcionales y extremas, en las que la ponderación entre los intereses en juego sugiera que el secreto profesional debe ceder, es admisible una declaración en este sentido, siempre que no se vulnere el núcleo esencial de la intimidad.

El domicilio es la manifestación de la necesidad humana de contar con espacios sometidos a cierto grado de control y ajenos a la impertinencia ajena, para propiciar el desarrollo de ciertas actividades íntimas y para guardar objetos con igual carácter. Por eso, la irrupción en éste no puede ser arbitraria. Al contrario, debe fundarse en serios motivos y atender un propósito específico.

A propósito de la interceptación de comunicaciones, sean escritas, telefónicas o vía correo electrónico, se destaca el contenido del artículo 15 de la Carta Política que establece la necesidad de orden de autoridad judicial competente, en los eventos previstos en la ley y con cumplimiento de las formalidades legales. Se trata de medidas que deben estar motivadas, limitadas -material y temporalmente- y sustentadas en el criterio de proporcionalidad, so pena de vaciar de contenido la intangibilidad de las comunicaciones, como aspecto de la intimidad.

En principio, las personas no están facultadas para grabar las conversaciones ajenas o las que sostienen con otros, cuando no media el consentimiento de todos sus contertulios. Esto último solo es admisible en circunstancias excepcionales y extremas, como cuando se es víctima de un delito o de una agresión injustificada.

En relación con los documentos reservados, como una misiva, la historia clínica de un paciente, el diario íntimo de una persona o ciertos archivos electrónicos, debe distinguirse su tenencia, cualesquiera que sean sus causas, de la legitimación para aportarlos al proceso. Asimismo, la facultad que tiene el juez para ordenar su exhibición no es absoluta, pues debe armonizarse con el derecho a la intimidad de las personas que puedan verse afectadas con su revelación; de manera que el juzgador debe ejercer su prerrogativa consultando en qué casos es procedente la solicitud de exhibición y en cuáles es legítima la oposición, teniendo en cuenta los criterios de buena fe y proporcionalidad, así como la necesidad de proteger el contenido esencial del derecho a la intimidad, el cual, con la publicación de determinados documentos, como el diario íntimo o ciertas fotografías, sería violentado.

Una dimensión de la intimidad es el derecho activo de control de la persona sobre la información que le concierne y la posibilidad de impedir su divulgación, toda vez que el ser humano no puede ser entendido como mero suministrador de datos. Esta situación es particularmente sensible cuando el dato particular es de carácter íntimo, evento en el que coincide el objeto de protección del habeas data y del derecho a la intimidad. Desde esta perspectiva, el administrador de una base de datos no puede disponer de éstos a su arbitrio. A su vez, la facultad judicial de realizar búsquedas selectivas en ellas no es absoluta y en

este sentido no puede recaer sobre aquellos datos que pertenecen al núcleo esencial de la intimidad.

En cada circunstancia el discernimiento entre las afectaciones legítimas e ilegítimas de la intimidad recae, principalmente, en el quehacer de los jueces, ya sea en sede de conocimiento, de control de garantías, de recursos o de tutela.

En caso de concluirse, a la luz de las circunstancias del caso concreto, que la afectación de la intimidad es ilegítima, debe aplicarse el inciso final del artículo 29 de la Carta Política, teniendo en cuenta las acotaciones doctrinales y jurisprudenciales que sobre esta norma se han formulado.

El asunto que se comenta entraña una dificultad, a la vez que un reto y una grave responsabilidad para los particulares y, especialmente, para los servidores judiciales, con un incuestionable alcance práctico de cara al desarrollo de los procesos judiciales. Se debe tener conciencia de la complejidad y la trascendencia de esta tensión, en el marco de la moralidad y del respeto por la dignidad humana, que deben imperar, no solo en el proceso, sino en todos los escenarios del acontecer de la existencia humana.

BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina:

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

ARAZI, ROLAND. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires. Ediciones La Rocca. 2001.

ARAZI, ROLAND (Director). *Prueba ilícita y prueba científica*. 1ª ed. Santa Fe (Argentina). Rubinzal-Culzoni Editores. 2008.

ARENAS RAMIRO, MÓNICA. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006.

BENTHAM, JEREMÍAS. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires. Ejea. 1971.

BERISTAIN, ANTONIO. *El secreto profesional del sacerdote*. En Revista Universitas Canónica. Vol. 15. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1994.

BERNAL CUELLAR, JAIME Y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal*. 4ª ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002.

CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *La prueba en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma. 1994.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá. Temis. 2007.

CARRERA BASCUÑAN, HELENA. *El secreto profesional del abogado*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1963.

CIFUENTES, SANTOS. *Derechos personalísimos*. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2008.

CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. *El secreto profesional*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2009.

COUTURE, EDUARDO. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma. 1978.

CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *La sana crítica. Sistema de valoración de la prueba judicial*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2007.

CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Bogotá. Legis. 2008.

- DE SANTO, VÍCTOR. *La prueba judicial*. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1992.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá. Editorial ABC. 1972.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires. Víctor P. De Zavallía. 1972.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1984.
- FALCÓN, ENRIQUE M. *Tratado de la prueba*. Tomo 2. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2003.
- FREIXAS GUTIÉRREZ, GABRIEL. *La protección de datos de carácter personal en el derecho español*. Barcelona. J. M. Bosch. 2001.
- GHERSI, CARLOS (Director) y otros. *Prueba de ADN. Genoma Humano*. Buenos Aires. Editorial Universidad. 2004.
- GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA. *La protección de los datos personales. Una análisis desde la perspectiva del Derecho Penal*. Navarra. Aranzadi. 2005.
- GOZAÍNI, OSVALDO (Coordinador). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*. Buenos Aires. Ediar. 2001.
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO. *Distribución de la carga de la prueba. Su flexibilización en el derecho procesal contemporáneo*. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Tomo V. Bogotá. Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2010.
- JOSSERAND, LUIS. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá. Temis. 2009.
- HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona. J. M. Bosch. 1999.
- LESSONA, CARLOS. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid. Reus. 1957.
- LLUCH, XAVIER ABEL y PICÓ I JUNOY, JOAN (coordinadores). *Problemas actuales de la prueba civil*. Barcelona. J. M. Bosch. 2005.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I. 8ª ed. Bogotá. Dupré Editores. 2002.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo III. Pruebas. Bogotá. Dupré Editores. 2001.

LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Tomo I. 1ª ed. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005.

MITTERMAIER, CARLOS. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 9ª ed. Madrid. Reus. 1959.

MURCIA BALLÉN, HUMBERTO. *Recurso de Revisión Civil*. Bogotá. Librería Editorial el Foro de la Justicia. 1981.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de derecho probatorio*. 18ª ed. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2011.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed. Madrid. Tecnos. 1995.

PEYRANO, JORGE W. (Director) y LÉPORI WHITE, INÉS (Coordinadora). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe (Argentina). Rubinzal-Culzoni. 2004.

PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona. J. M. Bosch. 1996.

PICÓ I JUNOY, JOAN. *La buena fe procesal*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2011.

RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1944.

ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *La eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011.

RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. *Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal del 2004, análisis de la sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional Colombiana*. En Revista Vniversitas. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2007.

TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta. 2002.

UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. *Habeas Data. Fundamento, naturaleza, régimen*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. *Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad. Identidad. Honor. Intimidación*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2011.

B) Jurisprudencia:

1) Corte Constitucional:

Sentencias:

C-543 de 1992

C-033 de 1993

C-411 de 1993

C-511 de 1994

C-221 de 1994

C-491 de 1995

C-022 de 1996

C-037 de 1996

C-264 de 1996

C-626 de 1996

C-309 de 1997

C-372 de 1997

C-538 de 1997

C-584 de 1997

C-657 de 1997

C-062 de 1998

C-741 de 1999

C-142 de 2001

C-093 de 2001

C-1104 de 2001

C-1147 de 2001

C-249 de 2002

C-916 de 2002

C-692 de 2003
C-874 de 2003

C-1092 de 2003
C-1088 de 2004
C-476 de 2005
C-591 de 2005
C-782 de 2005
C-822 de 2005
C-979 de 2005
C-336 de 2007
SU-256 de 1996
SU-159 de 2002
T-011 de 1992
T-414 de 1992
T-418 de 1992
T-426 de 1992
T-444 de 1992
T-161 de 1993
T-413 de 1993
T-125 de 1994
T-158 de 1994
T-443 de 1994
T-501 de 1994

T-538 de 1994

T-211 de 1995

T-090 de 1996

T-151 de 1996

T-624 de 1997

T-008 de 1998

T-694 de 2000

T-149 de 2002

T-976 de 2003

T-275 de 2005

T-453 de 2005

T-683 de 2005

T-233 de 2007

T-405 de 2007

T-626 de 2007

T-916 de 2008

2) Corte Suprema de Justicia:

i) Sala Plena:

Sentencia del 19 de octubre de 1971. M.P. GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY

ii) Sala de Casación Civil:

Sentencias:

14 de septiembre de 1976 M.P. JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER

28 de junio de 2005 (Rad. 7.901). M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

29 de junio de 2007 (Rad. 2000-00741). M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

16 de septiembre de 2010. M.P. CÉSAR JULIO VELENCIA COPETE

16 de diciembre de 2010 (Rad. 1.074). M.P. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

ii) Sala de Casación Penal:

Autos :

26 de octubre de 2007 (Rad. 27.608). M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

28 de noviembre de 2007 (Rad. 28.656). M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

17 de noviembre de 2010 (Rad. 35.132). M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

18 de julio de 2011 (Rad. 33.118)

Sentencias:

16 de marzo de 1988 (Rad. 1.634). M.P. LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA

18 de mayo de 1994 (Rad. 7.926). M.P. EDGAR SAAVEDRA ROJAS

8 de mayo 1996 (10.800). M.P. RICARDO CALVETE RANGEL

22 de octubre de 1996 (Rad. 9.579). M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

22 de marzo de 2000 (Rad. 10.656). M.P. JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

7 de marzo de 2002 (Rad. 14.043). M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

25 de octubre de 2000 (Rad. 15.273). M.P. NILSON PINILLA PINILLA

15 de noviembre de 2000 (10.656). M.P. JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

7 de marzo de 2002 (Rad. 14.043). M.P. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

27 de septiembre de 2002 (Rad. 17.393). M.P. NILSON PINILLA PINILLA

21 de enero de 2003 (Rad. 15.100). M.P. EDGAR LOMBANA Y ÁLVARO ORLANDO PÉREZ

12 de mayo de 2005 (Rad. 19.733). M.P. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

9 de febrero de 2006 (Rad. 19.219). M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

4 de mayo de 2006 (Rad. 23.705). M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

27 de julio de 2006 (Rad. 24.679). M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

9 de noviembre de 2006 (Rad. 23.327). M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

21 de marzo de 2007 (Rad. 25.583). M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

16 de mayo de 2007 (Rad. 26.310). M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

9 de abril de 2008 (Rad. 28.535). M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

4 de noviembre de 2010 (Rad. 34.418). M.P. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

C) Instrumentos de Derecho Internacional:

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París. 10 de diciembre de 1948.

Reglas de Procedimiento y Prueba de la CORTE PENAL INTERNACIONAL. Adoptadas por la ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE. Primera Sesión. Nueva York. 3 al 10 de septiembre de 2002.

Convención Americana sobre protección de Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la ASAMBLEA GENERAL de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS en Resolución 2200 A (XXI). Diciembre 16 de 1966.

NOTAS

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-011 de 1992.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992.

³ “Tal revisión se traduce en una neta prevalencia de la categoría del ser sobre la del tener o del haber, dentro del marco de un hondo y genuino humanismo que debe presidir los actos de los encargados de administrar justicia en todos los niveles del sistema jurídico” (Ibidem).

⁴ En los términos del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el “conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable” sobre los hechos del juicio (artículos 372 y 381).

⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá. Temis. 2007. Pág. 56. Para JEREMÍAS BENTHAM “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas” (*Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires. Ejea. 1971. Pág. 10).

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-011 de 1992. “Ahora bien, el conocimiento de la verdad no puede obtenerse a cualquier precio, y el gran desafío del jurista es establecer cuáles son los límites frente a los cuales el juzgador debe detenerse a fin de no entrar en el terreno de la ilicitud (...) se trata de una decisión muy delicada y que no debe ser tomada a la ligera, pues al obrar de esa manera el juez sabe que el conflicto no será solucionado en forma justa” (ARAZI, ROLAND. *Prueba ilícita y prueba científica. Conceptos generales*. En ARAZI, ROLAND (Director). *Prueba ilícita y prueba científica*. 1ª ed. Santa Fe (Argentina). Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Págs. 12 a 13.

⁷ “Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso” (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Artículo 9º). “La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los intervinientes o partes procesales” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-011 de 1992).

⁸ Para ilustrar mejor esta última idea, piénsese, a título de ejemplo, en el profuso desarrollo de la protección del derecho a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-453 de 2005. Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Adoptadas por la Asamblea de Estados Parte. Primera Sesión. Nueva York. 3 al 10 de septiembre de 2002. Reglas 70 y 71).

⁹ En el mismo sentido, el profesor MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ formula las siguientes preguntas: “¿Qué aspectos integran la intimidad como objeto de protección jurídica? // ¿Bajo qué condiciones puede reclamarse la inmunidad de los aspectos íntimos? // ¿Cómo determinar si una intervención en el derecho a la intimidad es legítima? // ¿Cómo se explica que el material probatorio preexistente a la intromisión se vuelva ilegítimo por ser descubierto gracias a ella? // ¿Cómo entender que para proteger el derecho a la intimidad se desperdicie material probatorio que pudiera aprovechar el titular del derecho erosionado? // ¿Cómo explicar que aun cuando redunde en beneficio de la víctima de la intromisión, el empleo del material probatorio obtenido gracias a ella se deseche de plano en aras de la inmunidad de la intimidad? // ¿Cómo admitir en el proceso pruebas conseguidas por medio de incursión ilegítima en la intimidad y reconocerles mérito probatorio para ciertos efectos como demostrar la inocencia del acusado, si se consideran nulas de pleno derecho?” (*La*

eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011. Pág. 22).

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 de 2003.

¹¹ MORAGA DÍAZ, MAGDALENA. *La defensa a la intimidad*. En GOZAÍNI, OSVALDO (Coordinador). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*. Buenos Aires. Ediar. 2001. Pág. 211.

¹² Ibidem. Cita a ARISTÓTELES.

¹³ SAN AGUSTÍN. Cit. en Ibidem. Para KANT, el hombre es “el único ser sobre la tierra que posee un entendimiento y, por tanto, una facultad de proponerse unos fines, por eso merece ciertamente el título de señor de la naturaleza” (Cit. en Salvamento de Voto de la Sentencia C-221 de 1994 de la CORTE CONSTITUCIONAL).

¹⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. *Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad. Identidad. Honor. Intimidad*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2011. Pág. 7.

¹⁵ KANT, EMANUEL. Cit. en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-211 de 1995. En efecto, según MAIHOFER, la noción de dignidad parte de la consideración del ser humano como sujeto que se relaciona con otros, es decir, de una “dimensión intersubjetiva” (Cit. en PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed. Madrid. Tecnos. 1995. Pág. 318).

¹⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París. 10 de diciembre de 1948.

¹⁷ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 27.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1994.

¹⁹ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 28.

²⁰ FARRAJOLI, LUIGI. Cit. en CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Bogotá. Legis. 2008. Pág. 520.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1088 de 2004.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-418 de 1992.

²⁵ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 325. Agrega el mismo autor, “No en vano, la esfera de la personalidad no puede contemplarse únicamente desde el punto de vista del individuo, sino desde una perspectiva relacional desde la que se considera que la violación de la personalidad humana comporta una situación de peligro para la solidaridad y la convivencia entre los hombres” (Idem. Pág. 326. Cita a MAIHOFER).

²⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 1.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 1996.

²⁸ Ibidem. Como lo expresa PÉREZ LUÑO, con fundamento en la obra de MAIHOFER: “La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* (*Selbstbestimmung des Menschen*) que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza” (Ob. cit. Pág. 318).

-
- ²⁹ MARCK. Cit. en RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1944. Pág. 171.
- ³⁰ PIEPER. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 2.
- ³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 1996.
- ³² ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 16.
- ³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881 de 2002. Cit. en CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho Probatorio y Pruebas Penales*. Ob. cit. Pág. 521.
- ³⁴ Ibidem.
- ³⁵ MORAGA DÍAZ, MAGDALENA. Ob. cit. Pág. 212. Cita a PÉREZ LUÑO, ANTONIO.
- ³⁶ PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO. Cit. en CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho Probatorio y Pruebas Penales*. Ob. cit. Pág. 520.
- ³⁷ FERREIROS. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 7.
- ³⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 8.
- ³⁹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 318 y 319.
- ⁴⁰ EKMEKDJIAN, MIGUEL. Cit. en MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. *Defensa de la intimidad y otros derechos personalísimos*. En GOZAÍNI, OSVALDO. Ob. cit. Pág. 270.
- ⁴¹ GHERSI, CARLOS (Director) y otros. *Prueba de ADN. Genoma Humano*. Buenos Aires. Editorial Universidad. 2004. Pág. 17. “La consagración constitucional de la privacidad, aparece involucrada en el concepto más amplio de dignidad humana” (LOIANNO, ADELINA. *Los Derechos Constitucionales y el Habeas Data*. En GOZAÍNI, OSVALDO (Coordinador). Ob. cit. Pág. 16).
- ⁴² LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. Pág. 19.
- ⁴³ Ibidem.
- ⁴⁴ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 325.
- ⁴⁵ Sobre la relación entre dignidad humana e intimidad véase también ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 27 y ss. “[C]on la consagración expresa que se ha hecho de la dignidad humana como el valor supremo del Estado Social de Derecho, (Artículo 1º. de la Carta de 1991), la intimidad, que es una de las manifestaciones más concretas y directas de dicha dignidad, ha adquirido una posición privilegiada en el conjunto de los derechos constitucionales fundamentales” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992).
- ⁴⁶ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 16. Cita a REY CONTOR, ERNESTO.
- ⁴⁷ La intimidad ha sido definida como: “el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quien le da acceso al mismo según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que sólo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita” (MEJÁN, LUIS MANUEL. Cit. en BASTERRA, MARCELA. *Los derechos tutelados por el habeas data: doctrina y jurisprudencia*. En GOZAÍNI, OSVALDO. Ob. cit. Pág. 244); “el derecho de una persona de manejar su propia existencia como a bien lo tenga, con el mínimo de injerencias exteriores” (STROMHOLM. Cit. en en LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Tomo I. 1ª ed. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005. Pág. 198); “la esfera secreta de la vida del individuo en la que tiene el poder legal de evitar a los demás” (CARBONNIER, JEAN. Cit. en Ibidem); “el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos” (CIFUENTES, SANTOS.

Derechos personalísimos. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2008. Pág. 595. Véase también HERRERO, LUIS RENÉ. *Las cartas misivas legisladas en el artículo 1036 del código civil y la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados*. En ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 77 y MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. pág. 270); “facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos” (EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL. Cit. en BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. En ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 260); “una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás y se materializa en el derecho a que otras personas no tengan información documentada sobre hechos, respecto de un individuo, cuando éste no quiere que sean conocidos” (BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Pág. 261); “espacio y tiempo de la persona con su ser”; “posibilidad de guardar para sí cuestiones que tienen que ver con su ser”; “una capacidad humana para enfrentar situaciones propias, donde juegan los sentimientos y la espiritualidad; es una aptitud organizativa del tendido de puentes consigo mismo o con personas que comparten aquellos sentimientos y aquella espiritualidad”; “una faceta de la libertad objetivada”; “una perspectiva emancipadora del ser, una especificidad propia, un territorio y un espacio de tiempo” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Págs. 19 y 20); la “propiedad de sí mismo”; “el derecho obvio de todo individuo a rehusar que cualquiera, Estado o particulares, tengan acceso a la esfera interna de la persona” (LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. Págs. 18 y 20); “el derecho personalísimo, el derecho *hacia otros* que abarca la vida privada, familiar, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y papeles privados” (GOZAÍNI, OSVALDO. Cit. en MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. Pág. 270); “el derecho que tiene todo individuo a ser dejado en paz, a una vida retirada y anónima, a vivir su propia vida en soledad, sin ser sometido a una publicidad que no se ha provocado ni deseado”; “la parte más reservada de la vida privada” (LÓPEZ MORALES, JAIRO. Ob. cit. Pág. 198); “concepto de carácter material mediante el cual se designa el área que una persona reserva para sí, apartándola del conocimiento de terceros” (MORENO CATENA. Cit. en ASECIO MELLADO. Cit. en MILL DE PEREYRA, RITA. *Escuchas telefónicas. Grabaciones*. En ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 119). El Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA la define como “amistad íntima” y como “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. A su vez, define íntimo como “lo más interior o interno”. En Colombia, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA la ha definido así: “Es un aspecto de la personalidad que corresponde, según un autor, a la aspiración del individuo a conservar la tranquilidad de su espíritu, aquella paz interior (“la vida debe estar amurallada”) que la publicidad o la intromisión vendría a perturbar. Pero, desde luego en el entendido de que esos bienes y garantías no sean utilizado para perturbar el orden social”. Y agrega: “Por ello, el derecho se compone de dos elementos: el que se tiene al secreto o, mejor, al respeto a la vida privada y que consiste en impedir que la actividad de terceros se enderece a conocer o a descubrir las particularidades de la vida íntima de otro, esto es, la facultad de impedir que intrusos se entrometan en la vida particular de una persona. Y el derecho a la reserva, que es la facultad de defenderse de la divulgación de la noticias o hechos privados que se hayan conocido con o sin derecho, y que tiene una sola excepcional limitación: la de la seguridad social” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia

del 19 de octubre de 1971. M.P. GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY. En Gaceta Judicial. Tomo CXXXVIII. Pág. 423). La CORTE CONSTITUCIONAL la define, a su vez, como una “esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas” (Sentencia C-517 de 1998. Citada en Sentencia C-336 de 2007). Para la Corte, este derecho “permite y garantiza contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin mas limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (Sentencia T-916 de 2008). Nótese como en la elaboración de varias de las definiciones citadas y en la caracterización de este derecho se recurre a los conceptos de ámbito, espacio, escenario, esfera, etc., lo que ha sido denominado en la doctrina como “metáfora espacial” de la intimidad (UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. *Habeas Data. Fundamento, naturaleza, régimen*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Págs. 34 a 38). Obsérvese también, como lo hace SANTOS CIFUENTES, que las definiciones citadas siguen fundamentalmente dos vertientes, a saber, “una puramente negativa por vía de exclusión”, y otra positiva (Ob. cit. Págs. 591-594).

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 327 y 328.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-517 de 1998. Citada en Sentencia C-336 de 2007.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1993.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

⁵⁵ Esta es una expresión contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional de Argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...)”.

⁵⁶ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 472.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996. “Reconocer la dignidad humana implica aceptar y respetar la diversidad como genuina expresión del pluralismo característico de la sociedad democrática, y apreciar la diferencia específica que identifica a la persona y le sirve de apoyo para avanzar en la realización de sus planes de vida, gracias a la capacidad de autodeterminación que promueve la creatividad y la iniciativa del individuo, que sólo pueden desarrollarse a plenitud cuando se disponga de condiciones propicias, entre las cuales se destacan las que preservan la observación y censura ajenas” (ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 28-29). “Gozar de espacios inmunes a interferencias extrañas es presupuesto del pleno desarrollo de las potencialidades del ser humano” (Idem. Pág. 29).

⁵⁸ HELMUT COING. Cit. en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1993.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992.

⁶⁰ CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 583. Y agrega: “Uno de los bienes principales que caracterizan a la persona es la intimidad y, en las sociedades organizadas y democráticas, da posibilidades de plenitud a la convivencia humana. En estas sociedades los actos que la vulneran, la desconocen o menoscaban, en algún sentido, deben ser considerados ilícitos, pues no sólo son reprobados por el ordenamiento jurídico, sino que quebrantan la faz

espiritual del ser, dañan e inciden negativamente en el libre desarrollo de la personalidad y conculcan los planos interiores de su trayectoria vital. Al revelarse lo que está destinado naturalmente, es decir, por la naturaleza o circunstancia de haber nacido, a mantenerse fuera del conocimiento de los otros, o lo que más tarde en el transcurso de la vida por la propia decisión se ha puesto en zonas de reserva, las que quedan apartadas de toda comunicación informativa general, se produce una lesión no legítima ni sustentada jurídicamente. La construcción y desenvolvimiento de la personalidad psicofísica sólo es posible si el ser humano puede conservar un conjunto de aspectos, circunstancias y situaciones que se ocultan, se preservan y se destinan por propia iniciativa a no ser comunicadas al mundo exterior. Luego, cuando se los expone contrariando la voluntad del sujeto, puede catalogarse a los hechos de antijurídicos o reprobados por las normas con sentido objetivo, hayan sido o no obrados con negligencia o dolo por parte de los que programan, dirigen, calibran y realizan la publicidad indebida” (Idem. Págs. 583 y 584).

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992.

⁶² ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 471.

⁶³ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 19.

⁶⁴ LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. pág. 16.

⁶⁵ MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. Pág. 263.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

⁶⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 609 y 610.

⁶⁸ CIFUENTES, SANTOS. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 473. En palabras de VIDAL MARTÍNEZ, la intimidad es “la primera de las libertades que al ser humano corresponde, o visto de otro modo, la última que en el plano jurídico puede ser objeto de limitación, y la única quizá que no puede ser suprimida de modo absoluto, porque si tal sucediera, ello significaría que, ante el Derecho, el ser humano se habría convertido en una cosa, el sujeto en objeto, y habiendo perdido la persona su consideración de tal, mal podría asumir la titularidad de un patrimonio moral” (Cit. en Ibidem).

⁶⁹ Y agrega: “la persona que se priva de ella voluntariamente, es un monstruo”. Este mismo autor, en la obra *Los testamentos traicionados*, señaló: “La divulgación de la intimidad del otro, en cuanto se convierte en costumbre y norma, nos hace entrar en la época en la que lo que está ante todo en juego es la supervivencia o la desaparición del individuo” (KUNDERA, MILAN. Cit. en CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 589).

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 321-333. También puede verse MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 119; BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Pág. 270; LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. Pág. 15; y CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 611-613.

⁷¹ WESTIN, ALAN. Cit. en PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 329.

⁷² LUSKY. Cit. en Ibidem.

⁷³ Cit. en Idem. Pág. 330.

⁷⁴ Ibidem. Cfr. CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 605-613 y 620-631.

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

⁷⁶ No es conveniente el individualismo excesivo, a veces excluyente y discriminatorio, como tampoco lo es la masificación y “la igualación artificial sin contenido real de dignidad y felicidad” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 18).

⁷⁷ Idem. Pág. 19.

⁷⁸ LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. Pág. 21.

⁷⁹ Idem. Pág. 23.

⁸⁰ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 20.

⁸¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 467. Así se expresa SANTOS CIFUENTES sobre lo que él mismo denomina “la esencia socioindividual del hombre”: “en la compleja estructura física y espiritual se entreteteje por la índole del ser, la constitución social e individual del hombre. Queda éste inyectado desde la génesis dentro de un conglomerado de seres que lo conforman, protegen, lo necesitan y lo hacen consustancialmente relacionado. Al mismo tiempo, y quizá por fuerza de la faceta vinculatoria y social, revela un yo único, personal, propio y diferenciado. A través de dicha diferenciación personalísima, es posible sostener la condición convivencial. He ahí la recíproca inferencia socioindividual que permite sostener que el hombre es único e intransferible. No habría, pienso, participación en el conjunto como elemento del entretetejado social, si no fuera posible el yo individual, aislado y hasta egoísta de sí, puesto que faltaría la interdependencia del uno con el otro, o del uno frente a todos, que es la proposición imprescindible para la integración en solidaridad. De donde, en el marco de la vida, dentro de las circunstancias que la rodean y de las condiciones propias, lo separado y distinto de cada uno es de naturaleza y, para formar dicha personalidad diferenciada y única, requiere un reducto privado, incomunicado a los demás, singular y soledoso. Es la afirmación del ámbito en el cual se excluye la comunicación, formativa del “yo”, “yo” que es presupuesto de lo social” (Ob. cit. Pág. 583).

⁸² Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 468.

⁸³ Cit. en FERRATER MORA. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 481.

⁸⁴ LOIANNI, ADELINA. Ob. cit. Pág. 17.

⁸⁵ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 330.

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. Para SANTOS CIFUENTES son conceptos equiparables (Ob. cit. Pág. 618).

⁸⁷ MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. Pág. 269.

⁸⁸ Idem. Pág. 268. Esta teoría tiene un importante antecedente en la jurisprudencia alemana, particularmente en la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN en el caso conocido como *Elfes*. En esta oportunidad el Tribunal “distinguió diferentes ámbitos o “esferas” en la vida privada del individuo, que se garantizaban con diferente intensidad en función de la “intimidad” de la esfera, es decir, que gozaban de una tutela graduada en función de la esfera en la que se ubicase la actividad del individuo”. Así, se discernió entre una “esfera más interna, que representa un ámbito último intangible de la libertad humana, es decir, el ámbito más interno e íntimo de la organización de la vida privada”; otra “esfera privada amplia, que abarca el ámbito privado” y una esfera social. Según el Tribunal, la protección debe ser más intensa y más estricta la justificación de una injerencia, cuanto más interna sea la esfera (ARENAS RAMIRO, MÓNICA. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. Págs. 390-392). Así se refiere CIFUENTES, SANTOS (Ob. cit. Pág. 619) a la “teoría de las esferas”: “En tal criterio se destacan dos campos principales: la esfera íntima y la esfera privada, o bien, según STRÖMHOLM, una *sphere of secrecy* y una *sphere of privacy*, para indicar la reserva individual, y el círculo o proximidad personal. La primera esfera comprende lo que el sujeto mantiene interiormente (pensamientos, deseos, sentimientos, temores, etc.) y lo que exteriorizó pero permaneció incomunicable, como los papeles privados, los diarios íntimos, las confesiones y secretos, lo que llegó por confidencia ajena, el sigilo. Esfera del secreto

que ni siguiera se comunica a los más allegados. La segunda es la intimidad que la persona comparte con otras en familia, con amigos, vecinos, colegas (...). La privacidad así compuesta no se confunde con la esfera pública”. De hecho, en el derecho francés se habla de *intimité de la vie privée* (Ibidem).

⁸⁹ BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Pág. 262.

⁹⁰ Idem. Págs. 266 a 267. Al respecto, se pregunta CIFUENTES (Ob. cit. Pág. 694): “¿Hasta qué extremo es posible divulgar la vida privada de las personas célebres?” Para DE CUPIS, la notoriedad o fama de un personaje no excluye aquellos aspectos reservados de su vida derivados “de una profunda y delicada exigencia humana” a la cual solo puede oponerse un interés público “entendido en el más riguroso de los sentidos” (Cit. en Ibidem).

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

⁹² Cit. en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1993. “En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular *a priori* de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada” (Sentencia T-414 de 1992). “Adicionalmente, puede decirse que el derecho a la intimidad es un derecho disponible. Ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas” (Sentencia T-552 de 1997. Cit. en Sentencia T-916 de 2008).

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 1996.

⁹⁴ BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Pág. 260. Cita a BIDART CAMPOS, GERMÁN.

⁹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 478. Cita a BIDART CAMPOS.

⁹⁶ WARREN Y BRANDEIS. Cit. en LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. Pág. 20.

⁹⁷ BIDART CAMPOS, GERMÁN. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 480.

⁹⁸ En sus albores, la CORTE CONSTITUCIONAL señaló que la protección de la intimidad se refleja en aspectos como “la imagen, el domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, la interceptación telefónica, el secreto profesional, la salud, la reserva documental, la reserva tributaria, la reserva bancaria, la reserva sumarial, la reserva en ejercicio de funciones públicas, la reserva comercial, el secreto industrial, la seguridad del Estado y la reserva de la información estadística” (Sentencia T-414 de 1992). “[E]l derecho a la intimidad importa el respeto a la vida privada y familiar, a la correspondencia y papeles particulares, a las relaciones de amistad, profesionales y comerciales, a las creencias religiosas, políticas, artísticas, etc.” (PADILLA, MIGUEL. Cit. en MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. Pág. 270).

⁹⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 478 y ss.; BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Pág. 271. Cita a FLAHERTY, DAVID. Para ERNESTO BENDA “No se trata únicamente del ámbito defendido de la curiosidad ajena por un sentimiento de pudor natural (como se observa especialmente en la esfera de lo sexual), sino en el derecho a no tener que develar defectos, particularidades o achaques físicos sin motivo injustificado. Lo mismo sucede con la fe y la conciencia y con toda expresión de individualidad: aficiones, extravagancias, convicciones políticas o de otra naturaleza” (Cit. en LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. Pág. 18). Para PIERINI es “el poder o potestad de tener un domicilio particular, papeles privados, ejercer actividades, tener contactos personales y pensamientos que no trascienden a terceros, en virtud del interés personal de mantenerlos en reserva y la discreción de quien se entera de no hacerlos

públicos cuando se trata de hechos privados o datos sensibles de las personas y que cada vez se encuentra más jaqueado por un interés desmedido e incesante de obtener información (...) Definido por juristas norteamericanos como el derecho a estar solo, como el derecho a que las personas no conozcan, sepan, vean o escuchen lo referente a nuestra vida o que nosotros no queremos que trascienda” (Cit. en MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. Pág. 270). Como anota ÁNGEL OSSORIO, las personas pueden “disfrutar de la pacífica intimidad de su existencia, sin afrontar otras responsabilidades que las nacidas de sus actos. Lo demás (gustos, aficiones, deseos, manera de proceder, carácter, orden familiar) ha de ser sagrado e invulnerable, sin que nadie tenga derecho a entrometerse en tales cuestiones” (Cit. en Idem. Pág. 273). “De tal modo quedan comprendidas en la intimidad, entre otras múltiples proyecciones de su contenido, lo sentimental, religioso, sexual, lo amical, la experiencia cotidiana en el hogar, los secretos oralmente transmitidos de unos a otros de manera personal o por otros medios, las variadas modalidades de comunicaciones escritas no publicitadas ni transmitidas a la generalidad, como la correspondencia epistolar, electrónica y digital, los datos personales que se almacenan por diversas causas en registros públicos o privados, lo que acontece en el domicilio, residencia o habitaciones y sus ámbitos anexos, la compañía, trato y avatares positivos y negativos que ocurren con los seres queridos, amigos y compañeros del trabajo y del esparcimiento” (CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 586 y 587). Señala este mismo autor como manifestaciones del derecho a la intimidad: “las conductas, vicisitudes, situaciones, circunstancias estrictamente personales, ajenas a una publicidad no querida”; el secreto; los recintos privados; y la imagen (Idem. Pág. 620). “Igualmente, se trata de un derecho que plantea diferentes esferas o ámbitos, como son la personal, familiar, social y gremial, todas ellos comprendidos en el artículo 15 Superior, y que están manifestadas concretamente (i) en las relaciones familiares; (ii) costumbres; (iii) prácticas sexuales; (iv) salud; (v) domicilio; (vi) comunicaciones personales; (vii) espacios para la utilización de datos a nivel informático; (viii) creencias religiosas; (ix) secretos profesionales; (x) todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008).

¹⁰⁰ Se habla de una perspectiva negativa del derecho a la intimidad como el “derecho a evitar al otro” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 474).

¹⁰¹ Idem. Págs. 481 y 482.

¹⁰² “[L]a jurisprudencia ha entendido esta garantía fundamental como la facultad que implica “exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008. Cita sentencia T-552 de 1997).

¹⁰³ “Nótese la forma como se engastan los tres conceptos. *Intimidad*, como posibilidad de *libertad*, que se manifiesta de dos maneras: la “facultad de actuar en privado sin la interferencia (injerencia) de terceros”, y como “*autodeterminación informativa*” la cual implica la facultad de controlar la información relacionada con la *intimidad* de la persona. Es un juego de palabras en donde los tres conceptos entran en una dinámica circular difícil de romper” (UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 169. Cita Sentencia T-814 de 2003 de la CORTE CONSTITUCIONAL).

¹⁰⁴ LOIANNO, ADELINA. Ob. cit. Págs. 15, 16 y 22.

¹⁰⁵ UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 25. Cita Sentencias T-444 de 1992 y T-340 de 1993 de la CORTE CONSTITUCIONAL.

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992.

¹⁰⁷ Constitución Política. Artículo 42.

¹⁰⁸ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 59-61.

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 4 de mayo de 2006 (Rad. 23.705). M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

¹¹⁰ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 59. Cita a FROSINI. “La estrechez de la relación familiar hace presumir una suerte de comunidad de propósitos entre parientes próximos que en situaciones difíciles permite suponer la autorización implícita para irrumpir en espacios normalmente reservados, mientras no se conozca un rechazo inequívoco del titular. De ahí que suelen aceptarse sin reparo ciertas incursiones en la órbita individual justificadas por circunstancias de gravedad, a condición de que sean realizadas por los familiares más cercanos” (Idem. Pág. 61).

¹¹¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 557.

¹¹² ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 60.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008. Cit. en Idem. Pág. 43. Dijo la Corte: “En el ámbito de las relaciones intrafamiliares, cabe resaltar que todos sus miembros gozan también del derecho a la intimidad, por lo que es predicable igualmente establecer que cae dentro de la órbita de lo íntimo de cada uno de los miembros de la familia aquello que éstos se reservan para sí y no exteriorizan ni siquiera a su círculo familiar más cercano, y que merece el respeto por ser un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones de los otros miembros de la familia, por ser específicamente individual. // En efecto, el derecho a la intimidad reserva, por ejemplo para los cónyuges o compañeros permanentes, un espacio vital de autonomía que garantiza a su vez su derecho a la libertad, el cual no puede soportar injerencias arbitrarias al ser invadido por el otro cónyuge o compañero permanente, sin su consentimiento. Lo anterior, bajo el reconocimiento implícito de la relatividad de los derechos, que implica la exigibilidad de los deberes que corresponden en razón del compromiso de convivencia bajo el mismo techo, y la ayuda y socorro mutuos” (Sentencia T-916 de 2008).

¹¹⁴ “[R]econocerle el derecho a no declarar sobre hechos que incriminen a su propia persona, a su pareja o a sus parientes más próximos, protege a la familia contra factores externos” (Idem. Pág. 60). Dijo la Corte Constitucional: “Igualmente [la Corte] ha considerado que respecto del ámbito familiar, [la intimidad] responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, que para el caso de las relaciones intrafamiliares, es decir, de controversias entre miembros de la familia, se circunscribiría al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo” (Sentencia T-916 de 2008).

¹¹⁵ Idem. Pág. 63.

¹¹⁶ Código Civil. Artículo 73.

¹¹⁷ Código Civil. Artículo 74.

¹¹⁸ Código Civil. Artículo 633.

¹¹⁹ CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 698-700. Para este autor la posición mayoritaria es la que descarta el derecho a la intimidad de las personas jurídicas.

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997.

¹²¹ QUIROGA LAVIÉ. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 608. Para ZAVALA DE GONZÁLEZ solo la persona humana puede ser titular del derecho a la intimidad porque “expresa un interés de sustancia espiritual”. Esto sin perjuicio de deberes concretos de reserva que existen en relación con información que concierne determinada persona jurídica (Idem. Págs. 608 y 609).

¹²² Idem. Pág. 26.

¹²³ Véase, por ejemplo, ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 534.

¹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. “[L]a intimidad puede en ciertas circunstancias ser limitada, pero nunca vulnerada en su núcleo esencial. Lo anterior, porque como derecho que es, no puede ser absoluto” (Sentencia T-501 de 1994).

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007.

¹²⁶ MEJÁN, LUIS MANUEL. Cit. en BASTERRA, MARCELA. *Los derechos tutelados por el habeas data*. Ob. cit. Pág. 243.

¹²⁷ “Los atentados contra la intimidad pueden provenir tanto de los particulares como del Estado” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992).

¹²⁸ GOZAÍNI, OSVALDO. Cit. en MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. Pág. 272.

¹²⁹ “Se hace necesario detenernos y analizar los medios físicos de que se vale el sistema de la información, permitiendo todo tipo de comunicación. A través de ellos se podrá manejar grandes cantidades de datos, en contados minutos, desde y hacia cualquier parte del mundo” (MORAGA DÍAZ, MAGDALENA. Ob. cit. Pág. 226). “El fenómeno de la informática ha puesto una auténtica revolución en el ámbito de los métodos tradicionales para la organización, registro y utilización de informaciones. La dimensión cuantitativa de las informaciones que pueden ser almacenadas y transmitidas es de tal magnitud que ha dado lugar a un auténtico cambio cualitativo, que obliga a considerar el problema de las relaciones entre intimidad e información bajo un nuevo prisma” (PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 337). No se quiere decir con esto que toda violación de la intimidad tenga como requisito la publicidad o la divulgación masiva (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 515 y 516).

¹³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. MORAGA DÍAZ, MAGDALENA. Ob. cit. Págs. 207 a 208. “En los tiempos que corren se ha levantado la necesidad de la defensa de la intimidad con mayor premura, fuerza y decisión que en años pasados ante el avance y derivaciones de la tecnología en las comunicaciones” (CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 600).

¹³¹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 346.

¹³² “Avanzado el siglo XX sutiles medios hicieron posible penetrar y revelar lo privado, aun sin menoscabo de los bienes comprendidos en aquellos supuestos legales del derecho positivo clásico, el que por entonces no hacía hincapié en la intimidad como un derecho subjetivo especial y concreto. A lo que se agrega hoy la acumulación de datos electrónicos y digitales, su permanencia universal y comunicación a través de Internet; las videograbaciones con el pretexto de la vigilancia, seguimiento y seguridad; las grabaciones de la voz y las captaciones de imágenes, traspasado materiales que se les opongán; los minúsculos chips de ubicación y seguimiento; la investigación e identificación genética

utilizando mínimos elementos orgánicos de la persona; la penetración en la personalidad psicológica a través de sistemas estadísticos y estudios de probabilidades; los elementos y drogas que desmantelan la reserva psíquica, etcétera” (CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 602). En palabras de PÉREZ LUÑO, “Hoy es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo, de espacio o de modo, se pueden realizar fotografías en la noche, establecer comunicación simultánea de imagen y sonido con distintos lugares gracias a los circuitos televisivos, dejar involuntariamente el testimonio registrado de la propia imagen o de las conversaciones mantenidas e, incluso, se pueden confesar los propios pensamientos sin el uso de la tortura física y casi inadvertidamente” (Ob. cit. Pág. 346. Cita a FROSINI).

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. Cita a LOSANO, MARIO. FREIXAS GUTIÉRREZ, GABRIEL. *La protección de datos de carácter personal en el derecho español*. Barcelona. Bosch. 2001. Pág. 17.

¹³⁴ GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA. *La protección de los datos personales. Una análisis desde la perspectiva del Derecho Penal*. Navarra. Aranzadi. 2005. Págs. 37 y 38.

¹³⁵ MORAGA DÍAZ, MAGDALENA. Ob. cit. Pág. 215. Desde esta perspectiva adquiere realidad la expresión coloquial “la información es poder” (GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA. Ob. cit. Pág. 33).

¹³⁶ “El encarcelamiento del alma en la sociedad contemporánea, dominada por la imagen, la información y el conocimiento, ha demostrado ser un mecanismo más expedito para el control social que el tradicional encarcelamiento del cuerpo” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992). “En las sociedades informatizadas el poder no reside, pues, en el ejercicio de la fuerza física, sino en el uso de las informaciones, que permite influir y controlar la conducta de los ciudadanos” (GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA. Ob. cit. Pág. 36). “La presencia de una vigilancia no deseada disuade de realizar todo aquello que el individuo quisiera hacer fuera del alcance de la percepción ajena y por consiguiente recorta la autonomía en la determinación de su obrar” (ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 29).

¹³⁷ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 346.

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. En esta Sentencia la Corte alude, a propósito del almacenamiento de datos, al “derecho al olvido”, al cual se refiere también en Sentencia C-1066 de 2002. En los fallos SU-082 y SU-089 de 1995 se hace referencia al “derecho a la caducidad del dato negativo” (Cit. en UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 218).

¹³⁹ Al respecto, véase lo dicho por BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Págs. 259 a 260. “Las posibilidades de almacenamiento, tratamiento y control de la información que ofrece la Informática la convierten con frecuencia en un instrumento de presión y control social que amenaza la libertad del individuo” (GÓMEZ NAVAJA, JUSTA. Ob. cit. Pág. 33). “Esta amenaza latente para el ejercicio de las libertades, que obedece a las condiciones en las que se desarrolla la vida colectiva de nuestra época caracterizada por la revolución tecnológica, se ha hecho particularmente acuciante en relación con el derecho a la intimidad” (PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 345 y 346).

¹⁴⁰ BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Pág. 259.

¹⁴¹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 345. No han faltado las voces más pesimistas que se han aventurado a pronosticar que la intimidad es un derecho llamado a desaparecer (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 470).

¹⁴² BASTERRA, MARCELA. *Prueba y medios de comunicación. La cuestión constitucional*. Ob. cit. Pág. 281. “Para que el individuo pueda protegerse de esos peligros [los derivados de las nuevas tecnologías y en especial de la informática] es preciso garantizarle algo más que la clásica esfera privada del sujeto, es preciso reconocer al individuo las facultades necesarias para que pueda controlar y disponer libremente de sus propios datos personales como garantía última de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad” (ARENAS RAMIRO, MÓNICA. Ob. cit. Pág. 378).

¹⁴³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 468 y 469.

¹⁴⁴ TOURAINE, ALAIN. Cit. en GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 15. Es “indispensable la protección del derecho a la intimidad del individuo frente al celo del Estado por defender *intereses generales*” (GÓMEZ NAVAJA, JUSTA. Ob. cit. Pág. 34).

¹⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008. En esta providencia la Sala alude a una tercera forma de afectación de la intimidad que consiste “en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales”, aspecto que, como la misma Corte lo advierte, se relaciona más bien con los derechos a la honra y al buen nombre.

¹⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996.

¹⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1270 de 2000. Cit. en Sentencia T-916 de 2008.

¹⁴⁸ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 78.

¹⁴⁹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires. Víctor P. De Zavalía. 1972. Pág. 14.

¹⁵⁰ LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I. 8ª ed. Bogotá. Dupré Editores. 2002. Pág. 61.

¹⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996.

¹⁵² PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de derecho probatorio*. 18ª ed. Bogotá. Ediciones Librería del profesional. 2011. Pág. 68.

¹⁵³ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Pág. 13.

¹⁵⁴ CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *La sana crítica. Sistema de valoración de la prueba judicial*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2007. Pág. 26.

¹⁵⁵ FICHTER, JOSEPH. Cit. en *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 27.

¹⁵⁷ MARTÍNEZ SILVA, CARLOS. Cit. en *Ibidem*.

¹⁵⁸ CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Ob. cit. Pág. 29.

¹⁵⁹ BRICHETTI, GIOVANNI. Cit. en *Ibidem*. Pág. 30. Dice TARUFFO que “El tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho, a quien quiera tener una visión del mismo no reducida a unos pocos y no muy significativos fragmentos” (TARUFFO, MICHELE. Cit. en *Ibidem*. Pág. 343). Véase también DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Págs. 9-11.

¹⁶⁰ TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta. 2002. Págs. 327-328.

¹⁶¹ CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Ob. cit. Pág. 30.

¹⁶² CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *La Sana Crítica. Sistema de valoración de la prueba judicial*. Pág. 35.

¹⁶³ PLANIOL Y RIPERT. Cit. en *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona. J. M. Bosch. 1996. Págs. 14 y 15.

¹⁶⁶ Cit. en CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *La sana crítica. Sistema de valoración de la prueba judicial*. Ob. cit. Pág. 31.

¹⁶⁷ DOHRING, ERICH. Cit. en CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Ob. cit. Pág. 390.

¹⁶⁸ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Pág. 14.

¹⁶⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo se hace un proceso*. Ob. cit. Pág. 33.

¹⁷⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO. Cit. en DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Pág. 13.

¹⁷¹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Págs. 12 y 13.

¹⁷² Idem. Pág. 19. Asimismo, se han propuesto múltiples clasificaciones para agrupar las distintas definiciones doctrinales de prueba: la objetiva, la objetiva más general, la subjetiva; la integral (Idem. Págs. 20-28).

¹⁷³ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Págs. 114-117. PARRA QUIJANO, JAIRO. Ob. cit. Págs. 68 y 69. CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Ob. cit. Págs. 672-674.

¹⁷⁴ En relación con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil aclara HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO que “no es posible predicar la regla de “toda decisión judicial”, que como es bien sabido se hallan contenidas en las providencias judiciales, pues de así suceder se desconocería que en el campo de los autos, especialmente los de sustanciación, no es menester que se cumpla lo anterior por no requerirse, para impulsar el proceso o resolver ciertas solicitudes de prueba alguna y no por eso dejan de ser decisiones judiciales. // Se debe entender que la disposición se predica de aquellas decisiones judiciales que conllevan la resolución de determinada circunstancia donde sea menester formar el convencimiento del juez por medios externos, como sucede siempre con las sentencias y ciertos autos interlocutorios donde se definen asuntos de importancia como son los que tienen trámite incidental” (*Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo III. Pruebas. Bogotá. Dupré Editores. 2001. Págs. 27 y 28).

¹⁷⁵ Código de Procedimiento Civil. Artículo 174.

¹⁷⁶ “Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior” (DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Pág. 115).

¹⁷⁷ PARRA QUIJANO, JAIRO. Ob. cit. Pág. 68.

¹⁷⁸ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Págs. 18 y 19

¹⁷⁹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Págs. 34 y 35.

¹⁸⁰ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Págs. 37 y 38.

¹⁸¹ Idem. Págs. 15 y ss.

¹⁸² Idem. Págs. 21 a 30. Así discurre la SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sobre este derecho en Sentencia del 28 de junio de 2005 (Rad. 7901). M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO: “El derecho a presentar pruebas y a controvertirlas se traduce, entonces, en un derecho a la prueba, mejor aún, en un derecho a probar los hechos que determinan la consecuencia jurídica a cuyo reconocimiento, en el caso litigado, aspira cada una de las partes. Se trata de una aquilatada garantía de acceso real y efectivo a los diferentes medios probatorios, que le permita a las partes acreditar los hechos alegados y, desde luego, generarle convencimiento al juez en torno a la pretensión o

a la excepción. Al fin y al cabo, de antiguo se sabe que el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado (*iuxta allegata et probata iudex iudicare debet*), razón por la cual, quienes concurren a su estrado deben gozar de la sacrosanta prerrogativa a probar los supuestos de hecho del derecho que reclaman, la que debe materializarse en términos reales y no simplemente formales, lo cual implica, en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del Juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia”.

¹⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, podría configurarse en estos casos un “defecto fáctico”, el cual, bajo determinados supuestos, haría viable la procedencia de la acción de tutela contra la respectiva providencia judicial, como se precisará más adelante.

¹⁸⁴ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Pág. 39. Explica este autor que “Los límites del derecho a la prueba constituyen los criterios o pautas con que cuenta el órgano jurisdiccional a la hora de permitir la realización de la actividad probatoria necesaria para formar su convicción y resolver la cuestión litigiosa” (Idem. Pág. 117). Éstos pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros “se concretan en aquellos presupuestos o condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba, siendo éstos, a nuestro entender, la pertinencia y la licitud de la misma”. Los últimos “hacen referencia a las formalidades y cauces procedimentales imprescindibles para ejercitarlo válidamente” (Idem. Págs. 40 y 41).

¹⁸⁵ Hay una corriente que promueve la flexibilización de los límites del derecho a la prueba, en aras de favorecer la máxima actividad probatoria posible y de garantizar este derecho - *facultas probationum non est angustanda*- (Idem. Págs. 119 y 121).

¹⁸⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Pág. 440.

¹⁸⁷ Cit. en MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 116 a 117.

¹⁸⁸ JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO. *Distribución de la carga de la prueba. Su flexibilización en el derecho procesal contemporáneo*. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Tomo V. Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2010. Págs. 134-136.

¹⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Ob. cit. Pág. 35.

¹⁹⁰ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Pág. 35.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008.

¹⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-011 de 1992.

¹⁹⁴ COUTURE, EDUARDO. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma. 1978. Pág. 194.

¹⁹⁵ BERNAL CUELLAR, JAIME Y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal*. 4ª ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002. Pág. 69.

¹⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002. Cita sentencias T-442 de 1994; T-285 de 1995; T-416 de 1995; T-207 de 1995; T-329 de 1996; T-055 de 1997 y C-412 de 1993.

¹⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 2008.

¹⁹⁸ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 19.

¹⁹⁹ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 78.

²⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 787 de 2004. Cit. en Sentencia T-916 de 2008.

²⁰¹ En Sentencia T-444 de 1992, la CORTE CONSTITUCIONAL consideró que una de las normas constitucionales conexas con el derecho a la intimidad es el artículo 33 de la Carta Política, posición reiterada, años más tarde, en Sentencia T-916 de 2008. Es generalmente aceptado que el derecho de no autoincriminación constituye una garantía autónoma, no obstante lo cual debe anotarse su convergencia con el derecho a la intimidad en su faceta como derecho a la reserva, a guardar silencio. De hecho, la confesión tiene como requisitos ser libre, voluntaria y espontánea. Así lo explicó la Corte en Sentencia C-782 de 2005 al referirse a la constitucionalidad del artículo 394 de la Ley 906 de 2004: “En la filosofía que orienta la adopción de un determinado sistema penal, ahora el acusatorio, existen garantías constitucionales producto de luchas de la humanidad que no son renunciables; por el contrario, deben ser maximizadas por estar de por medio el principio constitucional a la libertad individual y el respeto a la dignidad humana. Ahora, no significa lo anterior, que el procesado no pueda optar dentro de su libre autonomía, por confesar el delito por el cual se le incrimina, caso en el cual previo el cumplimiento de los requisitos legales, al juez le corresponderá valorar ese medio de prueba, pero solamente sobre el supuesto de la absoluta libertad y espontaneidad de quien confiesa, pues en caso contrario se trataría de la provocación forzada de una confesión, circunstancia que se traduce en un verdadero atentado contra la dignidad humana, la libertad y la autonomía de la voluntad. Para la Corte es claro que la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, tiene el derecho de guardar silencio y de reservarse datos o hechos que puedan resultar perjudiciales para sus intereses y los de sus allegados”. Posición que ha sido prohijada también por la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: “Resalta la Sala, conforme lo transcrito y en refutación de lo argumentado por la fiscalía y la representación de la víctima, que el derecho a guardar silencio no se elimina de manera absoluta por el solo hecho de acceder a acudir el acusado como testigo, y que, además, esa declaración debe garantizar que no se le induzca o provoque su confesión, en cuanto límites concretos que ha de respetar el fiscal al momento de interrogar, y hacer cumplir el juez de conocimiento, en cuanto máximo garante de los derechos de las partes y, en especial, del acusado” (Auto del 26 de octubre de 2007 (Rad. 27.608). M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXVII. No. 434. Bogotá. Legis. Febrero de 2008. Pág. 221).

²⁰² Cit. en MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 112.

²⁰³ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 51.

²⁰⁴ “Si se comprobare científicamente que los hipnotizados hablan, o se manifiestan con lenguaje gesticular en estado de inconciencia, lo dicho por ellos podría no ser admisible desde el punto de vista jurídico, por atentar contra garantías fundamentales de sí mismos y de otros implicados si fuere el caso, pues la voluntad, la plena conciencia y libertad son requisitos indispensables de varios medios probatorios en los que puede intervenir un implicado, entre ellos la indagatoria, el testimonio y la confesión” (CORTE SUPREMA DE

JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 4 de mayo de 2006 (Rad. 23.705). M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO).

²⁰⁵ No obstante la Corte no se manifestó en términos absolutos en contra de esta práctica, señalando que bajo determinadas circunstancias sería viable -si se realiza por peritos médicos con respeto por la dignidad humana y las declaraciones son ratificadas de forma libre y espontánea por declarante-, en el caso concreto termina desechándose la presunta confesión por ilegítima, por “intolerable desde la órbita Constitucional”.

²⁰⁶ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 51. “Esto se relaciona con el narcoanálisis como método de entrometerse en la conciencia, independientemente del mayor o menor alcance subjetivo de tal intromisión. El llamado “suero de la verdad”, o también “detector de mentiras”, está repudiado porque ataca la personalidad del hombre, aunque se pretenda usarlo como sistema de investigación judicial. Constituye un medio de violencia moral inadmisibles, condenado por aquella norma constitucional que establece que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (...). El uso de sustancias narcóticas para escudriñar y descubrir las ideas de los sospechosos o acusados, los pensamientos y recuerdos enterrados en las capas más profundas del psiquismo, debe rechazarse porque representa un ataque a la persona” (CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 656-657. Cita a DE CUPIS).

²⁰⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 521 y 522. Entre estas sustancias se citan: el actedrón, el pentotal y las drogas barbitúricas. A juicio de SANTOS CIFUENTES, estas sustancias son inadmisibles. Más aún, pueden provocar “la revelación de muchas otras intimidades que no tienen relación con lo que se investiga; es un verdadero desnudamiento del alma, inadmisibles y fuera de lugar” (Ob. cit. Pág. 657).

²⁰⁸ Ob. cit. Pág. 656.

²⁰⁹ FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA Y BELLA GABRIELA MARÍA. *Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal*. En ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 41. “En este caso se advierte sobre el riesgo de una simplificación excesiva. Ello es así ya que los resultados pueden ser más o menos concluyentes y en su caso presentar margen de error; es decir, no proporcionan un diagnóstico definido o definitivo. Por tal motivo es frecuente que se realice un segundo examen con el objeto de corroborar el primero” (Ibidem).

²¹⁰ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 144.

²¹¹ Tratadistas y sentenciadores han identificado otros derechos que también pueden verse afectados con estas actividades, como son la autonomía personal, la libertad y el derecho de no autoincriminación, por citar algunos (RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. *Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal del 2004, análisis de la sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional Colombiana*. En Revista Universitas. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2007. Págs. 233 y 236 y ss.). Véase también CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. En palabras de M. ISABEL HUERTAS MARTÍN, a propósito del proceso penal, “La realización de este tipo de medidas sobre el cuerpo del imputado no deja indemnes determinados derechos fundamentales, sino que implica, necesariamente, si no una directa vulneración sí al menos una cierta afectación en los mismos, por lo que se hace preciso en este momento analizar la magnitud de la misma que, obviamente no dependerá únicamente de la medida en sí, sino también del modo de su ejecución”. Entre dichos derechos la citada autora menciona la dignidad personal, la integridad física, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, la libertad, la intimidad

y el derecho a guardar silencio (*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona. Bosch. 1999. Págs. 373-387). Sobre su carácter incriminatorio y la presunta violación del derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, existen posiciones contradictorias en la doctrina y en la jurisprudencia: de una parte, en reiteradas ocasiones se ha dicho que someterse a alguna de las formas de investigación corporal no corresponde a la emisión de una declaración en determinado sentido, sino a una forma de colaboración en la práctica de un examen con resultado incierto. Así lo sostiene la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, en Sentencia del 12 de mayo de 2005 (Rad. 19.733). M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO: “La práctica de ese tipo de pruebas, sin perjuicio de la garantía de no autoincriminación, aunque supeditada al respeto de la dignidad humana, no busca que el individuo reconozca ciertos hechos o circunstancias, sino que se trata de pericias de resultado incierto” (En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXIII. No. 392. Bogotá. Legis. Agosto de 2004. Págs. 1176 a 1179). Para ASCENCIO MELLADO la declaración es una conducta “positiva”, mientras que someterse a una investigación corporal configura una conducta “negativa”, por lo cual no son escenarios equiparables. Para otro sector de la doctrina el efecto práctico en uno y otro caso es el mismo. Por ejemplo, para HUERTAS MARTÍN es irrelevante si la conducta es positiva o negativa, pues, en uno y otro evento el resultado puede ser incriminatorio (Sobre este debate véase HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 383-387. Véase también ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 525). A este respecto, afirma el autor argentino GERMÁN BIDART CAMPOS que “cuando la Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí misma está poniendo una valla a toda prueba coactiva que afecte la integridad física, psíquica o moral de la persona” (Cit. en FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Pág. 58). Para este tratadista, “inferir consecuencias de la negativa del demandado a soportar una prueba tan íntima como es prestar su propio cuerpo a una prueba biológica, es tanto como volver en contra del justiciable la análoga negativa a declarar contra sí mismo”. Y añade, “Si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración, no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se presente a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo” (BIDART CAMPOS, GERMÁN. Cit. en GHERSI CARLOS. Ob. cit. Pág. 79). Por eso, para BIDART CAMPOS debe prevalecer el derecho a la no autoincriminación. Más aún, según la concepción de algunos autores, la presunción de inocencia avalaría un comportamiento pasivo del imputado, quien no estaría obligado a colaborar con la investigación adelantada en su contra, por lo cual su silencio, inactividad u oposición no podrían generar consecuencias adversas (FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Págs. 54 a 58). También se han formulado reparos frente a las pruebas o controles de alcoholemia, respecto de las cuales algunos autores se han preguntado si cabe sostener que su práctica es autoincriminatoria (ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Págs. 21 y 22), interrogante que GHERSI resuelve señalado que la práctica de esta prueba no viola el derecho a no declarar contra sí mismo, pues, “no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a una declaración contra sí mismo” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 81). Sobre este debate puede verse HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 423 y ss.

²¹² Sobre el origen de estas denominaciones véase CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. Según esta Corporación, los términos citados son respectivamente de origen español, alemán (“*körperliche Untersuchung*”), inglés (“*intimate search*”) e italiano (“*ispezione personale*”).

²¹³ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 230. Este autor acoge el término “intervenciones corporales”, elección que justifica así: “Las intervenciones corporales se caracterizan por interferir directamente en el cuerpo y la psiquis de la persona. Dada esta interferencia directa, se prefiere el término intervención que otros términos que son usuales en la legislación y la doctrina, ya que es el que define mejor esta materia. Así, intervenir da la idea de que se trata de una actuación heterónoma o externa que se sobrepone a la voluntad del individuo, y además, indica mejor la interioridad del cuerpo humano, que términos como los de registro o inspección” (Ibidem).

²¹⁴ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS. Cit. en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

²¹⁵ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 229.

²¹⁶ Idem. Pág. 231.

²¹⁷ Idem. Pág. 232.

²¹⁸ “En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía. // Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005).

²¹⁹ “En materia de registro incidental a la captura ordenado por un juez de conformidad con las leyes vigentes, éste se practica en el momento mismo de la captura o inmediatamente después de ésta, y tiene como finalidad asegurar la eficacia misma de la captura, y así, detectar armas que puedan ser usadas en contra de las autoridades que realizan la captura y causar daños a su vida o su integridad personal, o que pueden ser empleadas para facilitar la huída de la persona capturada. Igualmente tiene como finalidad proteger de la destrucción o el ocultamiento elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentren en posesión de la persona capturada. Comprende, por lo tanto, la revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física éstos pueden ser usados para ocultar armas o evidencia física. // Para que tal registro incidental a la captura sea constitucionalmente admisible, se requiere que (i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de órganos sexuales y senos porque ello implicaría una afectación de los derechos de la persona capturada que sólo podría tener lugar con autorización judicial previa. Excepcionalmente, el registro incidental sin orden judicial previa de los órganos sexuales y los senos del

imputado o imputada será posible, cuando sea visible o manifiestamente notorio que en dichos lugares se ocultan armas que puedan ser empleadas para impedir la captura o facilitar la huida. En todo caso, las autoridades encargadas de practicar dicha medida, deberán observar toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana del capturado” (Ibidem).

²²⁰ “En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma” (Ibidem). “[S]i en desarrollo de esa actividad los servidores de la Policía Nacional llegaren a descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física “como los mencionados en este código (...), los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente (...)”, y los pondrán de inmediato a disposición de la Policía Judicial” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 21 de marzo de 2007 (Rad. 25.583). M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXVI. No. 428. Bogotá. Legis. Agosto de 2007. Págs. 1341-1342).

²²¹ Al respecto, advierte HUERTAS MARTÍN, con fundamento en la obra de FERNÁNDEZ ENTRALGO, que los cacheos preventivos a cargo de la Fuerza Pública no pueden ser arbitrarios o caprichosos, sino basados en razones o criterios objetivos, comoquiera que son, en cierto grado, restrictivos de derechos fundamentales como la intimidad y la libertad de locomoción. “Es por ello que cuando no existen dichas razones o criterios objetivos, la actuación policial constituiría un acto vulnerador de derechos fundamentales y en consecuencia, aunque haya tenido como resultado la revelación de la perpetración de un delito, no podrá ser utilizado en el proceso como prueba de cargo” (Ob. cit. Págs. 415-418).

²²² ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 143. En relación con este punto expresa HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL (Ob. cit. Págs. 415-422): “La práctica de un cacheo o registro personal superficial implica, además de la lógica necesidad de privar de libertad deambulatoria al sujeto que va a ser objeto del mismo, una intromisión, aunque sea leve, en su derecho a la intimidad, por lo cual será necesario que la práctica de esta diligencia esté rodeada de una serie de garantías, entre ellas (...) una rigurosa aplicación del principio de proporcionalidad”. Tales garantías son para la citada autora la existencia de una norma legal habilitante de la actuación, la observancia del principio de proporcionalidad y la exclusión de la arbitrariedad. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 21 de marzo de 2007 (Rad. 25.583). M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, en la cual, sobre el particular, se señala que “dicho registro no conlleva una afectación o restricción de derecho fundamental alguno que amerite la intervención judicial” (En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXVI. No. 428. Bogotá. Legis. Agosto de 2007. Págs. 1341-1342).

²²³ HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 414-415.

²²⁴ Precisamente, la definición del término “cachear” contenida en el diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA es “Registrar a alguien para saber si oculta objetos prohibidos, como armas, drogas, etc.”.

²²⁵ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 47. Cita Sentencia T-220 de 2004 de la CORTE CONSTITUCIONAL.

²²⁶ Idem. Pág. 136.

²²⁷ Idem. Pág. 47.

²²⁸ HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 380.

²²⁹ Idem. Pág. 371.

²³⁰ Este ha sido un punto de debate en la doctrina y en la jurisprudencia allende los mares, como lo refiere la autora española M. ISABEL HUERTAS MARTÍN: para el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL español “no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o rectado de la persona”; postura criticada, entre otros, por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, MONER MUÑOZ y HUERTAS MARÍN (Idem. Págs. 381-383).

²³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

²³² “Las pruebas biológicas son pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas” (FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Pág. 48). La definición anterior alude a la posibilidad de extraer las muestras requeridas de un cadáver, hipótesis frente a la cual, aún en los casos en que se requiere la exhumación, se ha dicho, no sin algunas posiciones en contra, que los derechos a la integridad corporal y a la intimidad se extinguen con la muerte y que la oposición de los familiares del difunto tiene un peso relativamente menor frente a los intereses públicos inmersos en el proceso (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 32).

²³³ Para el autor colombiano LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO estas medidas tienen naturaleza de prueba pericial, pues, como señala IGLESIAS CANLE, “La pericia debe estar presente a lo largo de todo el proceso de obtención de estas medidas. Desde un primer momento resulta esencial, para garantizar los derechos de las personas afectadas, la presencia de un perito o experto en la materia que, con la adecuada preparación sepa orientar al juez a la hora de decretar la intervención corporal más adecuada y, lo más importante, sepa realizarla sin causar más daño que el estrictamente necesario y con todas las garantías para que los resultados que se obtengan sean fiables”. En este aspecto radica otra de las diferencias entre las investigaciones corporales y los registros policivos (Ob. cit. Pág. 233).

²³⁴ “La prueba de ADN es la reina de las pruebas biológicas y su resultado se obtiene con un cálculo de probabilidades, esto es, tomando como base una tabla de frecuencias referidas a la inclusión o exclusión de la identidad” (FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Pág. 51). Véase también GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Págs. 33 y ss. Esta prueba propende, en suma, por la identificación de las personas. Valga anotar que éste ha sido un terreno de notable evolución científica y perfeccionamiento (Idem. Págs. 23 y ss.), no obstante lo cual no se debe descartar su falibilidad.

²³⁵ Tan es así que en todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, el juez debe ordenar de oficio su práctica, según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 721 de 2001. De hecho, la utilización de pruebas biológicas en los procesos de filiación está expresamente prevista en la legislación colombiana desde la Ley 75 de 1968. Sin embargo, son pertinentes las aclaraciones formuladas por la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-476 de 2005: “Así, no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba

científica que se ha aludido con exclusión de las demás pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto “porcentaje de certeza” que constituye “índice de probabilidad” que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios de prueba permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial. // No puede el perito sustituir al juez del Estado, pues el dictamen es un medio de prueba que jamás puede confundirse con la sentencia. Una es la labor del auxiliar de la administración de justicia y otra muy distinta la que corresponde al juez que en ejercicio de la competencia que se le asigna por la ley para el efecto al dictar sentencia manifiesta la voluntad del Estado para el caso concreto y conforme a la ley. Por ello el dictamen pericial a que se refiere la Ley 721 de 2001 se encuentra sometido, como cualquier otro, a las formalidades y a los requisitos de fondo exigidos por la ley y rige respecto del mismo el derecho de contradicción y la necesidad de la publicidad de la prueba, sin los cuales carece de validez. En tal virtud podrán las partes discutir, desde el principio, la idoneidad científica de quienes practiquen la prueba lo que incluye no solo a los profesionales sino a los laboratorios que actúen en la toma de las muestras que se requieran tanto respecto del padre presunto, de la mujer que se dice ser la madre, como del hijo cuya filiación se investigue y, cuando fuere el caso, de los parientes de estos e inclusive, podrá discutirse acerca de estos y otros asuntos cuando hubiere necesidad de la exhumación de un cadáver para la práctica de tales exámenes”.

²³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

²³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 12 de mayo de 2005 (Rad. 19.733). M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXIII. No. 392. Bogotá. Legis. Agosto de 2004. Págs. 1176 a 1179. No menos elocuente es la elucidación formulada a esta providencia por el Magistrado ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN en el sentido de rechazar en forma absoluta el recurso a cualquier tipo de coacción a la hora de practicar estas medidas, así: “No veo como pueda ser posible, especialmente porque ello implicaría que el Estado impusiera su poder para sojuzgar a una persona hasta que permitiera el análisis de su intimidad corporal, más exactamente espiritual y cerebral. // Ningún ser humano tiene la obligación de acceder a la prueba que sobre su integridad totalizada quiera ejecutar un investigador o un juzgador (...). // La pregunta: ¿Qué puede hacer un fiscal o un juez para compeler a un sindicado a que se deje practicar una prueba como la señalada? // La respuesta: por supuesto, nada”.

²³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 28 de junio de 2005 (Rad. 7901). M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Agrega la Sala: “Desde luego que siendo necesaria su intervención, principalmente en las pruebas que requieren el análisis del ADN, su simple negativa, por reiterada que ella sea, lo mismo que sus evasivas y, en general, los comportamientos que develen la intención de impedir que se recaude la prueba, no pueden traducirse en que el Juez deba –sin más- clausurar la oportunidad para practicar esa probanza, pues aunque es indiscutible que tan reprochable comportamiento constituye un indicio que no es de poca relevancia -como suele verse en múltiples providencias judiciales-, también lo es que para salvaguardar el referido derecho a probar, esto es, para no mancillarlo, en estrictez, debe el Juez adoptar las medidas racionales que considere necesarias para remediar y sancionar un acto que, como el señalado, es abiertamente contrario a la Constitución, en cuanto que toda persona tiene el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (num. 7º, inc. 3, art.

95 C.Pol.), “máxime cuando de su concurso depende en buena medida el esclarecimiento de los hechos materia del debate y los caros intereses que están comprometidos en los procesos de filiación” (cas. civ. de 30 de noviembre de 2004; exp.: 0087-01)”. Al respecto, anota HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL (Ob. cit. Pág. 411): “considero que existen suficientes y relevantes intereses en juego como para que la negativa injustificada del imputado a colaborar, cuando esta colaboración resulta imprescindible, no pueda convertirse en una suerte de refugio de impunidad, por lo que es preciso que el comportamiento injustificado obstruccionista del sujeto pasivo del proceso tenga una serie de repercusiones, manifestadas en toda ocasión a través de la valoración que el juzgador realice de su negativa al sometimiento”.

²³⁹ Así lo señala GHERSI en relación con los procesos de filiación, en los que se encuentran involucrados el derecho a la identidad y a la familia, así como el orden público. En palabras del autor, “Sin lugar a dudas, en estos supuestos prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en la que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 77). Y luego afirma: “El derecho de una persona a conocer sus orígenes biológicos irrenunciables es más valioso que el derecho a la intimidad” (Idem. Pág. 80).

²⁴⁰ Idem. Pág. 78.

²⁴¹ HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 402-413. Se pregunta esta autora si el sometimiento a dichas medidas debe entenderse como obligación o bien como carga procesal. De acogerse la primera tesis, el incumplimiento de la obligación podría derivar en una de dos posibilidades: una sanción jurídica o el empleo de la fuerza física como vía ejecutiva. Entendido como carga procesal, la negativa injustificada al sometimiento a la medida implicaría una desventaja procesal consistente en valorar dicha conducta como indicio en contra del requerido. Para la tratadista española esta última es la solución más adecuada de cara a la protección de los derechos del destinatario de la medida, por un lado, y la consecución de los fines del proceso, por el otro.

²⁴² RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Págs. 240 y 241.

²⁴³ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. pág. 77.

²⁴⁴ FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Págs. 54-58. Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 536 y 537. “[S]erá menos ofensivo de la intimidad y de la dignidad humana el examen corporal que se practique venciendo la resistencia de la persona con la mera orden de la autoridad judicial o con el anuncio de la privación legítima de una ventaja o de la imposición de una consecuencia jurídica adversa, que cuando para vencerla se requiere el uso de la coacción, recurso éste cuya legitimidad parece estar totalmente descartada si se tiene en cuenta que puede implicar un trato cruel, inhumano y degradante” (ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 168 y 169).

²⁴⁵ “El reclamo omnicompreensivo de eticidad que fácilmente se escucha en nuestra sociedad alcanza al ámbito del proceso y se traduce en atribuir consecuencias favorables o desfavorables al comportamiento procesal, que el juez debe hacer efectivas” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 78).

²⁴⁶ Partidaria de esta postura es HUERTAS MARTÍN para quien así se asegura “cierto margen de autonomía” del imputado “para poder decidir su propia actuación y su propia estrategia procesal, de manera tal que podrá, libre y concientemente, elegir entre el sometimiento o bien en acarrear con las consecuencias desfavorables de su negativa, sin que, ante ésta, sea

sometido por la fuerza y contra su voluntad a la realización de un acto que además es invasivo de sus derechos fundamentales” (Ob. cit. Pág. 411).

²⁴⁷ Uno de los tratadistas que defienden la postura según la cual la negativa a permitir la práctica de la prueba genética configura una presunción en contra del requerido es CARLOS RAÚL PONCE para quien debe prevalecer el derecho a la identidad personal (*Prueba en poder de la parte contraria. Postergación de la bilateralidad*. En ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 244).

²⁴⁸ En el entendido que el requerido “está en mejores condiciones de probar”, porque es el único que puede aportar la prueba biológica (BILESIO, JULIANA Y GASPARINI, MARISA. *La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los juicios de filiación*. En PEYRANO, JORGE W. (Director) y LÉPORI WHITE, INÉS (Coordinadora). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe (Argentina). Rubinzal – Culzoni. 2004. Pág. 524).

²⁴⁹ Para algún sector de la academia esta postura contraría el principio de intervención mínima del Derecho Penal al existir otras alternativas igualmente eficaces de cara a los fines del proceso. Además, una sanción de este resorte podría contrariar el principio de proporcionalidad (HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 404).

²⁵⁰ Por ejemplo, a propósito de los exámenes de sangre, anota GHERSI: “no cabe aplicar la compulsión física para forzar la realización de la prueba hematológica” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 70). Sobre el mismo punto, en relación con el proceso penal, HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL (Ob. cit. Pág. 409) puntualiza que medidas como el recurso a la fuerza física “relegan realmente y sin ambages al imputado a la condición de mero objeto en el proceso, imputado que además, no lo olvidemos, es inocente mientras no se demuestre lo contrario”. Para ROJAS GÓMEZ, “Suprimir la voluntad de la persona por medio de la fuerza física para intervenir su cuerpo no parece aceptable siquiera con la excusa de atender las necesidades probatorias del proceso judicial, ni aun cuando del examen corporal dependa de la defensa de los intereses constitucionales prevalentes, pues la proscripción de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, al igual que la de la tortura, es el límite mínimo que el derecho internacional de los derechos humanos impone a la actividad del Estado como barrera infranqueable, protectora de la dignidad humana” (Ob. cit. Pág. 169).

²⁵¹ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 245.

²⁵² Por ejemplo, según GHERSI, “como el examen de sangre es inocuo para la salud, se debe desconfiar de una negativa injustificada” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 78).

²⁵³ HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 413.

²⁵⁴ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 82.

²⁵⁵ Constitución Política. Artículo 12.

²⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Cit. en FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Págs. 64 y 65.

²⁵⁷ “A poco que se mire, de esta regulación legal aparecen de inmediato conflictos que se plantean entre los intereses constitucionales como los de hacer justicia por parte del Estado con respecto a los derechos fundamentales del imputado o de la víctima como la integridad física, la libertad de locomoción, la libertad de autodeterminación, la intimidad y el derecho a la no autoincriminación en la obtención de la prueba. Esta situación conflictiva entre bienes y derechos constitucionales en la práctica de medidas que utilizan el cuerpo humano como instrumento de prueba, plantea como problema básico: ¿cuáles de estas medidas pueden ser constitucionalmente admisibles, y bajo cuáles presupuestos mínimos lo podrían ser? Este problema básico conlleva a plantear los siguientes cuestionamientos: el papel que

tiene el principio de proporcionalidad al que hace referencia la Corte Constitucional en la C-822 del 2005 con respecto a las intervenciones corporales; y la problemática de la fuerza efectiva y las cargas y obligaciones procesales en este tipo de intervenciones” (RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 229).

²⁵⁸ “Uno de los temas que mayor controversia genera en el derecho procesal penal es el de la práctica coactiva de medidas de investigación sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros, que impliquen la exploración del cuerpo desnudo, de sus cavidades naturales, o la obtención de muestras corporales tales como saliva, sangre, semen, entre otras” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005). Pero aclaramos que no se trata de una práctica reservada al proceso penal, pues, también la prevé el Código de Procedimiento Civil, artículo 246, numeral 5º, como una de las especies de la inspección judicial denominada “inspección de personas”. No obstante lo anterior, en la sentencia citada, la Corte da a entender que se trata de una medida que, en principio, debe reservarse, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, a la investigación de los delitos que se consideran de mayor gravedad.

²⁵⁹ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Págs. 245 y 246.

²⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 12 de Mayo de 2004 (Rad. 19.733). M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

²⁶¹ Así se refiere la doctrina al progreso de estas pruebas: “como observa ZANGANI, hoy las cosas han cambiado profundamente, y los progresos de la ciencia criminalística, de la policía científica en general y de los laboratorios médico-legales en especial, permiten no raramente una contribución determinante, en particular en los delitos contra la vida y la incolumidad individual y contra la libertad sexual, con pruebas objetivas directas e inmediatas de la culpabilidad y también de la inocencia del sujeto pasivo del proceso” (HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 371 y 372). Particular atención merecen aquellos medios de prueba que tienen un alto grado de aceptación científica, es decir, que tienen un escaso “margen de error”, y que, por lo mismo, suelen ser muy apreciados en desarrollo de la actividad judicial, como ocurre, por vía de ilustrativo ejemplo, con la prueba genética, a efecto de determinar la identidad o el parentesco de una persona. Dice ARAZI: “Existe una íntima vinculación entre la prueba ilícita y la prueba científica, pues los mayores casos de ilicitud, aun cuando no todos, paradójicamente se advierten en supuestos en que existe menor margen de error en relación con su resultado, y ello se logra mediante la utilización de medios científicos. Se produce entonces un conflicto entre la necesidad de conocer la verdad en el proceso, con un medio de prueba privilegiado, y el respeto irrestricto a los principios del debido proceso y el derecho de las partes, no sólo de intervenir en forma amplia en la producción de la prueba, sino también de no ser sometido a vejámenes o violencia y a respetar su intimidad” (ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 12).

²⁶² RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Págs. 246 y 247.

²⁶³ Sobre el particular, en Sentencia del 28 de junio de 2005, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, dijo la SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: “De igual manera, puede [el juez] ordenar una inspección al lugar de habitación o de trabajo de la persona, en orden a obtener objetos -o material humano- en los que pueda estar presente una huella biológica de la misma (cabellos, saliva, etc.), todo ello -conforme a las circunstancias- con el auxilio de los organismos del Estado especializados en ese laborío, para que, establecida claramente la pertenencia al sujeto requerido (autenticidad, en sentido lato), puedan ellos servir de soporte para verificar el examen pertinente. Más aún,

con el fin de materializar el deber que tiene toda persona -incluidos los terceros- de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (num. 7, art. 95 C. Pol.), el Juez puede disponer que la prueba en cuestión se practique con los consanguíneos del presunto padre, de modo que, a partir de la determinación del perfil genético de éste, se posibilite la realización de aquella, siendo claro que la renuencia de los parientes también da lugar a la adopción de medidas similares a las ya reseñadas. En fin, puede el Juez ordenar cualquier medida lícita -se reitera-, que en el marco del Estado Social de Derecho colombiano, le permita recaudar la prueba decretada, más allá de la negativa o de la renuencia del demandado -o de sus parientes- a practicarla, la que debe ser conjurada, en los términos ya expuestos, so pena de incurrir en una nulidad, como ya se advirtió”. Y añade: “Ahora bien, que el juez deba agotar los mecanismos legítimos que sean necesarios para recaudar la prueba pericial con referencia al ADN, no significa, con todo, que puedan diferir -indefinidamente- el fallo de los procesos de filiación hasta tanto se practique la prueba, pues semejante postura provocaría iguales o similares injusticias que aquellas que provoca la omisión de practicar las pruebas genéticas necesarias, o la falta de adopción de las medidas pertinentes para asegurar la concurrencia de las personas involucradas en la realización de las mismas”.

²⁶⁴ FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Págs. 51 y 52.

²⁶⁵ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Págs. 32 y 33.

²⁶⁶ Sobre este particular anota HUERTAS MARTÍN que “tampoco podría hacerse uso de la información que se posea sin consentimiento del imputado, ya que éste habría de ser informado en cada caso del uso concreto que se hace de dichos datos dentro del proceso penal para poder asegurar en todo momento el ejercicio de su derecho de defensa” (Ob. cit. Pág. 410). En este punto son válidas, en lo pertinente, las consideraciones que sobre el secreto profesional médico y sobre el manejo de datos se harán en este capítulo.

²⁶⁷ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Págs. 234 y 235. Véase también HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 375-378.

²⁶⁸ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 236. Al respecto, anota HUERTAS MARTÍN: “En el campo concreto de las medidas de intervención o inspección corporal, el baremo de constitucionalidad que implica la dignidad humana tendrá su campo de proyección ante todo en el momento de ejecución de las mismas; esto es, no sólo la misma configuración legal de la posibilidad de restricción de derechos fundamentales ha de tener el respeto debido a la dignidad de la persona, sino que, además, cuando tales medidas se lleven a efecto, la propia ejecución de las mismas ha de respetar, es su completo desenvolvimiento, aquél valor jurídico fundamental” (Ob. cit. Pág. 374).

²⁶⁹ Por ejemplo, es razonable concluir que hay supuestos en los que existe imposibilidad de obtener muestras biológicas de una persona sin degenerar en un trato cruel, inhumano o degradante. Cómo más se obliga a una persona, a través de la fuerza física, a formar cuerpo de escritura o un registro de voz para su cotejo sino es a través de la tortura (RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 244).

²⁷⁰ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 235.

²⁷¹ Ob. cit. Págs. 239 y 240. También la practica reiterada y frecuente de exámenes radiológicos a partir de cierto punto puede poner en peligro la salud del sujeto, por lo cual pasaría de ser una medida que en principio no genera mayores incomodidades a ser una actividad lesiva de la integridad física (HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 378).

²⁷² ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 21. “No puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen biológico por parte de un profesional de la Medicina en circunstancias adecuadas” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 79). Cfr. HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. (Ob. cit. Pág. 409) para quien “Lo mismo podría decirse de la extracción de sangre realizada coactivamente, en la que, aunque menor, también sería necesaria la inmovilización del sujeto afectado, constituyendo por tanto también un trato degradante”.

²⁷³ Sobre el particular la CORTE CONSTITUCIONAL ha dicho: “No desconoce la Corte que los avances tecnológicos para la identificación del ADN y la obtención de este tipo de muestras pueden hacer cada vez menos invasiva su realización. Es por ello que, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales este tipo de medida de intervención corporal debe hacerse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, resulta compatible con estas obligaciones que en la práctica de esta medida se incorporen los avances científicos que mejor garanticen el goce y ejercicio de los derechos fundamentales” (Sentencia C-822 de 2005).

²⁷⁴ “Así, el derecho de una persona a conocer la verdad de su origen tiene una trascendencia que supera la mera invocación del derecho a la intimidad y en su caso el de intangibilidad absoluta de la integridad física de quien dice puede verse afectado por una simple extracción de sangre” (FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Pág. 69). “Y si se esgrime el derecho a la integridad física, no hay proporción entre el sacrificio que acarrea la extracción de una gota de sangre y el despajo que se impone a quien no puede precisar su identidad. Un examen de sangre no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona, y particularmente en lo que atañe a los estudios de HLA y de tipificación de ADN, las muestras no deben consistir indispensablemente en sangre, sino que puede servir a los mismos fines cualquier otro tipo de materia orgánica (por ej., saliva), lo cual releva de toda entidad a las objeciones de conciencia que pudieran oponer quienes, como los Testigos de Jehová, no admiten manipulación con su sangre humana” (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 78).

²⁷⁵ “ARTÍCULO 246. PRÁCTICA DE LA INSPECCIÓN. En la práctica de la inspección se observarán las siguientes reglas:

“(…)”.

“5. Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra”.

En sentencia C-622 de 1998 la CORTE CONSTITUCIONAL declaró exequible la expresión “La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra” frente a los cargo formulados por el demandante en aquella oportunidad, los cuales no comprendían consideraciones relacionadas con el derecho a la intimidad.

²⁷⁶ Sobre el particular, en Sentencia del 28 de junio de 2005, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, dijo la SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: “En ese sentido, podrá el Juez, preservando siempre la garantía constitucional a un debido proceso, el derecho de defensa y el respeto a la dignidad humana, sancionar sucesivamente con multa y, en su caso, arrestar a la persona renuente, en los términos y

condiciones previstos en el numeral 1º del artículo 39 del C.P.C., hasta que se avenga a colaborar en la práctica de la prueba”.

²⁷⁷ Conviene advertir que esta sentencia no ha sido ajena a la crítica. Para el profesor RUIZ JARAMILLO la Corte no fijó límites claros, objetivos y empíricos para la práctica de este tipo de medidas; la aplicación del juicio de proporcionalidad no es siempre satisfactoria puesto que se podría llegar al absurdo de decir que la excesiva gravedad del delito justifica una afectación excesiva de los derechos del afectado, contraria a la dignidad humana (RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Págs. 241-242).

²⁷⁸ A la importancia de la labor del juez de control de garantías en el procedimiento penal colombiano se hará alusión, con mayor detalle, en la última parte de la monografía.

²⁷⁹ En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL “el juez de control de garantías al cual el fiscal le solicite la autorización de la medida debe analizar no sólo su legalidad y procedencia, entre otros, sino ponderar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto” (Sentencia C-822 de 2008).

²⁸⁰ “Debido a las implicaciones que tienen los delitos contra la libertad sexual o la integridad física para las víctimas, éstas tienen el deseo de borrar de su cuerpo las huellas dejadas por el delito” (Ibidem).

²⁸¹ Al respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL señala: “Ahora bien, como ese fin ha de ser específico y concreto dentro de la investigación, es indispensable que se precise el ámbito subjetivo y material de aplicación de la medida, prohibiendo de esta forma su aplicación generalizada, aleatoria o indiscriminada” (Ibidem). Opinión que comparte la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en Sentencia del 12 de mayo de 2004 (Rad. 19.733). M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

²⁸² RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. Ob. cit. Pág. 239.

²⁸³ En similares términos se expresa, para el caso español, HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL para quien “En primer lugar, la decisión judicial ha de tomarse teniendo en cuenta los intereses públicos a que sirve la restricción del derecho, pero no bastará con la simple afirmación de la existencia de aquellos intereses, sino que será precisa la motivación o fundamentación de la resolución judicial que autorice la ejecución de alguna de estas medidas. Y, en segundo lugar, la decisión judicial habrá de ponderar, por una parte, la posición específica del sujeto pasivo de la medida y, de otro lado, la proporcionalidad existente entre dicha situación y el sacrificio del derecho en cuestión” (Ob. cit. Pág. 395).

²⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

²⁸⁵ Cfr. RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO, para quien los tocamientos superficiales que recaen sobre órganos con connotación sexual, por su grado de afectación a la intimidad, pueden considerarse inspecciones corporales y no registros personales (Ob. cit. Pág. 232).

²⁸⁶ Es la actividad de investigación contemplada en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

²⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ “De conformidad con lo anterior, a mayor sea la incidencia de la medida en los derechos del individuo, mayor peso deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y de los derechos de las víctimas. De esta forma, no habría desproporción si frente a la investigación de un delito grave, se solicita una inspección corporal que implique una incidencia media de los derechos del individuo. Tampoco habría desproporción si la incidencia alta de los derechos del individuo se admite sólo para

investigar los delitos más graves. Por el contrario, sería desproporcionado si la práctica de una inspección corporal tiene una incidencia alta en los derechos del individuo, pero el delito que se pretende investigar no es grave” (Ibidem).

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem. Para RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO esta medida puede, inclusive, afectar potencialmente la salud mental del imputado (Ob. cit. Pág. 232).

²⁹² En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL: “Así, en principio es muy invasiva la inspección de los orificios anales, vaginales, o cualquier exploración relativa a los órganos sexuales. Es menos invasiva la exploración de las cavidades bucales, nasales o auriculares, salvo que conlleve el empleo de aparatos que deban introducirse profundamente, como ocurre con una endoscopia. También es altamente invasiva, la exploración bajo la superficie de la piel que deba hacerse mediante un procedimiento quirúrgico” (Sentencia C-822 de 2005). Sobre el particular, así se expresa HUERTAS MARTÍN: “Al hilo de estas cuestiones señalar que, en mi opinión, sí resulta degradante la realización de un registro anal o vaginal, aunque lo sea por un facultativo y no medie la fuerza física, por ser las mencionadas partes del cuerpo humano, según los parámetros culturales de la sociedad en que vivimos, un reducto que la generalidad de las personas consideran absolutamente privado e inviolable, y un examen de los mismos realizados por una persona -aunque ostente la cualidad de profesional de la medicina- a la que no se autoriza personalmente constituiría un acto de degradación por cuanto conllevaría una humillación de entidad considerable” (Ob. cit. Págs. 376 y 377).

²⁹³ De acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal el imputado es la persona a la cual la Fiscalía General de la Nación le ha formulado imputación ante el juez de control de garantías (artículo 286), cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física legalmente obtenida “se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga” (artículo 287). En este sentido, los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos para formular la imputación pueden servir para motivar la solicitud de la inspección corporal.

²⁹⁴ “No obstante, cuando el imputado se niega a la práctica de esta medida, no por ello debe prevalecer su autonomía. El interés de persecución estatal y de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación no pueden quedar sujetos a la voluntad del imputado” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005).

²⁹⁵ Posición que comparte RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO (Ob. cit. Pág. 234). “Dada esta interferencia directa sobre el cuerpo y la psiquis de la persona, aun en el caso en que la persona preste su voluntad para realizar las medidas, se deben cumplir las exigencias de juez natural, motivación y proporcionalidad” (Idem. Pág. 233). Para HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL el consentimiento del destinatario de la medida solo es válido frente a actividades lícitas y que no constituyan un trato inhumano o degradante (Ob. cit. Pág. 403).

²⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ “Así, en principio es muy invasiva la obtención de muestras de fluidos que se encuentre en los orificios anales, vaginales, o que impliquen la manipulación de los órganos sexuales. Es menos invasiva la obtención de saliva, pelos, impresiones dentales, y de la voz” (Ibidem).

²⁹⁹ “Si bien la obtención de muestras del implicado plantea un problema adicional relacionado con la protección del derecho a la intimidad, en lo que tiene que ver con el

destino de las muestras corporales del imputado (i) cuando se precluye la investigación a su favor o (ii) cuando se lo exonera de responsabilidad en la etapa de juzgamiento, la Corte no se pronunciará sobre este aspecto dado que no existe un cargo específico” (Ibidem).

³⁰⁰ Esta previsión podría justificarse en el principio de necesidad de prueba, en los fines de la función jurisdiccional, en el hecho de que el éxito de la acción penal y el anhelo de evitar la impunidad de los delitos no concierne solamente los derechos de las víctimas sino, fundamentalmente, el interés público social. Asimismo, la posibilidad de investigar un delito no se puede deferir enteramente a voluntades particulares, especialmente cuando potencialmente sean varios los interesados en el proceso concreto, como ocurre en los casos en los que hay pluralidad de víctimas. Más todavía, en ocasiones, puede verse afectado el derecho de defensa del imputado. La Corte se refiere, además, a la hipótesis inquietante en la que la negativa es producto ya del afecto, ora del temor de la víctima hacia su agresor.

³⁰¹ “Forzar a una persona que ya ha sufrido una lesión o ultraje a ser sometida a este tipo de medidas, constituye una doble victimización que resulta contraria a la dignidad humana. El consentimiento de la víctima es determinante para decidir si se pueden o no practicar los exámenes y reconocimientos conducentes a esclarecer los hechos. Dicho consentimiento debe ser otorgado desinhibidamente por la víctima o su representante legal, sin sometimiento a presiones ni a conminaciones para que sea efectivamente libre. Además, dicho consentimiento debe fundarse en la información completa, pertinente y clara sobre las condiciones en las cuales se practicarán las medidas, su utilidad para la investigación y las ventajas de que sean realizadas de manera pronta (...). Encuentra la Corte que esta restricción a la autonomía de la víctima es inconstitucional, porque desvaloriza el consentimiento de la víctima y la expone a una doble victimización. Esta restricción, tal como ha sido establecida en la norma bajo estudio, parece excluir la posibilidad de que el juez niegue la práctica de la medida y conduce a que frente a la oposición de la víctima, al juez de control de garantías no le quede otra alternativa que fijar las condiciones para su práctica. Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión “*para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*”, contenida en el inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005).

³⁰² “[L]as condiciones constitucionales en que esto puede llegar a suceder son exclusivamente aquellas en las cuales sería desproporcionado que se frustrara irremediamente la investigación de un delito de extrema gravedad por ser el examen o el reconocimiento el único medio de obtener evidencia física que sea determinante para decidir sobre la responsabilidad o la inocencia del procesado. Se trata de circunstancias excepcionales en las cuales el juez de control de garantías tiene una carga de argumentación muy exigente para demostrar que se reúnen estas condiciones extraordinarias. Por eso, advierte la Corte que la autorización sólo puede concederse cuando el juez concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y la medida específica requerida es la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia. Lo anterior sin perjuicio de que en el caso de los delitos relacionados con la libertad sexual la víctima adulta tenga siempre la última palabra” (Ibidem).

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ CAPUANO TOMEY, CAROLA. *El secreto profesional*. En ARAZI, ROLAND (Director). Ob. cit. Pág. 203. “Desde el punto de vista objetivo, secreto es todo aquello que debe

mantenerse oculto, la cosa misma que ha de ocultarse. Desde el punto de vista subjetivo, es el hecho de saberse y mantenerse una cosa en reserva o sin manifestarse, sea por su índole, sea por promesa hecha antes o después de tomar conocimiento de ella” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. *El secreto profesional del abogado*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1963. Pág. 7). Cfr. CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 631.

³⁰⁵ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 9.

³⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997. “En general, el secreto es un conocimiento reservado a una persona o un grupo más o menos reducido de personas, de las cuales no debe salir. (...) De un modo más restringido, el secreto profesional es el que conocen ciertas personas en virtud de su profesión, oficio o actividad, y como consecuencia de su ejercicio, o llegan a dicho conocimiento exclusivamente en virtud de esa función. (...) Por ello, la ley permite su reserva, ya que la comunicación efectuada no fue dada para que se diera a conocer, sino para que se reservara adecuadamente, y se tomaran los recaudos pertinentes en relación con la situación planteada” (FALCÓN, ENRIQUE M. *Tratado de la prueba*. Tomo 2. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2003. Págs. 302 y 303).

³⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1993.

³⁰⁸ FERREYRA DE LA RÚA, ANGELINA Y BELLA, GABRIELA MARÍA. Ob. cit. Pág. 36.

³⁰⁹ “La estructura del secreto ofrece un cuadro en el que se destaca una persona que confía a un determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que le permite conocer e inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más recónditos, todo lo cual se hace en razón de la función social que desempeña el profesional y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996). Así, el secreto profesional es “particularmente riguroso”, pues, la persona “por más que es libre para optar entre varios profesionales, tiene necesariamente que escoger entre ellos a uno, a fin de obtener de él el consejo o la ayuda que le es imprescindible” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 10).

³¹⁰ “La idea de *secreto profesional* ligada al ejercicio de ciertas actividades resalta la relación de confianza que surge entre peritos en determinada materia o área del conocimiento y las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-062 de 1998).

³¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

³¹² Ibidem. Al respecto, expresa CHAVEAU que “El profesional, como el sacerdote, recibe en el ejercicio de su ministerio las confidencias de la parte, y debe considerar estas confidencias como un depósito inviolable”. Y agrega, “la confianza que solo su profesión atrae, sería una detestable emboscada si pudiera abusar de ella en perjuicio de sus clientes” (Cit. en CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. *El secreto profesional*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2009. Pág. 85).

³¹³ “El deber profesional de conservar sigilo o reserva sobre la información conocida es elemental correlato del vínculo personalísimo que emana de este tipo de relaciones y que tiene por objeto fomentar la confianza pública y el adecuado desarrollo de las actividades sociales” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-062 de 1998). “También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos, tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe

quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado” (Sentencia C-538 de 1997).

³¹⁴ “Buena parte del prestigio, credibilidad y eficacia de la labor desarrollada por ciertos grupos profesionales depende de la manera como cumplan sus deberes y se preserve la confidencialidad de los datos obtenidos” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-062 de 1998).

³¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996. “Cuando un particular participa el secreto que le ha sido confiado, el único afectado es la víctima de la indiscreción, que sólo a sí misma puede reprocharse el haber colocado mal su confianza. Pero cuando un médico, un abogado, por ejemplo, traiciona el secreto de que era depositario, es el orden público, todo entero, el que sufre esta falta de fe, porque ante el temor de la indiscreción siempre se vacilará antes de recurrir a esos profesionales, y el interés público y la justicia se verían afectados. Dirigido más al hombre que a la profesión misma, es indispensable proteger al secreto contra toda revelación indiscreta” (GARRUAD. Cit. en CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 24).

³¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1993. Como lo expresa ANTONIO BERISTAIN, “El tema presenta para los penalistas, criminólogos, procesalistas, victimólogos y penitenciaristas especial importancia, mayor de lo que algunos opinan, por su cotidianidad y porque puede entrar en conexión con problemas de control y poder de notable trascendencia (*El secreto profesional del sacerdote*. En Revista Universitas Canónica. Vol. 15. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1994. Pág. 257).

³¹⁷ CASTRO, MÁXIMO. Cit. en CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *La prueba en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma. 1994. Pág. 93.

³¹⁸ CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 631-632 y 651-655.

³¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996. “La íntima ligazón funcional que vincula el secreto profesional con otros derechos fundamentales, en particular con los de naturaleza personal, permite descubrir en el primero una especie de barrera protectora de la vida privada, distinguible de la vida social y de la pública. En ésta última, a través de la faz común de la ciudadanía, la persona participa en condiciones de igualdad en los asuntos que revisten un interés intrínseco para la comunidad” (Ibidem).

³²⁰ CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 55. Como fundamentos del secreto profesional, CARRERA BASCUÑAN, HELENA (Ob. cit. Págs. 87 y 88) nos presenta los siguientes: la protección de las personas en su seguridad y tranquilidad para que puedan acudir libremente en busca de los servicios de profesionales requeridos; garantizar a los profesionales la libertad y tranquilidad necesarios para el ejercicio de su oficio; “Amparar los deberes morales en las actuaciones profesionales y en las relaciones humanas, en cuanto al respeto y mantenimiento de la lealtad, sin la cual nadie podría confiarse a nadie”; el orden público en general y el decoro profesional. De ahí la universalidad de su reconocimiento.

³²¹ CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Pág. 203. “No sin intención numerosos códigos penales y algunos autores ubican la violación del secreto profesional entre las infracciones que conciernen la libertad individual o a los derechos personales garantidos por la Constitución” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 24).

³²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997.

³²³ CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 55. La doctrina se ha ocupado de la discusión sobre el origen de la obligación de secreto, acuñando teorías como la del origen

contractual, el interés social, el origen legal y la propiedad del cliente sobre el secreto (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Págs. 207-214). En esta misma obra puede verse esta controversia y la crítica de dichas teorías (Idem. Págs. 215-236). Para la autora chilena las fuentes de esta obligación son la moral y el Derecho natural (Idem. Págs. 237-246).

³²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996.

³²⁵ Ibidem. “La obligación de guardar el secreto consiste en el deber de no revelar o manifestar lo que por su índole o por compromiso o discreción ha de callarse” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 8).

³²⁶ “Como una proyección del derecho del titular del dato o información, al igual que como una concreción particular del interés objetivo y legítimo de una profesión en auspiciar un clima de confianza en las personas que constituyen el círculo de los usuarios de los servicios que dispensa, el profesional, a su turno, tiene el derecho de abstenerse de revelar las informaciones y datos que ingresan en el reducto de la discreción y la reserva” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996). “Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a conservar el sigilo, puesto que de lo contrario, de verse compelido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento” (Sentencia C-538 de 1997).

³²⁷ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 51.

³²⁸ “El Estado, a través de la ley, no puede pretender relativizar el contenido de la intimidad, mediante exigencias de divulgación de episodios y eventos puramente privados que a esta pertenecen” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997).

³²⁹ El amparo constitucional al secreto profesional no se agota en la alusión expresa que hace el artículo 74, sino que debe entenderse incorporado en las demás normas que se refieren al derecho a la intimidad y a su salvaguarda, como por ejemplo el artículo 15; “En este sentido, el secreto profesional, garantizado por la Constitución, asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima que compromete la parte más centrípeta del yo individual, lo que se traduce en sancionar las revelaciones externas que frustran las experiencias puramente subjetivas que, por ser tales, deben permanecer ocultas” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996).

³³⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1993. “Todos los derechos y deberes plasmados en la Constitución Política son inviolables. Las esferas de protección que de ellos se deducen, no pueden ser desconocidas por ninguna autoridad o persona privada. La regulación legal que se dicte con sujeción a la Constitución y al contenido esencial de tales derechos y deberes, que verse sobre sus condiciones de ejercicio y de aplicabilidad, no puede sin más considerarse violatoria de los mismos. Cada uno de los derechos en una perspectiva teórica puede ser ilimitadamente expansivo, de suerte que si no se señalan cauces para su ordenado ejercicio y restricciones, fatalmente se anularía a los restantes y se suprimiría la posibilidad de su simultánea y pacífica práctica colectiva” (Sentencia C-264 de 1996). Cfr. Sentencia C-538 de 1997. Véase también UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Págs. 48-50.

³³¹ Al respecto, véase el Salvamento de Voto a la Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL C-411 de 1993 del Magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA, para quien “el secreto profesional debe ser guardado y nunca violado, por parte de quienes son sus depositarios, esto es por los profesionales a los cuales se les confía. Cosa distinta es que el derecho al secreto profesional pueda ser susceptible de limitaciones. Esta Corte ha reconocido, en

diversas providencias, que no hay derechos ni libertades absolutas. En efecto, todo derecho y toda libertad tienen limitaciones, impuestas por la propia convivencia en sociedad”.

³³² CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Págs. 13-15. “Como ya lo hemos dicho, la obligación de guardar silencio en el secreto confiado es particularmente rigurosa, pero no absoluta. Hay casos en que es permitido y aún necesario hablar, como cuando es imposible callar sin grave perjuicio para la sociedad, para la persona que ha confiado el secreto, para un tercero, para el depositario, y aun cuando hay consentimiento del interesado” (Idem. Pág. 13).

³³³ “Con todo, no es extraño que la reserva con la que el derecho cubre el ejercicio de ciertas profesiones colisione con otros intereses o propósitos sociales de importancia. La prevención y persecución del crimen y la conservación de la salud pública, quizás sean los que con mayor frecuencia chocan con el hermetismo que implica el sigilo profesional. El ministro del culto religioso, el médico y el abogado, entre otros, suelen ser depositarios de informaciones valiosas que ocasionalmente serían suficientes para poner al descubierto crímenes que con mucha dificultad la justicia podría esclarecer (...). En situaciones como estas el deber jurídico de guardar secreto obliga al profesional a callar el conocimiento que ha adquirido en su ejercicio, en tanto que la conquista de otros propósitos sociales de importancia aconseja provocar la transmisión, lo cual plantea tensiones que obligan a detenerse en la determinación de los alcances del sigilo profesional, concretamente en definir si la ausencia de autorización expresa del usuario impide en forma absoluta que el facultativo transmita a terceros el conocimiento adquirido en virtud de su relación profesional, o si la prohibición admite excepciones” (ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 118).

³³⁴ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 121.

³³⁵ Idem. Págs. 14 y 15. Así, “muchos profesionales de conciencia delicada se retraerían de muchos asuntos y algunas personas encontrarían en esos mismos escrúpulos, motivos bastantes para apartarse de profesiones que impongan tan grave carga” (Idem. Pág. 15). Se ha considerado lícita la revelación que hace el abogado ante la necesidad de defenderse contra las acusaciones de su cliente, en lo estrictamente necesario para tal fin, como por ejemplo cuando el cliente acusa al abogado “de no haber obrado con la debida diligencia, de no haber actuado con honestidad y corrección, de haber demostrado poca eficiencia”, pero sin ánimo de dañar al cliente, de extorsionarlo o con deseos de venganza, esto es, actuando “con serenidad, dignidad, probidad y amplio sentido de responsabilidad” (Idem. Págs. 144 a 146. Cita a ANDREOZZI, GÓMEZ, NOVOA, PIMIENTA Y APPLETON).

³³⁶ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 121. Cita a PIMIENTA. La autora chilena se pregunta, a modo de dicente ejemplo: “Por confidencia del verdadero culpable un abogado sabe que en un proceso criminal se ha condenado a un inocente. ¿Le es lícito revelar la confidencia?” (Idem. Pág. 123). Líneas más adelante anota: “Ante la multitud, variedad enorme y complejidad de los casos que pueden presentarse, y puesto que no todos han de encontrar su cartabón en los precedentes consultados y normas enunciadas, nos será permitido ensayar una norma general pero de amplia relatividad. // Ella deriva de los principios morales que dejamos reseñados en el primer capítulo de este trabajo” (Idem. Pág. 152).

³³⁷ En Colombia, por ejemplo, el artículo 38 de la Ley 23 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, declarado exequible por la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-264 de 1996, contempla múltiples eventos en los cuales se autoriza la

revelación del secreto profesional médico, verbigracia cuando el paciente padece “enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias” que pongan en peligro la vida del cónyuge o su descendencia. En la sentencia citada, la Corte avala que se revele el secreto profesional “En situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviere sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave”. En similares términos, la Ley 1123 de 2007, “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”, admite la revelación del secreto cuando el profesional “tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito” (literal f, artículo 39). El autor argentino ROLAND ARAZI formula como excepciones al deber de secreto: la defensa del profesional frente a acusaciones de quien le confió el secreto, en relación con aquello que sea estrictamente necesario para su defensa; la necesidad de impedir la consumación de un delito; y un deber legal expreso y particular de denuncia (Cit. en FALCÓN, ENRIQUE M. Ob. cit. Pág. 305). Cfr. CARRERA BASCUÑAN, HELENA (ob. cit. Pág. 39) quien se refiere a algunos autores partidarios de una concepción absoluta del secreto profesional, como PAYEN, MUTTEAU, BROUARDEL y HALLAIS.

³³⁸ “Privilegio reconocido por razones de ética, el derecho que mana del secreto profesional ha de ser éticamente ejercitado y tiene que encontrar limitaciones naturales en las normas de la ética. Nadie puede parapetarse tras el secreto con fines ilícitos o abusivos, aunque sean de mera complacencia” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 80).

³³⁹ “El derecho y el correlativo deber que se derivan de la prohibición de revelar el secreto profesional, tienen carácter formal en cuanto que, en principio, son indiferentes respecto de su contenido concreto” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996). CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 31. El siguiente párrafo es ilustrativo sobre la inconveniencia de permitir que terceros entren a calificar el carácter más o menos íntimo de las confidencias que el cliente le hace al profesional: “Así como los bienes, fuera de su valor intrínseco, tienen también su valor innegable de afección, que es tan importante como el valor real y a veces puede hasta a superarlo; de la misma manera, ciertas cosas en que nada hay objetivamente de secreto por su naturaleza, pueden revestir, con o sin motivo justificado, el carácter secreto que el interesado les imponga, sea por sentimentalismo, por capricho, por ingenuidad o por singularidad de carácter, o por otras razones de variada índole, siempre respetables; y ese cliente, puesto que se entrega a la confianza de su abogado, tiene derecho a exigir y esperar de éste que se atenga rigurosamente a sus apreciaciones, por raras que ellas puedan ser o parecer” (Idem. Pág. 33).

³⁴⁰ Véase FALCÓN, ENRIQUE M. (Ob. Cit. Pág. 305).

³⁴¹ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Págs. 61-67. Esta protección se extiende a los lugares donde reposan tales registros, como barrera frente a inspecciones, allanamientos, interceptación de llamadas y otros similares (Ibidem). CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Pág. 205

³⁴² Idem. Pág. 33.

³⁴³ Idem. Pág. 31. A este respecto, y a propósito del secreto profesional del abogado, observa LESSONA: “a nuestro, entender, y en materia que de hablamos se extiende, no sólo a las revelaciones del cliente, sino aun a los hechos conocidos por el abogado o por él descubiertos, porque aun ellos, naturalmente revelados al cliente, forman un conjunto encomendado a la obligada delicadeza del hombre de ley” (LESSONA, CARLOS. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid. Reus. 1957. Tomo IV. Pág. 43).

³⁴⁴ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 40. Cita a APPLETON.

³⁴⁵ Como el bufete de los abogados (Idem. Pág. 61). En materia médica, en relación con las personas a las que se extiende el deber de secreto, el artículo 39 de la Ley 23 de 1981 dispone que “El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional”. En este orden de ideas, el deber de secreto cobija al médico tratante, al cirujano, a los miembros de las juntas médicas, al personal paramédico, al personal de enfermería, al personal de laboratorio, a los auxiliares, estudiantes, practicantes y técnicos y al personal no médico al servicio del profesional o de la institución donde éste presta sus servicios. Lo anterior, aun después de perder éstos su calidad de empleados o de dejar de ejercer su oficio (CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Págs. 203 y 204).

³⁴⁶ En Sentencia T-151 de 1996, la CORTE CONSTITUCIONAL estudió el caso de un paciente cuyo médico tratante se negaba a revelar los nombres de los medicamentos que le suministraba, amparándose en el secreto profesional. Para la Corte, la protección del secreto profesional “tiene efectos hacia el exterior de quienes han trabado la relación profesional, es decir, se trata de algo oponible a terceros. // Así las cosas, resulta equivocado atribuir al secreto profesional el carácter de barrera entre el profesional y la persona para quien desarrolla su actividad, pues, por el contrario, tiene el sentido de facilitar la mayor confianza y la libre circulación de informaciones entre ellas mediante la garantía de que todo cuanto en el curso de esa relación conozca el diplomado está cobijado por la reserva ante personas ajenas”.

³⁴⁷ Al respecto, CARRERA BASCUÑAN, HELENA (Ob. cit. Pág. 67) se pregunta: “Supongamos que un abogado declara contra su cliente en un juicio al cual fue citado como testigo. // ¿Cuál es el efecto jurídico del hecho de haber violado el secreto al prestar la declaración? // ¿Habría nulidad en su testimonio? ¿Habría nulidad en el proceso?”.

³⁴⁸ CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Pág. 205.

³⁴⁹ A este tema ya se había referido en su tiempo LESSONA, CARLOS. Ob. cit. Tomo IV. Págs. 198-203. Véase también Carrera Bascuñan, Helena. Ob. cit. Págs. 84-86.

³⁵⁰ MITTERMAIER, CARLOS. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 9ª ed. Madrid. Reus. 1959. Pág. 335.

³⁵¹ Al respecto, el profesor ROJAS GÓMEZ se refiere a la “evidente incoherencia de la jurisprudencia constitucional” (Ob. cit. Pág. 123).

³⁵² En sus albores, la CORTE CONSTITUCIONAL le atribuyó un carácter absoluto al secreto profesional, proscribiendo cualquier hipótesis en la que pudiera resultar legítima su revelación sin autorización del cliente. En Sentencia C-411 de 1993 la Corte estudió el precepto que consagraba la excepción al deber de declarar en los casos de información cobijada por el secreto profesional, contenido en el Decreto 2700 de 1991, antiguo Código de Procedimiento Penal. En particular, el pronunciamiento de constitucionalidad versó sobre la expresión “salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro”, como salvedad de la excepción al deber de declarar. La Corte declaró inexecutable dicha expresión al concluir, con fundamento en el artículo 74 de la Constitución, que “la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado “inviolable” y, en ese mismo orden de ideas, que no es “siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo”. Por lo tanto, de conformidad con estas consideraciones, la revelación del secreto por parte del profesional, sin la anuencia del paciente, sería violatoria de la Constitución en cualquier circunstancia y sus declaraciones no podrían ser tenidas en cuenta como prueba judicial. Con todo, se aclara en

el mismo fallo que “en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho”. Poco tiempo después la Corte superó la concepción absoluta del secreto profesional para avalar la consagración legal de situaciones excepcionales en las que resultaba legítima o admisible su violación. Sin embargo, dejó claro que, en principio, el profesional está vinculado por el deber de secreto. Así, en la Sentencia C-264 de 1996 se hizo referencia al secreto profesional médico, previsto en el artículo 37 de la Ley 23 de 1981, y, especialmente, a la autorización legal de su revelación “A las autoridades judiciales (...) en los casos previstos por la ley” (artículo 38, literal d). Con respecto a la posibilidad de revelar el secreto profesional médico a las autoridades judiciales, la Corte concluyó que la revelación por sí sola no implica una violación del debido proceso, sino sólo cuando se trate de información que podría llevar a la incriminación del paciente. Posteriormente, en la Sentencia C-538 de 1997 la Corporación se refirió al secreto profesional en relación con el deber de los revisores fiscales de colaborar con las autoridades en el suministro de información requerida para efectos tributarios, para la inspección, vigilancia y control de empresas y para el desarrollo de las tareas de interventoría, control y auditoría en los contratos estatales. Es de destacar que en este caso se señaló que el alcance del secreto profesional tratándose de contadores y de revisores fiscales es menor con respecto a otros oficios, más aún cuando se trata de información contable de personas jurídicas o de empresas. Así, la protección del secreto profesional se relativiza en este fallo, a diferencia de lo expuesto en las sentencia C-411 de 1993. Para la Corte “Si la reserva se restringe, por mandato de la ley, ya sea porque se dispone que el dato se haga público o porque haya de revelarse al Estado por una causa legítima, el ámbito del secreto profesional del contador público o del revisor, como órganos corporativos, se reducen en la misma proporción como quiera que suministran una información que previamente ha perdido ya la impronta del sigilo”. Y agrega: “Los datos que deben suministrarse, lo mismo que los papeles que pueden examinarse por las autoridades, son aquellos que tienen una relación muy estrecha con las funciones constitucionales confiadas al Estado en materia judicial, fiscal y de inspección y vigilancia”. Para la Corporación el deber del revisor fiscal de suministrar información a las autoridades es razonable y proporcionado en aras de permitir la inspección y vigilancia del Estado, en el marco de una función preventiva, de cara a la “conservación de la empresa”, de la protección de sus acreedores y de la adopción oportuna de medidas para su salvamento. Por lo anterior, este fallo es ilustrativo del punto que se comenta en cuanto se relativiza la protección del secreto profesional. También es ilustrativo el fallo C-062 de 1998. En esta sentencia la Corte estudió el inciso 2º del artículo 489 del Código de Comercio, que consagra el deber de los revisores fiscales de las sociedades comerciales de “informar a la correspondiente superintendencia cualquier irregularidad de las que puedan ser causales de suspensión o de revocación del permiso de funcionamiento de tales sociedades”. La Corte concluyó sus consideraciones precisando que “No puede pensarse entonces, que la existencia del secreto profesional y la confidencialidad de ciertas actuaciones sea razón suficiente para paralizar o suspender el deber constitucional que tiene todo ciudadano de colaborar con las autoridades, y que tampoco se puede crear alrededor de lo irregular, de lo ilícito, de lo torcido, una apariencia de corrección que se ampara en lo secreto. Porque de lo que se trata, se insiste, no es de la simple regulación de una actividad profesional y su manera de cumplirse (la contabilidad), con sus cargas y deberes. Estamos

frente a una función –la revisoría fiscal- que trasciende la defensa de las expectativas individuales, que está llamada a velar por intereses superiores que afectan al Estado y a la comunidad en general; que no se reduce al cumplimiento de ciertos requisitos de idoneidad técnica -como los exigidos al contador profesional para que pueda desplegar la actividad que le es propia-, sino que demanda probidad y compromiso con valores sociales que busca proteger la norma demandada al establecer ciertos mecanismos de control sobre las sociedades, y al exigir la presencia de funcionarios que vigilen el desarrollo de estas entidades”. De esta manera la Corte fue contundente al avalar la potestad del Legislador para regular el secreto profesional y en señalar el carácter relativo de su protección. Esta misma evolución jurisprudencial puede verse desde la perspectiva del profesor MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ (Ob. cit. Págs. 118-124).

³⁵³ En sentencia de la SALA DE CASACIÓN CIVIL del 14 de septiembre de 1976, a propósito del testimonio de un abogado que había prestado sus servicios profesionales a una de las partes en el proceso, con criterio restrictivo y exegético, se consideró el derecho del profesional a no declarar aspectos cobijados por el secreto profesional como una simple “dispensa”, por lo cual se dijo que la declaración “con desmedro del secreto” no carecía de valor probatorio. En aquella oportunidad la Sala expresó: “Por último, la norma que consagra el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, es simplemente una dispensa que la ley reconoce a ciertas personas del deber de rendir declaración que establece el artículo 213 de la misma obra, en aras del secreto profesional. Sin embargo, ese precepto no estatuye que cuando una persona llamada a testimoniar en un proceso rinda su declaración, con desmedro de ese secreto, su testimonio carezca de valor probatorio” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 14 de septiembre de 1976. M.P. JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER. Gaceta Judicial. Tomo CLII. 1ª parte. Pág. 376). Así lo reiteró la misma Sala en un fallo del 28 de septiembre de 1977, con ponencia del Dr. RICARDO URIBE HOLGUÍN (Cit. En PARRA QUIJANO, JAIRO. Ob. cit. Pág. 286).

³⁵⁴ De ello dan cuenta las sentencias del 12 de diciembre de 1995, con ponencia de CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, y más recientemente, del 7 de marzo de 2002 (Rad. 14.043), con ponencia de JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, en la que se dijo: “En este caso, el médico, el fiscal y los juzgadores olvidaron flagrantemente el derecho al secreto profesional, que no se traduce en un privilegio para el profesional que recibe la confidencia, sino que apunta a preservar los derechos fundamentales de la intimidad, la honra y el buen nombre de la persona confidente. La estructura dinámica del secreto profesional es la de un derecho-deber porque salvaguarda el derecho a la intimidad de la persona que se ve obligada a confiar en el profesional, quien correlativamente tiene el deber de protegerlo y no comunicarlo a terceros, ni aún a las autoridades, tanto por respeto al confidente como en virtud del interés público en el correcto ejercicio de las profesiones”. Para la Sala entonces, el testimonio rendido por el profesional y sus auxiliares con violación del secreto profesional es “manifiestamente ilegal”. En esta oportunidad, la Sala cita las disposiciones de la Ley 23 de 1981, el artículo 74 de la Carta Política y lo dicho por la CORTE CONSTITUCIONAL en las sentencias C-411 de 1993 y C-264 de 1996.

³⁵⁵ Cit. en CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Págs. 54-55.

³⁵⁶ Idem. Pág. 69.

³⁵⁷ Para el profesor español JOAN PICÓ I JUNOY, “El estudio autónomo de esta limitación se debe a la peculiar situación de conflicto o tensión que surge entre dos derechos fundamentales, a saber, el derecho a la prueba de la parte que intenta la declaración del

testigo, y el derecho a la intimidad de la persona que ha confiado al tercero el secreto que se pretende revelar en el proceso civil”. Para este autor, el derecho a la intimidad se materializa o se concreta, entre otros aspectos, en el secreto profesional, por lo cual la violación del secreto, sin que medie autorización del cliente o de la ley, se traduce en una violación del derecho a la intimidad, de manera que la declaración así obtenida debe rechazarse al configurar un supuesto de prueba ilícita. En la legislación española se considera una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela” (PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Págs. 97 y 98). En igual sentido PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en LLUCH, XAVIER ABEL y PICÓ I JUNOY, JOAN (coordinadores). *Problemas actuales de la prueba civil*. Barcelona. J. M. Bosch Editor. 2005. Págs. 56-58.

³⁵⁸ Para ZAVALA DE GONZÁLEZ el profesional puede y debe rehusarse a declarar hechos cobijados por el secreto profesional y el juez no lo puede relevar de este deber, salvo en circunstancias excepcionales (Ob. cit. Pág. 512).

³⁵⁹ Para esta autora, en relación con los abogados, la facultad que tienen los profesionales para declarar es una manifestación de su libertad en el ejercicio de la profesión y de su libertad de conciencia, lo cual no se opone a la responsabilidad civil, disciplinaria o penal (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 55-57). Luego, esta declaración no genera una nulidad (Idem. Pág. 68). “No existiendo la inhabilidad del abogado para actuar como testigo, resulta que si el abogado no hace uso de su derecho de excusarse y presta una declaración que pudo evitarse, tal declaración no carece de valor, ni pierde nada del mérito innegable que tendría en cuanto testimonio verídico. Más aún, su mérito sería enorme, superior tal vez a todas las otras declaraciones testimoniales, por el hecho mismo de emanar de una persona interiorizada oficialmente en el asunto o que era depositaria de los secretos de la parte” (Idem. Págs. 68 y 69).

³⁶⁰ FALCÓN, ENRIQUE M. Ob. cit. Pág. 306.

³⁶¹ En el mismo sentido se expresa el artículo 268 de la Ley 600 de 2000.

³⁶² Para el Dr. JAIRO PARRA QUIJANO este es el sistema que acoge la legislación colombiana. Sobre el particular expresa:

“Puede legislarse sobre el secreto profesional así:

a) Como derecho del profesional a abstenerse a declarar. En realidad el profesional puede sustraerse al deber general que existe de rendir testimonio y privar al órgano jurisdiccional de este medio probatorio. Si lo desea puede rendirlo y será válido, sin menoscabo de las acciones civiles que surgen para que el interesado pueda reclamar los perjuicios causados por el hecho de revelar lo confiado bajo reserva del secreto profesional.

b) como un deber u obligación del profesional, pero que puede revelar el cliente.

c) Como una obligación no revelable y, consecuentemente, prohibición absoluta de recibir el testimonio del profesional. Los artículos 214 del C. de P.C., 268 del C. de P.P. y 432 del C.P.M. (aplicable el criterio del C. de P.C. a materias laboral y contencioso administrativa), acogen el primer sistema cuando preceptúan:

“No están obligados a declarar...” (idéntica frase en materia penal) “toda persona está obligada a declarar, excepto...” (...)” (Ob. cit. Pág. 285).

³⁶³ Para JAIME AZULA CAMACHO “Tanto en materia civil como penal, la excepción no es absoluta, por no establecerse como prohibición, sino relativa, por constituir dispensa, lo

cual, de consiguiente, le permite o deja la opción de declarar o no. Esto es lo que se deduce de la frase *no están obligados a declarar* que traen los códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal”. Y añade: “De acuerdo con nuestros ordenamientos positivos, el testimonio que desconoce el secreto profesional es válido, pero el testigo que lo viola, aunque no exista precepto expreso, es incuestionablemente responsable de los perjuicios que le ocasione a quien le confía la información” (*Manual de derecho probatorio*. Bogotá. Temis. 1998. Pág. 99).

³⁶⁴ LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo III. Pruebas. Ob. cit. Págs. 161-163.

³⁶⁵ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 113-124. “En definitiva, no debe olvidarse que el amparo del sigilo profesional, como el de los demás aspectos de la intimidad, encuentra fundamento en los dos elementos que se han resaltado desde el inicio de este trabajo: la reserva y la autonomía. Por lo regular sólo la decisión autónoma del individuo de exhibir o transmitir lo que pertenece a su intimidad puede retirar el velo que la oculta y que provoca la protección jurídica de su hermetismo” (Idem. Pág. 124).

³⁶⁶ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 56-57 y 60.

³⁶⁷ En relación con lo anterior, a propósito de los médicos, la Corte Constitucional puntualizó: “En todo caso, del depositario del secreto se espera un comportamiento profesional fundado en el sigilo, pero este deber tiene un límite objetivo en el momento en que la abstención del médico compromete su deber de respeto por la vida y cuando contra los dictados de su propia conciencia se ve forzado a presenciar cómo su silencio se torna cómplice de la muerte. En realidad, aún respecto de los profesionales, naturalmente a partir de un umbral superior, tampoco son exigibles deberes excesivamente onerosos, es decir, aquéllos que "rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal" [en esta ocasión la Corte agrega: a un "profesional recto y diligente"] (sentencia C-563 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz)” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996).

³⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997.

³⁶⁹ Sin embargo, no toda la doctrina acoge el tratamiento diferenciado del secreto profesional, según el oficio de que se trate. Para GARRAUD debe ser una sola la teoría aplicable al secreto profesional, pues, “No existen secretos, sino un solo secreto, el de todas las cosas que se oyen por la función y en la función” (Cit. en CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 93). Para la autora chilena “La concepción del secreto como un todo integral orgánico no excluye la adopción de normas distintas para cada profesión, de la misma manera que el derecho común no desaparece porque haya necesidad de derechos especiales (...). La institución del secreto profesional es sin duda una; pero su aplicación diferenciada a las diversas profesiones responde a una cuestión de matices que no excluyen el concepto fundamental de la unidad” (Idem. Pág. 94).

³⁷⁰ “Se entiende por secreto profesional médico la obligación permanente de silencio que contrae el médico, en el transcurso de cualquier relación profesional, respecto a todo lo sabido o intuido sobre una o más personas” (CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 161).

³⁷¹ CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Págs. 228 a 229. Véase, por ejemplo, la Sentencia SU-256 de 1996 de la CORTE CONSTITUCIONAL, sobre un caso de discriminación en el ámbito laboral de una persona enferma de sida.

³⁷² A propósito, expresa KRAUT: “El temor o la preocupación de que se revele información confidencial, afecta negativamente la relación terapéutica. Sólo el secreto profesional garantizado permitirá que el paciente exprese sus emociones, revele sus fantasías, es decir, aporte con libertad y espontaneidad todo el material que se trabajará durante el proceso terapéutico” (Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 511).

³⁷³ MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. Págs. 268 a 269. Cita a GOZAÍNI, OSVALDO.

³⁷⁴ “Así, si la paciente que acude al médico no contara con la seguridad de que éste se abstendrá de delatarla por haberse provocado un aborto, el temor de ser sometida al respectivo enjuiciamiento y condena por el delito le impediría transmitir tal información al experto, lo cual podría por lo menos dificultar un adecuado diagnóstico y consecuentemente el tratamiento apropiado” (ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 117). De hecho, el deber de secreto hace parte del reconocido “Juramento Hipocrático” que al respecto expresa: “Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable”.

³⁷⁵ “**Artículo 37.** Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales”.

³⁷⁶ “**Artículo 38.** Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

- a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;
- b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
- c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
- d) **A las autoridades judiciales** o de higiene y salud, **en los casos previstos por la ley;**
- e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia” -se resalta-

³⁷⁷ “Aseverar que al Legislador está vedado establecer condiciones bajo las cuales resulte legítimo violar el secreto profesional, no significa que no pueda en absoluto regular esta materia (...). El laconismo del lenguaje constitucional se orienta a establecer de manera perentoria la prohibición de revelar el secreto profesional, pero en modo alguno se endereza a excluir la regulación legal en este campo. (...) No puede, pues, negarse al Legislador la facultad de dictar reglas en punto al secreto profesional que contribuyan a concretar su alcance y a precisar las condiciones y procedimientos necesarios para asegurar su eficacia y aplicabilidad”.

³⁷⁸ “La Corte ha sostenido que la relación médico-paciente no es de tipo autoritario o paternalista, sino de confianza y se rige por los principios de competencia científica del médico y de consentimiento informado del paciente”.

³⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de 1996. Cita Sentencia C-411 de 1993.

³⁸⁰ CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Págs. 236 a 237.

³⁸¹ CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Págs. 55 a 58. “La discreción es de la esencia misma de la profesión de abogado. Sin ella el ejercicio de la abogacía se haría imposible” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 19).

³⁸² CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 55.

³⁸³ CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 24. En este orden de ideas, el secreto profesional del abogado cobija a quien en estricto sentido no haya llegado a ser cliente del abogado pero le ha consultado preliminarmente su situación (Idem. Pág. 43).

³⁸⁴ CHAUVEAU ET HÉLIE. Cit. en CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 23. Véase también CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Pág. 208.

³⁸⁵ “Este deber pesa gravemente sobre el profesional, porque el cliente deposita en el abogado toda su confianza, entregándose a su conciencia, a su probidad, a su dignidad y a su honor” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 23). Anota JOSÉ I. CAFFERATA NORES que el secreto profesional del abogado se justifica en la defensa y “en atención a que estos profesionales son regularmente depositarios de confidencias íntimas propias de su función” (Ob. Cit. Pág. 94). “Quizá pueda sostenerse que, en el ejercicio de la profesión del abogado, las proyecciones no son menores. Recibe confidencias relacionadas con la gama íntima de los más sensible y reservado en la vida de relación, por lo que su delicada misión defensiva exige particular contención de los secretos. De lo contrario, la fe que el cliente deposita en el letrado y consejero legal, se desmoronaría” (CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 654-655. Cita a PARRY).

³⁸⁶ CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Pág. 208.

³⁸⁷ Así lo señala el preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española. Esta misma obra se expresa sobre su estrecha relación con la intimidad: “La Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí mismo, y también el derecho a la intimidad. Ambos persiguen preservar la libertad y la vida íntima personal y familiar del ciudadano, cada vez más vulnerable a los poderes estatales y a otros poderes no siempre bien definidos. El ciudadano precisa del Abogado para conocer el alcance, la trascendencia de sus actos, y para ello, debe confesarle sus circunstancias más íntimas. El Abogado se convierte así en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que el sea comunicado por otro Abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto” (Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española. Cit. en CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Págs. 63 a 65). “El bien público exige que los hombres puedan libremente consultar sus asuntos o negocios sin peligro de ser descubiertos” (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 13).

³⁸⁸ “**Artículo 229.** Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de un abogado”.

³⁸⁹ El alcance del secreto se extiende aún después de terminada la relación profesional concreta, después de cesar la prestación del servicio y, para CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO (Ob. cit. Pág. 85) “es de por vida, no tiene prescripción”. Por lo tanto, aún después de terminada la relación con el cliente, lo recomendable es que el abogado evite asumir encargos donde exista riesgo de violación del secreto por conflicto de intereses (CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 43).

³⁹⁰ Los abogados “no pueden declarar en los asuntos en los cuales prestan sus servicios profesionales. En las causas en las que prestaron estos servicios, de los cuales cesaron por renuncia o por revocación, no pueden deponer contra su cliente”. En el primer caso porque la calidad de parte es incompatible con la de testigo, y en el segundo en virtud del secreto profesional (LESSONA, CARLOS. Ob. cit. Tomo IV. Págs. 40-46. Véase también CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Págs. 26-30 y 42); “los depositarios de esos secretos profesionales son en realidad extraños a aquellos delitos, y no hacen otra cosa que prestar a los culpables asistencia de su ministerio”. De ahí que se pregunte: “¿Han de ser constreñidos a revelar tales actos de asistencia, a traicionar la confianza de que son objeto, de destruir la seguridad de las relaciones profesionales con los ciudadanos? ¿Acaso la sociedad no tiene otro interés que andar buscando por doquier indicios y pruebas de los delitos? ¿No tiene el interés no menos sagrado de mantener la seguridad de aquellas relaciones de proteger la fe jurada, de velar por el cumplimiento de los deberes morales?” (CHAUVEAU ET HÉLIE. Cit. en CARRERA BASCUÑAN, HELENA. Ob. cit. Pág. 89).

³⁹¹ CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Págs. 70, 73 y 80.

³⁹² “**Artículo 63.** El Contador Público está obligado a guardar la reserva profesional en todo aquello que conozca en razón del ejercicio de su profesión, salvo en los casos en que dicha reserva sea levantada por disposiciones legales”.

Disposición que extiende su alcance al personal auxiliar al servicio del contador, como lo expresa el artículo 65 de la misma Ley:

“**Artículo 65.** El Contador Público deberá tomar las medidas apropiadas para que tanto el personal a su servicio, como las personas de las que obtenga consejo o asistencia, respeten fielmente los principios de independencia y de confidencialidad”.

³⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997.

³⁹⁴ Es fundamental tener en cuenta lo previsto en el artículo 35 de la ley 43 de 1990 cuyo tenor literal es el siguiente: “**Artículo 35.** Las siguientes declaraciones de principios constituyen el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética de la Contaduría Pública: La Contaduría Pública es una profesión que tiene como fin satisfacer necesidades de la sociedad, mediante la medición, evaluación, ordenamiento, análisis e interpretación de la información financiera de las empresas o los individuos y la preparación de informes sobre la correspondiente situación financiera, sobre los cuales se basan las decisiones de los empresarios, inversionistas, acreedores, demás terceros interesados y el Estado acerca del futuro de dichos entes económicos. El Contador Público como depositario de la confianza pública, da fe pública cuando con su firma y número de tarjeta profesional suscribe un documento en que certifique sobre determinados hechos económicos. Esta certificación, hará parte integral de lo examinado. El Contador Público, sea en la actividad pública o privada es un factor de activa y directa intervención en la vida de los organismos públicos y privados. Su obligación es velar por los intereses económicos de la comunidad, entendiéndose por ésta no solamente a las personas naturales o jurídicas vinculadas directamente a la empresa sino a la sociedad en general, y naturalmente, el Estado. La conciencia moral, la aptitud profesional y la independencia mental constituye su esencia espiritual. El ejercicio de la Contaduría Pública implica una función social especialmente a través de la fe pública que se otorga en beneficio del orden y la seguridad en las relaciones económicas entre el Estado y los particulares, o de éstos entre sí”.

³⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ “[T]ratándose de las personas jurídicas bien puede la ley regular de manera extensa los temas atinentes a su contabilidad y, además, por razones de interés general, demandar que ciertas informaciones se revelen al público” (Ibidem). La relatividad del secreto profesional cuando concierne personas jurídicas y no naturales manifiesta, precisamente, el influjo que tiene el derecho a la intimidad de las personas naturales, como manifestación de la dignidad humana, sobre la institución del secreto profesional (UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Págs. 54 y 55).

³⁹⁸ “La actividad del contador público se superpone a la realización de una serie de acciones que son necesarias para dar cumplimiento a un deber público. Si la reserva documentaria no es absoluta, mal puede el contador de una empresa pretender sustraerse a la obligación de revelación en los eventos en que la misma ley y la Constitución la imponen, vale decir, la relativizan” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997).

³⁹⁹ “Obsérvese que el secreto profesional en estas circunstancias no tendría la función instrumental que le es propia de proteger la libertad de empresa y la libertad de asociación, sino que paradójicamente de aplicarse en términos absolutos podría anularlas” (Ibidem).

⁴⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-062 de 1998.

⁴⁰¹ Se sigue de lo anterior el alcance de la reserva de los papeles de trabajo del contador y del revisor fiscal. Preceptúa el artículo 64 Ley 43 de 1990 que “Las evidencias del trabajo de un Contador Público, son documentos privados sometidos a reservas que únicamente pueden ser conocidas por terceros, previa autorización del cliente y del mismo Contador Público, o en los casos previstos por la ley”. A su turno, dice el artículo 67 del mismo cuerpo normativo:

“**Artículo 67.** El Contador Público está obligado a mantener la reserva comercial de los libros, papeles o informaciones de personas a cuyo servicio hubiere trabajado o de los que hubiere tenido conocimiento por razón del ejercicio del cargo o funciones públicas, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.

“Parágrafo. Las revelaciones incluidas en los estados financieros y en los dictámenes de los Contadores Públicos sobre los mismos, no constituyen violación de la reserva comercial, bancaria o profesional”.

En relación con los preceptos transcritos la CORTE CONSTITUCIONAL precisó en la sentencia C-538 de 1997 que “los “papeles de trabajo del contador”, constituyen “documentos privados”, sujetos a reserva. Sin embargo, como todo documento cobijado por la reserva, para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse su presentación siempre que así lo disponga la ley”. Luego, la reserva de los papeles de trabajo del profesional no es absoluta. En particular, la reserva no procede cuando la ley faculta a las autoridades para acceder a dichos documentos en desarrollo de determinada función, como es el caso de la función jurisdiccional. En palabras de la Corte: “Se desprende de lo expuesto que no puede ser materia de secreto profesional, infranqueable para el Estado, los papeles de trabajo del contador, pues su examen por las autoridades en los eventos que contempla la ley corresponde a una posibilidad que la Constitución permite, la cual es indispensable para corroborar las certificaciones que los contadores extienden a las cifras contables que, de suprimirse, no podría llevarse a cabo. La función exclusiva concedida a los contadores, en este extremo, quedaría convertida en el extraño privilegio de decir en materia económica y financiera la verdad revelada”. Sea de anotar que se trata de una excepción contemplada por la propia Constitución. Como se dijo al hacer referencia al secreto profesional del contador, hay

aspectos de la información contable que por naturaleza están llamadas a darse a conocer, para proteger el interés público inmerso en la función contable, como la protección de terceros acreedores, inversionistas, accionistas y del Estado.

⁴⁰² CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 135.

⁴⁰³ Ya aparece consignada en el artículo 11 de la Ley 51 de 1975. A partir de la Constitución de 1991 el secreto profesional del periodista goza de un importante sustento constitucional a la luz de la lectura armónica de los artículos 20, 73 y 74 de esta obra. Al respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL ha dicho: “el artículo 73 de la Constitución consagra la protección a la libertad e independencia de la actividad periodística, en tanto que el artículo 74 contempla la inviolabilidad del secreto profesional, garantía que se traduce, en el caso de los periodistas, en la reserva de las fuentes de información” (Sentencia T-626 de 2007).

⁴⁰⁴ “El bien jurídico protegido en el secreto periodístico es el derecho a la información, no la intimidad de la fuente que proporciona la información” (CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 133); “el secreto profesional del periodista es un derecho subjetivo de naturaleza pública que integra la libertad institucional de prensa. Ese secreto coadyuva a obtener y difundir la información que le interesa a la sociedad” (BADENI, GREGORIO. Cit. en MORAGA DÍAZ, MAGDALENA. Ob. cit. Pág. 233).

⁴⁰⁵ ZAFFARONI. Cit. en CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 133. “Una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad, ayuda de manera decisiva en la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc.” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-626 de 2007).

⁴⁰⁶ CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Pág. 238.

⁴⁰⁷ “No obstante, algunos autores destacan la posibilidad de que se comunique al periodista algún dato íntimo bajo la advertencia de que no lo divulgue a terceros. En este caso consideran que la divulgación no vulnera el secreto profesional sino que se trata simplemente de una conculcación de carácter moral o social pero nunca jurídico- penal” (CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 101).

⁴⁰⁸ Idem. Pág. 135.

⁴⁰⁹ Idem. Pág. 130.

⁴¹⁰ Idem. Pág. 135.

⁴¹¹ CAPUANO TOMEY, CAROLA. Ob. cit. Pág. 237.

⁴¹² “Por sigilo sacramental se entiende la obligación de mantener el secreto más absoluto acerca de todo lo que se sabe por la confesión, hecha por un penitente en orden a la absolución, por parte del ministro del sacramento de la penitencia, cuando la manifestación de estas noticias sería tal que haría onerosa y odiosa la confesión” (BERISTAIN, ANTONIO. Ob. cit. Págs. 260 y 261).

⁴¹³ PARRA QUIJANO, JAIRO. Ob. cit. Pág. 287.

⁴¹⁴ En efecto, “Con más frecuencia de lo que parece, muchas personas, para informarse y/o para desahogarse, sienten necesidad de comunicar al sacerdote (en confesión o bajo secreto sacerdotal) sus acciones, sus conocimientos, sus noticias, sus sentimientos, etc, que desean ninguna otra persona conozca en absoluto” (BERISTAIN, ANTONIO. Ob. cit. Pág. 257).

⁴¹⁵ Idem. Pág. 258.

⁴¹⁶ ANTONIO BERISTAIN distingue entre “el sigilo sacramental” y el secreto profesional del sacerdote fuera del confesionario” (Ob. cit. Pág. 260). Al respecto, señala HERRERA

BASCUÑAN, HELENA que “a los ministros del culto se les ha considerado en la obligación de guardar secreto sobre lo que se les diga en razón de su investidura sacerdotal, aunque las confidencias sean hechas fuera de la confesión sacramental” (Ob. cit. Pág. 95). Idem. Págs. 153-155.

⁴¹⁷ “El secreto sacerdotal auricular y oral debe y puede mantenerse e interpretarse de tal manera que contribuya al mayor respeto y desarrollo de los derechos humanos y de las religiones” (Idem. Pág. 268).

⁴¹⁸ “Para todos, pero de una manera especial para los penalistas, los criminólogos y los victimólogos, el secreto profesional sacerdotal (que incluye lógicamente, sin diferenciarlo, el sigilo de la confesión) puede considerarse semejantemente al tradicional derecho de asilo en los templos, como un control o una barrera contra los posibles abusos del Leviatán del poder en general, y del poder jurídico-penal en particular (...). Con relativa frecuencia es oportuno que los individuos y los poderes, como don Quijote, tengan que frenar sus ímpetus desbocados porque “amigo Sancho, con la Iglesia hemos topado”” (Idem. Págs. 266 y 267).

⁴¹⁹ Idem. Pág. 269.

⁴²⁰ Código de Derecho Canónico. Promulgado por la Autoridad de Juan Pablo II, Papa. Dado en Roma, el día 25 de Enero de 1983.

“983 § 1. El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo.

“§ 2. También están obligados a guardar secreto el intérprete, si lo hay, y todos aquellos que, de cualquier manera, hubieran tenido conocimiento de los pecados por la confesión”.

“984 § 1. Está terminantemente prohibido al confesor hacer uso, con perjuicio del penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro alguno de revelación.

“§ 2. Quien está constituido en autoridad no puede en modo alguno hacer uso, para el gobierno exterior, del conocimiento de pecados que haya adquirido por confesión en cualquier momento”.

“1388 § 1. El confesor que viola directamente el sigilo sacramental, incurre en excomunión latae sententiae reservada a la Sede Apostólica; quien lo viola sólo indirectamente, ha de ser castigado en proporción con la gravedad del delito.

“§ 2. El intérprete y aquellos otros, de los que se trata en el c. 983 § 2, si violan el secreto, deben ser castigados con una pena justa, sin excluir la excomunión”.

⁴²¹ CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. PÁG. 87. BERISTAIN, ANTONIO. Ob. cit. Pág. 261. Sobre este punto, anota MITTERMAIER: “Con respecto a los católicos, el silencio es hasta un deber impuesto por la ley espiritual : los secretos del confesionario son sagrados, y si la ley civil quisiera estrechar al confesor a que hablase, tendería nada menos que a su completa violación ; haría cometer al sacerdote un delito eclesiástico que envuelve una pena ; echaría, en fin, por tierra la institución de la confesión, porque lo que determina, en efecto, a que se franqueen la mayor parte de las conciencias culpables, es el saber que una ley, que nadie puede obligarle a infringir, impone al sacerdote un religioso silencio. Con respecto a una persona de esta categoría, no tiene, pues, excepción el principio, y pretender crear alguna, es edificar sobre un terreno movedizo, es abandonar al Juez una solución que podría degenerar en arbitraria, y atentar a los fundamentos de la confesión” (Ob. cit. Págs. 335 y 336).

⁴²² “1550 § 1. No se admitan como testigos los menores de catorce años y los débiles mentales, pero podrán ser oídos si el juez por decreto manifiesta que es conveniente.

“§ 2. Se consideran incapaces:

“1 los que son partes en la causa o comparecen en juicio en nombre de las partes, el juez y sus ayudantes, el abogado y aquellos otros que prestan o han prestado asistencia a las partes en la misma causa;

“2 los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad”.

⁴²³ CLAVIJO GONZÁLEZ, ALFONSO. Ob. cit. Pág. 88. “Desde hace mucho años, la Iglesia católica proclama el sigilo de la confesión (con sus radicales evoluciones pretéritas y presentes) como un derecho y una obligación indiscutibles, inviolables y sin excepción posible” (BERISTAIN, ANTONIO. Ob. cit. Pág. 261). Sin embargo, se han formulado hipótesis inquietantes, que atemperarían la fuerza de este deber, como el que propone GALLINO YANZI (cit en BERISTAIN, ANTONIO. Ob. cit. Pág. 263) sobre “una persona secuestrada que sólo puede obtener la libertad si un sacerdote católico revela a la autoridad el secreto que el secuestrador le ha confiado en confesión”. Para este autor, el sacerdote tendría la obligación de avisar a las autoridades, mientras que para BERISTAIN sería necesario “valorar todas la circunstancias concretas antes de permitir (y mucho más antes de obligar) al sacerdote a hacer uso de lo oído en confesión” (Idem. Pág. 264).

⁴²⁴ “[D]ebe considerarse que cuando el pecador va a buscar al ministro protestante para pedirle, descubriéndole su conciencia, consuelos puramente espirituales, tiene por principal móvil la seguridad de una discreción inviolable y profesional, y es necesario convenir en que hay también por parte del pastor una obligación natural muy poderosa. El poder quiere, sin duda, que los fieles puedan con toda seguridad ir a buscar cerca de él el consuelo moral que les ofrece la religión. Pues bien : obligarles a testificar hechos que sólo se les han revelado bajo la fe de una confesión religiosa, sería destruir inmediatamente toda la confianza que necesita su carácter” (Ob. cit. Págs. 336 y 337).

⁴²⁵ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 67. Cita a FARIÑAS MATONI.

⁴²⁶ Ibidem. Cita a MINVIELLE.

⁴²⁷ Como señala SANTOS CIFUENTES, “todo recinto donde la persona custodia y desenvuelve las reservas y las de su familia, se erige como un ámbito propio de la intimidad. (...) No se limita únicamente al secreto de la casa, la morada o habitaciones propias del hogar con sus adyacencias, sino a la defensa en general de la intimidad misma de sus moradores en esos espacios, del privado desenvolverse sin sufrir intrusiones o molestias extrañas. El llamado derecho al secreto doméstico debe entenderse como derecho al secreto de la vida doméstica que entra en la defensa global de la *riservatezza*. Es el desenvolvimiento de la existencia humana en el sagrario de los muros y paredes domésticos; la íntima vida familiar defendida sin excepción contra la indiscreta publicidad. (...) Es decir que, tanto la habitación, la residencia, como el domicilio, y otros espacios reservados de la persona, quedan bajo el amparo jurídico; ámbitos sustraídos a indiscreciones y espionaje, que satisfacen el instinto de separarse, apartarse, vivir la soledad” (Ob. cit. Pág. 659. Cita a DE CUPIS).

⁴²⁸ Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 de la Ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos. Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA

DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 9 de noviembre de 2006 (Rad. 23.327). M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

⁴²⁹ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 68. Cita Sentencias C-024 de 1994 y C-519 de 2007 de la CORTE CONSTITUCIONAL.

⁴³⁰ GONZÁLEZ. Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 508.

⁴³¹ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 69-71. Cita Sentencias C-505 de 1999 y T-768 de 2008 de la CORTE CONSTITUCIONAL.

⁴³² “La nueva legislación procesal, ciñéndose a esa teleología, prevé mayor control a este tipo de actividades de Policía Judicial, al introducir como figura novedosa la “violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos”, muy común en el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano, a que refiere el numeral 2º y el párrafo del artículo 230, que incluso puede alegarse fundamentalmente por el indiciado o imputado como violación al debido proceso en procura de “la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento” (Corte SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 9 de noviembre de 2006 (Rad. 23.327). M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

⁴³³ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 147 a 153.

⁴³⁴ Idem. Págs. 147 a 149. Cita el artículo 82 del Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía, y la sentencia C-024 de 1994 de la CORTE CONSTITUCIONAL. Advierte el profesor ROJAS GÓMEZ que no basta con invocar la existencia de fines preventivos, ordinariamente subyacentes a la actividad administrativa, para irrumpir bajo cualquier circunstancia en el domicilio privado, pues, en todo caso, debe procederse de conformidad con criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Ob. cit. Págs. 148 y 149).

⁴³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-505 de 1999. Cit. en ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. págs. 149 y 150. Cita el artículo 2º de la Ley 383 de 1997).

⁴³⁶ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 150 a 152. Cita sentencias C-041 de 1994 y C-256 de 2008 de la CORTE CONSTITUCIONAL, así como el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁴³⁷ Idem. Págs. 152 y 153. Cita el artículo 83 del Decreto 1355 de 1970 y la Sentencia C-176 de 2007 de la CORTE CONSTITUCIONAL.

⁴³⁸ “(iii) los motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005).

⁴³⁹ BASTERRA, MARCELA. Ob. cit. Pág. 272 y 276.

⁴⁴⁰ Para la CORTE CONSTITUCIONAL, los requisitos que se acaban de enunciar son de la mayor importancia, “De tal suerte, que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación” (Sentencia C-591 de 2005).

⁴⁴¹ Sobre el particular, la SALA DE CASACIÓN PENAL ha dicho: “En relación con el conocimiento fundado a que se hace alusión, oportuno se ofrece precisar que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dicho que si bien se aleja de la categoría epistemológica de certeza, también excluye la mera sospecha, ubicándose fundamentalmente en el grado de

probabilidad. De tal suerte que preferiblemente los funcionarios de Policía Judicial previo a la práctica de las diligencias aludidas, deben desarrollar labores previas de investigación que les permitan inferir que se encuentran dentro de una de las situaciones que facilitan la incursión domiciliaria sin orden judicial previa. (...) Así las cosas, una interceptación sistemática de los preceptos aludidos permite razonablemente colegir que la exigencia de contar con motivos serios y fundados para practicar dichas diligencias también se hace extensiva a los servidores públicos que ejercen funciones de Policía Judicial; ello, como única forma de posibilitar la incursión al domicilio sin orden judicial pues, de no ser así, se propiciaría la práctica de actos arbitrarios en los que sin justificación algunas se invadiría el entorno íntimo de las personas con la consecuente vulneración de las garantías fundamentales aludidas en precedencia, lo cual ciertamente no se corresponde con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho al que adscribe la Constitución Política” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 9 de noviembre de 2006 (Rad. 23.327). M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN). “No obstante lo anterior, es necesario aclarar, así mismo, que la situación de apremio o urgencia que suele acompañar la actividad propia que desarrollan este tipo de funcionarios y que determinan la adopción de medidas inmediatas para prevenir o evitar la comisión de un delito o sus consecuencias, no puede excusarlos de contar con fundamentos serios para la práctica de tales diligencias, aunque en el sopesamiento de sus motivos han de tenerse en cuenta factores tales como la naturaleza del delito o la prodición de un daño para la víctima, entre otros, que pueden constituir motivo fundado para justificar su intervención, permitiendo prescindir en esos casos especiales de labores exhaustivas de verificación” (Ibidem).

⁴⁴² “Recapitulando, se tiene entonces lo siguiente: (i) que la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos, y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden”, esto es contadas a partir de la terminación de la diligencia” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 9 de abril de 2008. Rad. 28535. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXVII. No. 438. Bogotá. Legis. Junio de 2008. Pág. 926).

⁴⁴³ Ibidem.

⁴⁴⁴ Ibidem.

⁴⁴⁵ Sentencia del 16 de mayo de 2007 (Rad. 26.310). M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXVI. No. 430. Bogotá. Legis. Octubre de 2007. “La razón de que en tales eventos deba recurrirse al juez de control de garantías, es precisamente porque esos hallazgos derivan de diligencias que afectan derechos fundamentales. A dicho funcionario le está asignado el control, formal y material, de esos actos de investigación, valga decir, la actividad desplegada por la fiscalía en ejercicio de su atribución de persecución penal” (Ibidem).

⁴⁴⁶ Ibidem.

⁴⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005.

⁴⁴⁸ Ibidem.

⁴⁴⁹ MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Págs. 119 a 120. Con respecto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, si bien debe entenderse como aspecto del derecho a la intimidad, se ha dicho que goza de cierto grado de autonomía (Ibidem). También se ha dicho que se trata de derechos conexos (ASENCIO MELLADO, JOSÉ. Cit. en Ibidem. Pág. 119).

⁴⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002. Véase CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 637-642.

⁴⁵¹ “ARTÍCULO 235. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y SIMILARES. El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

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

“Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor”.

“La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron”.

⁴⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002.

⁴⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 25 de octubre de 2000 (Rad. 15.273). M.P. NILSON PINILLA PINILLA. “Claro está que el derecho fundamental a la intimidad personal, familiar y al buen nombre tiene reconocimiento en el artículo 15 de la Constitución Política y que la interceptación o el registro de comunicaciones solamente opera mediante orden judicial, expedida en obediencia a los requisitos previstos por la ley” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de septiembre de 2002 (Rad. 17.393). M.P. NILSON PINILLA PINILLA). “De tal modo que lo que hace ilícita a la prueba es su obtención por un tercero ajeno, es decir por la persona que graba la voz, la imagen o intercepta la comunicación de otros sin que quienes intervienen en la misma hayan expresado su consentimiento” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de julio de 2006 (Rad. 24.679). M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO).

⁴⁵⁴ Cfr. ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Págs. 22 a 24.

⁴⁵⁵ MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 138.

⁴⁵⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 507.

⁴⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de septiembre de 2002 (Rad. 17.393). M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

⁴⁵⁸ “El plazo previsto en algunas de las resoluciones que ordenaron las interceptaciones, debe contarse una vez iniciada la actividad por los funcionarios a quienes se les dio la orden, o atendiendo la prórroga que se hubiere concedido; no a partir de la fecha de las providencias que así lo dispusieron, como parece entenderlo el recurrente” (Ibidem).

⁴⁵⁹ MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Págs. 122.

⁴⁶⁰ Idem. Pág. 121. No compartimos el criterio adoptado por la SALA DE CASACIÓN PENAL en Auto del 18 de julio de 2011 (Rad. 33.118), a nuestro juicio restrictivo y formalista, al decir: “El artículo 301 de la Ley 600 de 2000, norma que también fue incluida en el artículo

235 de la Ley 906 de 2004, contiene la proscripción de interceptar las comunicaciones del defensor, pero a diferencia del primer inciso, en el que se hizo la precisión de utilizar el término comunicaciones telefónicas, debe entenderse que se trata en todo el artículo, de la afectación al abonado celular o fijo identificado como el de uso de quien funge como defensor. // La orden dada por la Corte fue la interceptación de abonados celulares de quien para ese momento no era defensora principal ni suplente, razón por la cual, se trató del ejercicio legítimo de la función investigativa, con la finalidad de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física cuya información podría llegar a tener interés para los fines de la actuación. // En esa medida, si el auto no comprendió números celulares cuya prohibición por disposición legal torna a la prueba como ilícita, sino a unos abonados celulares diversos de los defensores, no hay lugar a la exclusión (...). // Este límite legal no es dado predicarlo de las conversaciones del defensor con otra persona sobre la que sí operó la medida restrictiva, razón por la cual, la solicitud de exclusión no se aceptará” (En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XL. No. 477. Bogotá. Legis. Septiembre de 2011. Pág. 1600). A nuestro juicio, más allá de la cuestión de quien es formalmente el titular de la línea telefónica, debe excluirse cualquier contenido que se refiera a las gestiones del abogado defensor para adelantar su tarea y que estén cobijadas por la figura del secreto profesional, ya sea que éste, para tal efecto, adelante conversaciones con otros abogados, con posibles testigos o con parientes del procesado.

⁴⁶¹ “No pasa inadvertido entonces que si bien conforme al artículo 15 de la Carta Política el derecho a la intimidad garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada, pues según el mandato “sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”, los titulares de ese derecho que no es absoluto pueden renunciar a él cuando media el consentimiento de los intervinientes para que sea grabada, filmada o interceptada la conversación que se sostiene” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de julio de 2006 (Rad. 24.679). M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO). “La Sala precisa en este caso que salvo cuando se requiera autorización judicial, la grabación, interceptación de la voz o la filmación de imágenes, será viable jurídicamente (con capacidad para servir como medio de prueba judicial) cuando exista o se exprese el consentimiento de todos quienes intervienen en la conversación o en el acto que es objeto de filmación o grabación, predicándose como excepción a lo afirmado aquel evento ya insistentemente desarrollado por la jurisprudencia -que hoy se reitera- relativo a la preconstitución de prueba cuando se es víctima de un delito y la obtención de la respectiva información comporta fines judiciales probatorios” (Idem).

⁴⁶² PONCE, CARLOS RAÚL. Ob. cit. Pág. 254. Se citan, entre otros, los artículos 10º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 11 numeral 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos. El mismo autor, luego de referirse a los doctrinante que, con base en lo previsto en dichos tratados internacionales, descartan la admisibilidad de las grabaciones, hace alusión al criterio de proporcionalidad y se inclina por decir que las grabaciones pueden admitirse (Idem. Págs. 256 a 257).

⁴⁶³ ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 24.

⁴⁶⁴ “si como consecuencia de la grabación de una conversación que se creía mantener en privado se logró la autoincriminación, o una confesión no deseada, la misma no tiene

validez dado que se hizo induciendo a engaño al individuo” (BASTERRA, MARCELA. Ob. cit. Pág. 274).

⁴⁶⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 507 y 508.

⁴⁶⁶ “Una conclusión de tal naturaleza no se opone a la consideración según la cual el derecho a la intimidad involucra también la garantía a las personas “de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren”, lo que en principio constituiría un motivo impeditivo para que las grabaciones de las conversaciones y de la imagen obtenidas sin el conocimiento de quienes intervienen en ellas pudieran divulgarse o aportarse como pruebas judiciales (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de julio de 2006 (Rad. 24.679). M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO).

⁴⁶⁷ “Por eso se ha insistido de manera uniforme que las grabaciones de audio resultan legalmente “válidas y con vocación probatoria porque, como desde antaño lo ha venido sosteniendo la Sala, su práctica no requiere previa orden judicial de autoridad competente en la medida en que se han realizado, respecto de su propia voz e imagen, por persona que es víctima de un hecho punible, o con su aquiescencia y con el propósito de preconstituir la prueba del delito, por manera que no entraña intromisión o violación alguna del derecho a la intimidad de terceros o personas ajenas”” (Ibidem. Cita sentencia del 6 de agosto de 2003 (Rad. 21216)). Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: del 30 de noviembre de 2002 (Rad. 13948); del 9 de febrero de 2006 (Rad. 19219); del 6 de agosto de 2003 (Rad. 21216) y del 12 de noviembre de 2003 (Rad. 17714).

⁴⁶⁸ En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXV. No. 412. Bogotá. Legis. Abril de 2006. Pág. 681.

⁴⁶⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 523.

⁴⁷⁰ Idem. Pág. 524.

⁴⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 29 de junio de 2007 (Rad. 2000-00751). M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁴⁷² “Se sigue de lo expresado, que el registro de una conversación privada, por vía de dicente ejemplo, grabándola en una cinta magnetofónica, cuando no media el asentimiento o anuencia de los interlocutores, en principio, es un comportamiento no autorizado por la Constitución, comoquiera que, a términos de dicho ordenamiento, él comporta la alteración del derecho a la intimidad personal y, como expresión de este, el derecho a la comunicación, que supone la libertad de relacionarse con los demás privadamente, esto es, sin injerencias o interferencias de otros y sin quiebre a la debida reserva (riservatezza)” (Ibidem).

⁴⁷³ HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Pág. 73.

⁴⁷⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 500. “Bien se ha expuesto que las misivas son el vehículo del pensamiento y el que piensa es su exclusivo señor, dado que sólo él puede escoger el destinatario, al ser la carta una relación de uno con otro. Pero quién sea ese otro, sólo uno lo puede disponer (...). Se ha dicho acertadamente que “el sobre es el muro y el muro es el sobre”. Detrás de esos muros está contenido el universo de lo íntimo que es inaccesible para todo aquel que no tenga el consentimiento del titular del muro y del sobre” (CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 632-633).

⁴⁷⁵ HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Pág. 86. Cit. a MOEREMANS, DANIEL y CASAS, MANUEL GONZALO. En términos de la CORTE CONSTITUCIONAL, la correspondencia es “aquella forma de comunicación de pensamientos, noticias, sentimientos o propósitos, sostenida por

cualquier medio entre personas determinadas” (Sentencia T-696 de 1996. Cit. en Sentencia T-916 de 2008). En Sentencia C-1024 de 2002 la misma Corte sostuvo: “Es claro que ese derecho es una extensión de la libertad personal, como ocurre en relación con la inviolabilidad del domicilio y, precisamente por ello, de garantizarlo se ocupa la Constitución Política. No de ahora, sino desde antaño, el derecho a la privacidad de las comunicaciones ha tenido asiento directo en la Constitución por cuanto los seres humanos, a través del lenguaje en sus distintas modalidades, entran en contacto con sus semejantes, hacen conocer de ellos lo que piensan, expresan sus afectos, sus animadversiones, aun sus intenciones más recónditas, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas, reciben informaciones personales, a veces íntimas o que, con razón atendible o sin ella, por su propia determinación no quieren compartir con otros. Por ello, ese derecho a la libertad de comunicación y a la no interceptación ni interferencia de los demás, se extiende incluso a los consanguíneos más próximos y se impone su respeto al Estado como uno de los derechos individuales más caros a los seres humanos, y por ello, no se deja simplemente a que lo establezca la ley sino que se protege desde la Carta Política” (Cit. en Sentencia T-916 de 2008).

⁴⁷⁶ HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Pág. 73.

⁴⁷⁷ Escribe el profesor argentino GERMÁN BIDART CAMPOS: “A veces, la persecución de delitos o de irregularidades engendra ímpetus desbocados -hasta de buena fe- tendientes a su esclarecimiento y sanción. Nadie niega que la corrupción, la crimosidad, las ilicitudes, no deben quedar impunes. Pero el fin no justifica los medios, y para erradicar el mal no es ético ni justo obrar mal. Y mal se obra cuando, frente a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados, se acude como medio injustificable a su violación, so pretexto de un fin de interés social y público que nadie niega pero que exige alcanzarse lícitamente” (Cit. en HERRERO, LUIS RENÉ. Pág. 76).

⁴⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008.

⁴⁷⁹ Ibidem.

⁴⁸⁰ Ibidem.

⁴⁸¹ Véase, por ejemplo, ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 500. “Si hay un autor y un destinatario, indudablemente la carta pertenece al autor, aunque la hoja material donde está escrita sea del destinatario y pueda transmitirse a los herederos” (CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 632). Sobre el particular, explica ROLAND ARAZI: “El propietario de la carta es el destinatario, conservando el remitente el derecho sobre la propiedad intelectual; de allí que para la publicación de la misiva sea necesario el consentimiento de su autor // El destinatario, como propietario, puede usarlas en el eventual litigio que mantenga con su corresponsal. También el autor de la carta puede pedir su exhibición al destinatario” (*La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires. Ediciones La Rocca. 2001. Pág. 227).

⁴⁸² HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Págs. 88 a 91. Cita a COLOMBO, LEONARDO.

⁴⁸³ “Encriptar un documento es ocultar su contenido, impedir que su contenido sea conocido por otros, esto es, aquello que constituye la manifestación de su función representativa de datos o hechos. // Tal ocultación se produce por aplicación de una clave que hace que las palabras o figuras que contiene el documento no puedan ser leídas, entendidas o comprendidas por aquellos que aun conociendo el idioma verbal o gráfico que aparece en el mismo no tienen acceso a ella” (KAMINKER, MARIO. *Reflexiones sobre la*

incidencia de los documentos electrónicos y con firma digital en el sistema general de los documentos. En ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 183).

⁴⁸⁴ ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 26.

⁴⁸⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 503.

⁴⁸⁶ HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Págs. 88 a 95. Al respecto, puntualiza SANTOS CIFUENTES: “En realidad, hoy se considera que la correspondencia es siempre reservada, o sea, confidencial, comprendidas aquellas cartas que por su índole no ostentan ese carácter. La persona vive y actúa moralmente a través de sus opiniones y sentimientos. La reserva es un bien de estricta naturaleza personal” (Ob. cit. Pág. 636. Cita a CASTÁN TOBEÑAS).

⁴⁸⁷ ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 26.

⁴⁸⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 501 y 502. Esta autora cita el artículo 1036 del Código Civil argentino que dispone: “Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento”. Sobre esta norma observa SANTOS CIFUENTES: “Criticable o no, lo cierto es que la regla representa una faz del resguardo epistolar, tanto que impide la comprobación de los compromisos asumidos, aunque sean de origen contractual” (Ob. cit. Pág. 636).

⁴⁸⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 502.

⁴⁹⁰ Cfr. ARAZI para quien “En los juicios entre el destinatario y un tercero puede presentarse la carta o pedirse su exhibición, según quién sea la parte que intenta hacerla valer como prueba” (Ob. cit. Pág. 26). “La no admisión de cartas misivas dirigidas a terceros, (...) ha sido atenuada por la jurisprudencia. Las cartas misivas pueden presentarse en juicio, siempre y cuando (p. 227):

a) no hubiesen sido obtenidas por medio ilícitos (...);

b) no revelaren cuestiones confidenciales;

c) no estuvieren inspiradas en el simple propósito de dañar (ARAZI, ROLAND. *La prueba en el proceso civil* Ob. cit. Págs. 227 y 228).

⁴⁹¹ ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 26. LESSONA refería los siguientes supuestos: “a un tercero destinatario le está prohibido producir una carta confidencial contra el adversario, sin el consentimiento del remitente. Así sucedería si A., habiendo recibido de B. una carta en que confidencialmente se le dijera que C. confesó a B. una deuda que tenía con A., la produjera en causa contra C., sin consentimiento de B.”; “una parte destinataria no puede producir (siempre en el sentido de que no puede obtenerse su apreciación) una carta confidencial contra el adversario, remitente o destinatario, sin consentimiento del destinatario o del remitente”. Para este autor, es irrelevante como obtiene el tercero la carta, ya sea ilícitamente o por azar, porque en todo caso se necesita consentimiento de remitente y destinatario (Ob. cit. Pág. 66-67).

⁴⁹² HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Págs. 95 y ss. LESSONA también se refiere a esta opinión doctrinal, aunque no la comparte (Ob. cit. Pág. 66).

⁴⁹³ Cit. en CARLOS, EDUARDO. Cit. en HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Pág. 80.

⁴⁹⁴ ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 26 y 27. “Es de destacar que en los juicios de divorcio han sido admitidas cartas confidenciales, y se ha eximido al presentante de la misiva de dar explicaciones sobre cómo fue obtenida la carta, todo en razón de la especial naturaleza de la prueba, en ese tipo de juicios” (ARAZI, ROLAND. *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Págs. 227-228). Al respecto, anota SANTOS CIFUENTES, para el caso argentino: “La jurisprudencia ha excluido a las que denominó “cartas confidenciales”, aceptando, entonces, la existencia de aquellas que no lo son. Pero todavía, frente a las así catalogadas

de “confidenciales”, acepta la exhibición en juicio y el reconocimiento cuando se debaten cuestiones de tanta trascendencia como el divorcio, la filiación, la nulidad de matrimonio, etcétera” (Ob. cit. Pág. 636).

⁴⁹⁵ LESSONA, CARLOS. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Ob. cit. Tomo I. Págs. 67 y 68.

⁴⁹⁶ Idem. Pág. 68.

⁴⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-696 de 1996. Cit. en Sentencia T-916 de 2008.

⁴⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008.

⁴⁹⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 504 a 506.

⁵⁰⁰ Idem. Págs. 534-535.

⁵⁰¹ “**Artículo 34.** La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”.

⁵⁰² Al respecto, es ilustrativa la sentencia SU-256 de 1996 de la CORTE CONSTITUCIONAL. En este fallo se estudia la violación de la reserva de la historia clínica de un trabajador enfermo de sida dado que esta situación fue comunicada a su empleador por el médico tratante.

⁵⁰³ En Sentencia T-161 de 1993 se afirma que la historia clínica “es reservada y sólo puede ser conocida por el paciente, o por terceros, con la autorización de éste”. A juicio de la Corte, su revelación a terceros, sin autorización del paciente, configura una afectación del derecho a la intimidad.

⁵⁰⁴ “Lo irregular y lo que constituye violación de los derechos del actor [entre ellos el derecho a la intimidad], es que se haya aportado a la averiguación preliminar y haya sido recibido por el señor Juez como prueba, un dictamen médico que debía reposar en la historia clínica del señor Corrales Larrarte y no en poder del señor Almirante, infringiéndose así el mandato del artículo 29 de la Constitución, en su último inciso, que dice: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.””.

⁵⁰⁵ Estas consideraciones son reiteradas en Sentencia C-264 de 1996.

⁵⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 de 1993.

⁵⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-413 de 1993.

⁵⁰⁸ Ibidem.

⁵⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-413 de 1993 y C-264 de 1996.

⁵¹⁰ En este caso, fue objeto de impugnación que el juez de tutela de primera instancia solicitara como prueba la historia clínica del peticionario, lo que en el sentir de éste vulneró su derecho a la intimidad. Sobre el punto, en la sentencia de segunda instancia se había señalado que la reserva no tiene carácter absoluto y que no es oponible al juez cuando se exige su exhibición a una de las partes de conformidad con el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil.

⁵¹¹ Al respecto, pueden verse las Sentencias T-158 de 1994, T-443 de 1994 y T-275 de 2005 de la CORTE CONSTITUCIONAL.

⁵¹² PONCE, CARLOS RAÚL. Ob. cit. Pág. 250. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-443 de 1994.

⁵¹³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 526.

⁵¹⁴ “Los factores ponderados son múltiples: la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la

violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real. Por eso, volviendo a los dos casos sobre los diarios como medio viciado de prueba, en el caso del perjurio –un delito menos grave que el homicidio– el diario fue excluido mientras que en el caso de la tentativa de homicidio –un delito que compromete el derecho a la vida– el diario fue admitido a pesar del vicio del cual padecía como prueba” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002).

⁵¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1147 de 2001. “En este nuevo escenario tecnológico, en pleno desarrollo, los mandatos expresados en la Carta Política cobran un significado sustancial que demanda del juez constitucional la protección de los derechos reconocidos a todas las personas, pues se trata de garantías que también resultan aplicables en ese ámbito. En Internet, entonces, puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional”. Y añade: “A nadie escapa el valor que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como Internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.), la intimidad y el *habeas data* (artículo 15 C.P.), la libertad de conciencia o de cultos (artículos 18 y 19 C.P.), la libertad de expresión (artículo 20 C.P.), el libre ejercicio de una profesión u oficio (artículo 26 C.P.), el secreto profesional (artículo 74 C.P.) y el ejercicio de los derechos políticos que permiten a los particulares participar en las decisiones que los afectan (artículos 2 y 40 C.P.), por citar tan sólo algunos ejemplos. Nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales”.

⁵¹⁶ UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 86.

⁵¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008.

⁵¹⁸ Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Artículo 236.

⁵¹⁹ LUIS RENÉ HERRERO conceptúa sobre la particular vulnerabilidad del correo electrónico y de las dificultades para determinar la autenticidad de los documentos electrónicos, aún a pesar de la existencia de procedimientos como la firma digital, tema que entra en la órbita de la valoración judicial de la prueba (Ob. cit. Págs. 73 a 76). Sobre documentos electrónicos y correo electrónico véase GONZÁLEZ ZAMAR, LEONARDO. *Prueba y nuevas tecnologías. Internet, correo electrónico, firma electrónica y digital*. En ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Págs. 159 a 176.

⁵²⁰ “[A] diferencia de lo que ocurre con la correspondencia epistolar, los ISP [Internet Service Provider – Proveedor del Servicio de Internet] pueden acceder si lo desean a través de los IP [Internet Protocol – Protocolo de Internet] de los usuarios al contenido de los *e-mails* y a todos los hechos que se derivaran de la conexión, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a la intimidad y/o privacidad de aquéllos” (HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. 75).

⁵²¹ HERRERO, LUIS RENÉ. Ob. cit. Págs. 75 a 76. Otra particularidad del correo electrónico es la dificultad de determinar, en ocasiones, su originalidad y remitente (Idem. Págs. 73 y 74), por ejemplo, por la imposibilidad de recurrir a la formación de un cuerpo de escritura para someterlo a la evaluación de un perito calígrafo, como ocurre con las cartas manuscritas, o por la posibilidad de que personas distintas al titular de la cuenta accedan a ella para enviar un correo apócrifo.

⁵²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008. Cita a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO.

⁵²³ CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 648.

⁵²⁴ Artículo 2º literal a.

⁵²⁵ Artículo 10. Al respecto puede verse CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008 y ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 29 a 30.

⁵²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008. Cita Sentencia T-696 de 1996.

⁵²⁷ Ibidem.

⁵²⁸ Sobre este debate en la jurisprudencia extranjera puede verse CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Pág. 649.

⁵²⁹ Así, por ejemplo, parece razonable la instalación de cámaras en los pasillos, en los ingresos de las dependencias o en las oficinas, pero no se observa aceptable su instalación en baños, en vestuarios u otros lugares donde la observación de las personas implique una afectación desproporcionada de la intimidad. También se destaca la facultad de hacer pesquisas en los armarios asignados al trabajador, preferiblemente en su presencia (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Págs. 598-599).

⁵³⁰ Idem. Págs. 598-602.

⁵³¹ “La sustracción y divulgación de la información personal hallada en el computador, se produjo sin autorización de su titular, y en consecuencia se erige en un proceder trasgresor del derecho fundamental a la intimidad personal. No puede considerarse que el hecho de que hubiese sido transitoriamente depositada, como refiere la actora, en el computador institucional comporte un consentimiento implícito para el acceso y divulgación de la misma. La información se encontraba guardada en una carpeta personal, no expuesta a la vista pública por voluntad de la actora, quienes ingresaron a ella debieron superar los controles técnicos usuales para el acceso a un archivo de computador. De tal manera que sí hubo una indebida intromisión en una información que sólo concernía a su titular, y que estaba amparada por la reserva que impone el derecho a la intimidad personal. La relación laboral existente entre actora y demandada no autorizaba esta invasión a aspectos de la vida privada de la primera, por antiestético, desagradable o “escabroso” como lo define la demandada, que le pareciera el contenido de las imágenes que halló en el archivo auscultado. Se trataba de una información que revelaba escenas de la vida personal de la actora, sin incidencia alguna en su desempeño laboral” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-405 de 2007).

⁵³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. Agrega la Corte que “Una base de datos se diseña con un propósito específico y debe ser organizada con una lógica coherente”. “[U]n banco de datos no es otra cosa que un conjunto de informaciones que se refieren a un sector particular del conocimiento, las cuales pueden articularse en varias bases de datos y ser distribuidas a los usuarios de una entidad que se ocupa de su constante actualización y ampliación. // O lo que es fundamentalmente lo mismo, un conjunto de informaciones exhaustivas y no redundantes sobre un determinado tema, manejado por un específico conjunto de programas” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. Cita a LOSANO, MARIO). Se destaca que uno de los aspectos más importantes de las bases de datos consiste en “establecer correlaciones entre datos que aisladamente son las más de las veces inofensivos pero que reunidos pueden descubrir aspectos cuya revelación atenta contra la libertad e intimidad del ciudadano” (Ibidem). Las bases de datos pueden ser públicas o privadas (UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Págs. 283-287; Cifuentes, Santos. Ob. cit. Pág. 663 y 664).

⁵³³ “Los atentados contra la intimidad realizados a través de medios informáticos pueden provenir no sólo de la recogida y almacenamiento de datos pertenecientes a la esfera de la intimidad en sí, sino de la capacidad de almacenamiento y de las combinaciones que puedan realizarse entre los más diversos datos, ya sean íntimos, inocuos o triviales” (GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA. Ob. cit. Pág. 41).

⁵³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007.

⁵³⁵ El concepto de base o banco de datos debe distinguirse de la noción de archivo. El archivo es “el reflejo documentario de la actividad práctica, jurídica o administrativa de una persona o institución” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-443 de 1994. Cit. en UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 276), o en otros términos, “es un conjunto orgánico de documentos, unidos por un vínculo originario o de procedencia, que sirven para recuperar con agilidad y en tiempo oportuno toda la información almacenada por una oficina o institución en el curso de su actividad” (UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 276). El archivo tiene, entonces, un soporte material (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-214 de 2004) que consiste, precisamente, en los documentos que lo conforman, los cuales ocupan un espacio físico en un lugar determinado. Con fundamento en lo anterior, así discurre UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS sobre las semejanzas y diferencias entre una base de datos y un archivo: “En común comparten varios elementos: la función de acopiar información especializada, de conservarla de manera ordenada, y de asegurar facilidades para acceder a ella. Los diferencian en especial las formas en que se administra la información en puntos concretos. La forma como se acopia la información; mientras en el archivo es indispensable disponer de los soportes físicos, en el banco o en la base de datos el soporte físico es prescindible. La forma como se conserva; mientras en el archivo es necesario garantizar un espacio físico con ciertas condiciones de tamaño, luz, humedad, ventilación etc., en el caso de las bases de datos, la conservación se realiza mediante sistemas electrónicos y el lugar físico de su almacenamiento puede ser remoto. La forma como se trata y se accede; mientras en el archivo se opera de manera directa y manualmente, en el banco de datos opera de manera electrónica, mediante el uso de diferentes programas” (Ob. cit. Pág. 282 y 283). Por lo tanto, de cara a la obtención de pruebas judiciales a través de la búsqueda en archivos son aplicables, en línea de principio, la normas que rigen la prueba documental, pues, como se dijo, se trata esencialmente de un conjunto de documentos. Asimismo, comoquiera que el archivo ocupa un lugar físico, cuando se irrumpe en éste deben observarse las normas sobre inspección judicial, allanamiento y registro, según el caso.

⁵³⁶ ARENAS RAMIRO, MÓNICA. Ob. cit. Págs. 378 y ss.

⁵³⁷ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 329 y 330. Al respecto, UPEGUI MEJÍA cita las sentencias T-424 de 1992, T-444 de 1992, T-008 de 1993, T-220 de 1993, T-359 de 1993, T-413 de 1993 y T-164 de 1994 de la CORTE CONSTITUCIONAL, relativas a una etapa de confusión en la jurisprudencia de esta Corporación entre la intimidad y el habeas data. En sentencia T-444 de 1992, la Corte consideró el habeas data como una de las dimensiones de la vida privada. A su vez, en el fallo T-359 de 1993 se hizo referencia al habeas data como uno de los “elementos integrantes” del derecho a la intimidad (Ob. cit. Págs. 77 a 79).

⁵³⁸ También se le ha considerado parte integrante de otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad (ARENAS RAMIRO, MÓNICA. Ob. cit. Págs. 383 y ss.).

⁵³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007.

⁵⁴⁰ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Págs. 83 y 84. “*La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.*” Como explícitamente lo reconoce el artículo 15 de la Carta Fundamental, es la facultad que tienen todas las personas de “*conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. Cita sentencias SU-082 de 1995 y T-522 de 1997).

⁵⁴¹ UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 91. La CORTE CONSTITUCIONAL se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la relación entre las bases de datos, el derecho a la intimidad y el habeas data: “Las intervenciones que se producen mediante los registros (que como se precisó pueden recaer sobre documentos digitales o archivos computarizados) y allanamientos con fines de investigación penal entran en tensión con el derecho a la intimidad, en tanto que las intervenciones que se realizan sobre los *datos personales* pueden comprometer el derecho al habeas data y el derecho a la intimidad, que como se explicará a continuación, no obstante derivar uno y otro su validez del artículo 15 de la Carta, conservan su propia autonomía” (Sentencia C-336 de 2007). Valga anotar que en sus inicios este Tribunal confundió ambos derechos. Sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte en este punto es suficientemente ilustrativo el párrafo siguiente: “A partir de la sentencia T-414 de 1992, la Corte tuteló indistintamente los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informática en los casos en los cuales estuvieran comprometidos derechos fundamentales y datos personales. Sólo hasta la sentencia T-552 de 1997, la Corte deslinda definitivamente los dos derechos. Sobre esta evolución jurisprudencial se pueden consultar las sentencias T-022 de 1993, en la que la Corte resuelve un caso sobre vulneración de derechos a partir de la divulgación de datos erróneos, y trata indistintamente los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informática; en la sentencia SU-082 de 1995, al resolver un caso de supuesta vulneración de derechos a partir de divulgación de datos personales incompletos, la Corte confunde el derecho a la autodeterminación informática en materia de hechos crediticios representados en datos personales y el derecho a la intimidad, al concluir que no se vulneraba el derecho a la intimidad, debido a que la información crediticia no integra el ámbito de protección de este derecho; en la sentencia T-176 de 1995, a pesar de que la Corte afirma que el derecho a la autodeterminación informática se encuentra “claramente diferenciado del derecho a la intimidad y el buen nombre”, la herencia jurisprudencial de la sentencia SU-082 de 1995, reiterada en el caso, no permite sostener tal afirmación; en la sentencia T-261 de 1995, al resolver sobre la legitimidad de la conducta de un depositario de datos personales que los cedió a un tercero sin la debida autorización del titular, la Corte, a partir de la confusión entre el derecho a la autodeterminación informática y el derecho a la intimidad, debido a que los datos personales suministrados (nombre, dirección y teléfono) eran de dominio público, no encontró violación del derecho a la intimidad” (CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-336 de 2007). Cfr. UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Págs. 61-91. La distinción entre habeas data e intimidad en la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL empieza a consolidarse a partir de las sentencias T-729 de 2002, C-887 de 2002 y T-310 de 2003. Se supera así la concepción de la relación género a especie entre intimidad y habeas data, reconociendo que ambos “tienen un objeto de protección propio y diferente que les permite identidad e independencia”, aunque, en ocasiones” “tal objeto de protección puede

coincidir” (Idem. Págs. 85-91). En estas y en otras oportunidades, la Corte ha puntualizado que además de los derechos ya mencionados existen otros que pueden verse afectados con el manejo de bases de datos, como el derecho a la honra, el derecho de petición (Sentencia C-887 de 2002. Cit. en UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 90), el derecho a la propia imagen y el derecho al buen nombre.

⁵⁴² “Ya la Corte ha señalado que las piezas de información sobre las que ejerce variadas formas de control el individuo, no son únicamente aquellas que pertenecen a su intimidad” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-567 de 1997. Cit. en UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 83).

⁵⁴³ A propósito de este tema y de la consagración en Colombia del mecanismo de búsqueda selectiva en bases de datos como una de las actividades de investigación en material penal, la CORTE CONSTITUCIONAL se refirió a la relación que existe entre la información contenida en las bases de datos y el derecho a la intimidad, así: “La confidencialidad de la información dimana del carácter personal de los datos, cuya difusión constituye una invasión a la intimidad personal o familiar de su titular” (Sentencia C-336 de 2007). Para la Corte, la información almacenada en una base de datos es de carácter personal, está sometida al principio de confidencialidad: “La confidencialidad es uno de los principios que regula la actividad del tratamiento de datos personales, en virtud del cual, las personas que intervengan en la recolección, almacenamiento, uso, divulgación y control de estos datos están obligadas, en todo tiempo, a garantizar la reserva de la misma, incluso después de finalizar sus relaciones con el responsable del tratamiento” (Ibidem).

⁵⁴⁴ UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 80. “La base de datos puede implicar no sólo referirse a un aspecto de la persona sino a su personalidad como un todo, íntegra, virtual. Basta el entrecruzamiento de datos para construir lo que la persona es, accediendo a sus negocios, familia, salud, proyecciones individuales y sociales, etcétera. De ahí que pueda sostenerse la existencia de una nueva figura jurídica que puede encontrar su protección a través del hábeas data, o de otras medidas protectoras y precautorias judiciales que no deben retacarse a la hora de tutelar la intimidad, la imagen, la identidad o el honor” (Cifuentes, Santos. Ob. cit. Pág. 664).

⁵⁴⁵ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Págs. 329 y 330.

⁵⁴⁶ BASTERRA, MARCELA. *Los derechos tutelados por el Habeas Data*. Ob. cit. Pág. 245.

⁵⁴⁷ LOIANNI, ADELINA. Ob. cit. pág. 17. Cita a PÉREZ LUÑO. “La protección constitucional opera aquí garantizando la veracidad de los datos así como el control de la confidencialidad en lo relativo a “*datos sensibles*” (Idem. Pág. 21).

⁵⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. “Con las posibilidades que ofrecen hoy las modernas tecnologías de información y, en particular, los bancos de datos computarizados, ello equivaldría también a autorizar a la persona o entidad que recibe el dato a encarcelar “virtualmente” en el banco de datos al sujeto concernido en los mismos. Lo cual, en países que carecen de una legislación específica protectora de la intimidad frente al fenómeno informático, favorecería abiertamente su cotidiana vulneración” (ibidem). “El que maneja un banco de datos y se aprovecha de ellos, dándole un destino distinto para el que fueron almacenados, está lesionando gravemente el derecho a la intimidad” (MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. pág. 271).

⁵⁴⁹ “En este contexto, los datos personales contenidos en esas bases de datos son objeto de protección en virtud de que su recolección y tratamiento es el producto de una actividad legítima que se articula sobre el consentimiento libre, previo y expreso del titular del dato,

que atiende la finalidad en vista de la cual se otorgó tal consentimiento, así como los demás principios que regulan esta actividad, lo cual le permite al titular de los datos ejercer frente al operador, los derechos y garantías que le otorga la Constitución” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007). Sobre la evolución histórica de la protección de datos en la legislación extranjera puede verse Cifuentes, Santos. Ob. cit. Pág. 662 y 663.

⁵⁵⁰ SIMITIS. Cit. en PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 347. “Igualmente y con mayor razón, a los titulares o empresarios de servicios tecnológicos y en particular de tecnologías de información, la naturaleza de su materia prima, vale decir, el dato, impone una diligencia especial en guarda del respeto a la dignidad humana sin que sea óbice el que existan o no relaciones patrimoniales que configuren propiedad” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992).

⁵⁵¹ Piénsese en la popular expresión de en nuestro tiempo “la información es poder” (PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 347).

⁵⁵² “Se ha aludido, en el plano de lo anecdótico, que la informática estatal capaz de llegar hasta los secretos más profundos de los ciudadanos ha reemplazado, en las sociedades secularizadas de nuestro tiempo, a aquel temor propio de las sociedades religiosas primitivas a un “ojo de Dios” que penetra en lo más recóndito del espíritu humano. Lo cierto es que la información es poder y que sin ella cualquier gobierno moderno sería incapaz de cumplir sus fines. Pero con un uso indebido o abusivo de la tecnología informática por parte del ejecutivo o de determinados grupos privados se amenazaría de muerte al desarrollo de las instituciones democráticas; de ahí que se impongan fórmulas que garanticen su control social” (PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 339); “Nadie ignora que el Estado social y democrático de nuestro tiempo precisa para su normal funcionamiento de un cúmulo de informaciones de las que en otras épocas podía prescindir. La planificación económica, la política fiscal, la prevención social y la persecución de las actividades delictivas son hoy tareas irrealizables sin ayuda de un amplio aparato informativo. En la actualidad es inimaginable un Estado desarrollado que no posea una pormenorizada documentación de quienes lo integran” (Idem. Pág. 348). Por eso, en los tiempos que corren, los ordenadores electrónicos han llegado a ser catalogados como “un moderno Leviatán” (Idem. Pág. 349).

⁵⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. Tan es así que no ha faltado posiciones fatalistas, como la expuesta por GUIBOURG, para quien “El loable intento de mantener la reserva de datos personales sensibles, es una batalla perdida de antemano frente al avance de los medios técnicos” (Cit. en ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ob. cit. Pág. 470). Sobre este punto es ilustrativo el siguiente párrafo de la obra de SANTOS CIFUENTES, a propósito de la evolución histórica de la informática: “Se advierte en particular el empleo de los “ficheros administrativos”, mostrando cómo todo ciudadano es afectado por la tecnología, lo que pone en peligro la intimidad y la libertad. Las posibilidades cada vez más ciertas y extendidas sobre almacenamiento de datos y su tratamiento, revelan la peligrosidad del empleo de esas herramientas por la Administración, ya que a través de un ordenador central o por el entrecruzamiento de ficheros, se permite reagrupar todas las informaciones dispersas personales de un individuo. Los riesgos y amenazas para los derechos de la esfera de intimidad, dieron pie al eslogan de finales de 1970, “Informatique et Libertés” (“Informática versus Libertades”), que a partir de la ley francesa de 1978, sobre regulación de ficheros normativos y consiguiente protección de la libertades, fue cita recurrente” (Ob. cit. Pág. 646).

⁵⁵⁴ En esta oportunidad la Corte retomó lo dicho en las Sentencias T-129 de 2002 y C-692 de 2003.

⁵⁵⁵ “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.*”” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007). De acuerdo con lo dicho en apartados anteriores de esta monografía, los ejemplos citados en este fallo, como las historias clínicas y los documentos privados, deben asumirse con beneficio de inventario.

⁵⁵⁶ “[L]a 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). Cfr. UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS quien describe, a partir de los fallos de la Corte Constitucional, la relación entre intimidad, reserva e información personal (Ob. cit. Págs. 42-76). La CORTE CONSTITUCIONAL superó la simple distinción entre información pública y privada, para establecer cuatro grados información: pública, semi-privada, privada y reservada o íntima (Idem. Pág. 74. Cita sentencia T-729 de 2002).

⁵⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. Sobre información sensible véase sentencia T-307 de 1999.

⁵⁵⁸ MEDINA DE LEIVA, ELSA VALENTINA. Ob. cit. pág. 269.

⁵⁵⁹ UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Págs. 216- 222.

⁵⁶⁰ “ARTÍCULO 244. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS. La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

“Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos”.

⁵⁶¹ “La finalidad de los preceptos fue la de sustraer tales medidas del poder de disposición de la policía judicial y radicarlas en el fiscal general o su delegado. Sin embargo, ese nivel de protección no resulta satisfactorio en relación con medidas que involucran poder de afectación, mengua o limitación de derechos fundamentales (...)” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007); “Al establecer, en las normas impugnadas, la facultad para el órgano de investigación de acceder a información confidencial, reservada a la esfera personal del individuo, sin que medie la autorización judicial previa, está estableciendo una interferencia indebida en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, que resulta efectivamente transgresora del artículos 14 C.P., así como del 250.3 ib. que establece los presupuestos bajo los cuales el Estado, en legítimo ejercicio de su potestad investigativa, puede realizar intervenciones en los derechos fundamentales” (Idem).

⁵⁶² Ibidem.

⁵⁶³ Ibidem.

⁵⁶⁴ Al respecto son ilustrativas las sentencias T-444 de 1992, T-525 de 1992 y T-066 de 1998 (UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Págs. 42-47).

⁵⁶⁵ BASTERRA, MARCELA. Ob. cit. Pág. 269.

⁵⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008. “El ámbito de la vida privada, ajeno a las intervenciones de los demás, garantiza a la persona su libertad. Quien se ve compelido a soportar **injerencias arbitrarias** en su intimidad sufre una **restricción injustificada** de su espacio vital, de su autonomía y de sus posibilidades de libre acción. Esto sucede especialmente cuando el contenido del derecho es significativamente recortado por las exigencias o cargas impuestas al mismo como resultado de la interrelación con otros derechos fundamentales” -el resaltado es de la Corte- (Sentencia T-210 de 1994. Cit. en Ibidem). La intimidad “Sólo puede ser objeto de limitaciones en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos, por el artículo 1º. de la Constitución. No basta, pues, con la simple y genérica proclamación de su necesidad: es necesario que ella responda a los principios y valores fundamentales de la nueva Constitución entre los cuales, como es sabido, aparece en primer término el respeto a la dignidad humana” (Sentencia T-414 de 1992).

⁵⁶⁷ GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 78.

⁵⁶⁸ MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 112.

⁵⁶⁹ HASSEMER. Cit. en HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 20.

⁵⁷⁰ “[E]n toda comunidad social y políticamente organizada el Estado tiene la obligación de brindar condiciones mínimas que hagan posible la convivencia pacífica de sus miembros; para ello, y como contrapartida, dispone justificadamente del poder de persecución penal que ejerce a través del proceso, que para ser legítimo debe constreñirse necesariamente a las pautas fijadas por nuestros constituyentes, pues como bien lo expresara Hassemer, una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión permita la mayor ganancia” (MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 157). “Ello, a no dudarlo, implica una opción de vida para cualquier sociedad, opción en la que estamos particularmente comprometidos los operadores de leyes. Y esa opción es por la vida dentro de un Estado de Derecho, en *democracia y libertad*” (Ibidem).

⁵⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. “[L]a consecución de la tutela judicial efectiva (...) puede entenderse que en ocasiones aparece comprometida cuando determinados actos de investigación o de prueba son de libre realización por parte del imputado. Sin embargo, la consideración de la existencia o de la conveniencia de implantar cargas u obligaciones procesales que pesen sobre el imputado no es tarea tan sencilla ni exenta de riesgos, pues entran en juego en este campo, entre otros, derechos fundamentales como el de utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (...), el derecho a la integridad personal (...), a la libertad (...), a la intimidad (...) La posible colisión entre estos derechos fundamentales ha de resolverse con exquisito tacto y a la luz, necesariamente, de una aplicación seria del principio de proporcionalidad” (HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 20 y 21). “[L]a búsqueda de la verdad histórica como objetivo del proceso penal debe conformarse a los lineamientos básicos del Estado de Derecho, que al establecer límites formales para la investigación garantiza como

contrapartida un ámbito de libertad e intimidad a los ciudadanos” (MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 114).

⁵⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-846 de 2004. Cit. en UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Ob. cit. Pág. 153.

⁵⁷³ En este punto hemos adaptado a nuestro propósito la exposición que hace UPEGUI MEJÍA para abordar el enfrentamiento entre intimidad e información, a partir de la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL (Ob. cit. Pág. 150-153. Cita Sentencias T-359 de 1993; C-621 de 2003; C-692 de 2003; y T-846 de 2004).

⁵⁷⁴ Como anota HUERTAS MARTÍN, en relación con el proceso penal, “la utilización del imputado en el proceso penal con fines probatorios ha tenido, desde siempre, una especial relevancia. Pero transcurridos, felizmente, los tiempos en que aquél aparecía únicamente en su dimensión de objeto de prueba, convirtiéndose su actuación procesal, básicamente a través de la confesión, en medio de prueba que había que conseguir a toda costa, el imputado aparece incontestablemente en la actualidad, en el marco del moderno y democrático proceso penal, y concretamente en la esfera probatoria, en una doble dimensión: de un lado como sujeto, en tanto es una parte procesal y, por ello, titular de derechos y a la vez de posibilidades, cargas y obligaciones procesales; y, de otra parte, como objeto pues (...) existen diversos actos de investigación y de prueba que se desarrollan, precisamente, tomando como base indispensable al propio imputado desde diferentes perspectivas” (Ob. cit. Pág. 20).

⁵⁷⁵ Por ejemplo, a propósito del conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, la CORTE CONSTITUCIONAL ya había dicho: “En casos de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del Estado social de derecho en que se ha transformado hoy Colombia, por virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Carta de 1991” (Sentencia T-414 de 1992). “En innumerables pronunciamientos la Corte Constitucional ha reconocido tradicionalmente la prevalencia, en principio, de los derechos a la intimidad y buen nombre sobre el derecho a la información, bajo la concepción y el entendimiento de que aquellos son una consecuencia obligada del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como valor fundamental y esencial del Estado Social de Derecho” (Sentencia SU-056 de 1995).

⁵⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-062 de 1998.

⁵⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996.

⁵⁷⁸ Particularmente en el numeral 7º del artículo 95, aunque se deduce de otras normas constitucionales.

⁵⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-976 de 2003.

⁵⁸⁰ Ibidem. “Una correcta aplicación de las normas constitucionales debe reflejarse en el equilibrio entre derechos y deberes, merced a la ponderación de los factores que inciden en la circunstancia específica, dentro de los principios generales de justicia, seguridad y equidad” (Sentencia C-657 de 1997).

⁵⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-976 de 2003. Cita Sentencia SU-259 de 1999.

⁵⁸² Por lo anterior, pese a su fuerza normativa, los deberes consagrados en la constitución necesitan, *prima facie*, de desarrollo y concreción legislativa, en concordancia con la “cláusula general de prevalencia de la libertad”, la cual de otra forma se vería amenazada por la exigibilidad irrestricta de deberes abstractos (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-

976 de 2003. Reiterado en Sentencia T-683 de 2005). Es decir, en principio los deberes requieren de regulación por parte del Legislador, comoquiera que implican una restricción de la libertad personal; excepcionalmente su cumplimiento puede exigirse directamente de conformidad con el texto constitucional, principalmente cuando su desconocimiento implique una grave violación de los derechos fundamentales de otras personas, según lo ha dicho la CORTE CONSTITUCIONAL (Sentencias T-125 de 1994 y T-976 de 2003). Asimismo, también es el Legislador el primer llamado a determinar las sanciones que acarrea su incumplimiento (Sentencia T-149 de 2002).

⁵⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-511 de 1994.

⁵⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-249 de 2002. En particular, el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia ha sido caracterizado por la jurisprudencia como un deber: positivo, o sea, consagrado expresamente en el texto constitucional; universal, es decir que vincula a todas las personas; no retribuido, pues no es de su esencia que su cumplimiento conlleve una recompensa; y derivado de la obligación de organización del poder y defensa de las libertades (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-976 de 2003). Asimismo, de conformidad con la caracterización genérica de los deberes constitucionales que se expuso, no es absoluto. Uno de sus límites más claros es, precisamente, la previsión contenida en el artículo 33 de la Carta Política. Una de sus manifestaciones que se proyecta en el plano procesal es el deber de las partes “de coadyuvar e interesarse por la marcha del proceso en el que pretende la defensa de sus derechos e intereses legítimos, so pena de correr con las consecuencias legales adversas que se derivan de su inactividad” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1104 de 2001. Reiterado en sentencia C-874 de 2003).

⁵⁸⁵ DE LA PLAZA, MANUEL. Cit. en CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Ob. cit. Pág. 700. Al respecto, señala COUTURE que debe entenderse superado el aforismo *nemo tenetur endere contra se* (Cit. en Idem. Pág. 701).

⁵⁸⁶ PICÓ I JUNOY, JOAN. *La buena fe procesal*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2011. Pág. 79.

⁵⁸⁷ Idem. Pág. 37. Cfr. MONTERO AROCA, JUAN para quien no es posible la exigencia genérica de buena fe en el proceso, sino únicamente la sanción de la mala fe, es decir, no se trata de un deber positivo sino negativo, valga decir, de abstención (Cit. en Idem. Pág. 42). Para CACHÓN CADENAS esta distinción no es posible (Cit. en Idem. Pág. 43).

⁵⁸⁸ Idem. Pág. 53.

⁵⁸⁹ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN. Cit. en Ibidem.

⁵⁹⁰ Idem. Págs. 91-94.

⁵⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-062 de 1998.

⁵⁹² PICÓ I JUNOY, JOAN. *La buena fe procesal*. Pág. 46.

⁵⁹³ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1984. Pág. 46.

⁵⁹⁴ PICÓ I JUNOY, JOAN. *La buena fe procesal*. Ob. cit. Pág. 70.

⁵⁹⁵ Idem. Pág. 51. En efecto, “los mandatos de honradez, honestidad o lealtad, que no pueden tener un concepto absoluto o definitivo, se adecuan a lo que se considera justo por la mayoría de la sociedad en un determinado contexto histórico-cultural” (Idem. Pág. 59).

⁵⁹⁶ Idem. Págs. 54-57. Como lo observara CALAMANDREI, “en ocasiones la misma ley establece (...) el deber de lealtad y probidad para las partes y para sus patrocinadores, pero no expresa en concreto, ni lo podría definir jamás, en qué consiste esta obligación” (Cit. en

Ibidem), lo cual se traduce en un reto para la doctrina y, principalmente, para la jurisprudencia (WIEACKER. Cit. en Ibidem).

⁵⁹⁷ Idem. Págs. 62-67.

⁵⁹⁸ Idem. Pág. 80.

⁵⁹⁹ “La actuación maliciosa de un litigante suele, en la mayoría de las ocasiones, estar dirigida a perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria, por lo que si se desea proteger este derecho fundamental deberá rechazarse la citada forma de actuación procesal” (Idem. Pág. 73). Y más adelante destaca que el derecho a la igualdad “exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. (...) En consecuencia, una actuación maliciosa es susceptible de romper este equilibrio de intereses que las leyes procesales establecen para hacer respetar la plena igualdad de trato entre ambos litigantes” (Idem. Pág. 74).

⁶⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

⁶⁰¹ PICÓ I JUNOY, JOAN. *La buena fe procesal*. Ob. cit. Págs. 85 y 86.

⁶⁰² Idem. Pág. 88. Cita a DíEZ-PICAZO. “La doctrina de los propios actos es de plena aplicación no sólo en el ámbito de las relaciones privadas sino también en el marco del proceso, siendo precisamente en este ámbito -y así lo pone de relieve DíEZ-PICAZO- donde surge la figura anglosajona del “estoppel”, que impide al litigante formular alegaciones en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta, configurándose como una de las reglas del *fair play* procesal” (Idem. Pág. 89).

⁶⁰³ En concreto, el abuso del derecho corresponde a una acción que a primera vista se fundamenta en el ejercicio de un derecho, pero que, observada con detenimiento, contraría el orden social, la moralidad y la buena fe, motivo por el cual se le identifica como “una conducta del todo injustificada” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE).

⁶⁰⁴ Ibidem.

⁶⁰⁵ Así comenta esta teoría LUIS JOSSERAND en su célebre ensayo sobre el abuso del derecho: “En la concepción antigua, que mira el derecho como ciencia exacta, los derechos subjetivos, tales como el derecho de propiedad o el derecho para un acreedor de obtener el pago de los que se le debe, tienen un carácter rígido y absoluto: pueden ejercerse indefinidamente y con un propósito cualquiera; llevan en sí mismos su propia finalidad” (*Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá. Temis. 2009. Págs. 2 y 3).

⁶⁰⁶ Transición que JOSSERAND describe así: “A esta concepción implacable, frenética de los derechos individuales, se opone la teoría de la relatividad, que lleva a admitir posibles abusos de los derechos, aun de los más sagrados. En esta teoría los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada” (JOSSERAND, LUIS. Ob. cit. Págs. 3 y 4). “En vano se objetará que el titular ha ejercido un derecho, ya que ha cometido una *falta* en el ejercicio de ese derecho y es precisamente esa culpa lo que se llama abuso del derecho; un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo puede

estar en conflicto con el derecho en general, con el derecho objetivo, con la juridicidad, y este conflicto es el que los romanos habían ya entrevisto y que traducían por la máxima famosa: *Summum ius, summa iniuria*” (Idem. Pág. 4).

⁶⁰⁷ Constitución Política. Artículo 1º. También es ilustrativo sobre este punto el artículo 58 de la Carta sobre propiedad privada que en lo pertinente expresa: “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Este mismo artículo consagra la expropiación “Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador”.

⁶⁰⁸ Constitución Política. Artículo 2º.

⁶⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

⁶¹⁰ Ibidem.

⁶¹¹ Ob. cit. Pág. 12. “Por respetable que sea la propiedad, hay otro derecho que es tan sagrado como ella, si no más: es el de defender, ante los tribunales, las acciones de que cada cual está investido, el derecho de acudir a la justicia, o, de manera más general, el de recurrir a las *vías legales* con la mira de asegurar la efectividad y el triunfo de nuestros derechos, con todas las armas que esto implica: acción judicial, defensa, réplicas, incidentes, recursos, quejas, vías de ejecución, en una palabra, todo el formidable arsenal del procedimiento”. Y agrega: “El litigante que hace valer sus derechos ante los tribunales cumple una función esencial; representa, no solo sus intereses personales, sino los de una sociedad, porque a esta le interesa que el derecho se realice, que no sea letra muerta. El litigante llena una función social; según la enérgica fórmula de IHERING, es “un luchador nato por el derecho, en interés de la sociedad”” (Ibidem). En efecto, como explica GUASP, en el ámbito procesal las partes tienen una serie de facultades amparadas por el ordenamiento jurídico (Cit. en PICÓ I JUNOY. *La buena fe procesal*. Ob. cit. Pág. 83), que no deben ejercerse abusivamente (Ibidem). Véase también, por ejemplo, MEDINA, GRACIELA. Cit. en ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 17.

⁶¹² ¿Abusa de su derecho a la intimidad el presunto progenitor en un proceso de filiación cuando no permite la extracción de una muestra de sangre, la cual, hoy en día, se puede hacer con un pinchazo en la punta del dedo?

⁶¹³ Ob. cit. Pág. 13.

⁶¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 2002.

⁶¹⁵ Ibidem.

⁶¹⁶ Ibidem.

⁶¹⁷ Esta herramienta está en armonía con la necesidad de ponderación entre principios, asunto estudiado por ROBERT ALEXY, para quien “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (ALEXY, ROBERT. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Pág. 86). “Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso” (Idem. Pág. 89). Sobre el principio del respeto a la

intimidad y su confrontación con otros principio, véase CIFUENTES, SANTOS. Ob. cit. Págs. 584-586.

⁶¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-142 de 2001.

⁶¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-741 de 1999. Ver también Sentencias T-426 de 1992 y C-309 de 1997, en la que se señala: “corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado”.

⁶²⁰ Al respecto, expresa HUERTAS MARTÍN: “es también de exigida aplicación el principio de proporcionalidad en toda su extensión, ya que el mismo ha de aplicarse no sólo en el momento legislativo, es decir, cuando se establece la regulación restrictiva de derechos fundamentales, sino también en el momento de la aplicación específica de dicha normativa” (Ob. cit. Pág. 395).

⁶²¹ “Para averiguar si una medida de orden legal, que busca reglamentar el ejercicio de derechos constitucionales es arbitraria, resulta necesario identificar (...) si tiene una finalidad legítima y la misma resulta adecuada, necesaria y proporcionada para el logro del objetivo que se persigue” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-584 de 1997). Al respecto ver Sentencias C-093 de 2001 y C-022 de 1996. “No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate” (Sentencia C-916 de 2002) “Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable” (Ibidem).

⁶²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-309 de 1997.

⁶²³ Ibidem. “De conformidad con el *principio de idoneidad*, debe existir una relación de causalidad entre el medio empleado y el fin buscado de tal forma que éste sea apto para conseguir el fin que se pretende alcanzar, esto es, que la naturaleza de la medida sea en sí misma adecuada para alcanzar el fin” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005).

⁶²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022 de 1996. “Según el *principio de necesidad*, la medida ordenada debe corresponder a la alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro del abanico de opciones con un nivel de efectividad probable semejante” (Sentencia C-822 de 2005). Para GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO el subprincipio de necesidad obliga “a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos” (Cit. en PICÓ I JUNOY, JOAN. *La buena fe procesal*. Ob. cit. Pág. 68).

⁶²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-584 de 1997. “El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si

ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto” (Sentencia C-916 de 2002).

⁶²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 2002.

⁶²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-822 de 2005 y C-916 de 2002.

⁶²⁸ BERNAL CUELLAR, JAIME Y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. Ob. cit. Pág. 69.

⁶²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

⁶³⁰ Por ejemplo, podría argumentarse que una exploración anal o vaginal puede ser sustituida por un examen radiológico o por una ecografía, a efecto de determinar si en uno de tales orificios se esconde algún objeto (HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 377 y 378).

⁶³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. En similares términos se expresa HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Págs. 395-397.

⁶³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. La necesidad de practicar estas medidas es un supuesto al que se llega avanzada la investigación, cuando se pueda inferir razonablemente que es probable que en el cuerpo de una persona relacionada con la investigación se encuentra información relevante para el desarrollo de la misma, de conformidad con la hipótesis delictiva y el programa metodológico.

⁶³³ MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 155 a 156. Históricamente, el aprovechamiento indiscriminado de la potestad que tiene el Estado para la investigación de delitos se ha identificado con regimenes dictatoriales (GHERSI, CARLOS. Ob. cit. Pág. 19).

⁶³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992.

⁶³⁵ Ibidem. “La restricción a las limitaciones de los derechos fundamentales propugna por su fortalecimiento. El contenido de los derechos fundamentales lleva a limitar la libertad preformativa del legislador” (Ibidem).

⁶³⁶ Ibidem.

⁶³⁷ “La Constitución contiene una escala de valores que impide, salvo casos de extrema necesidad, conceder prioridad a un bien jurídico por encima de un derecho fundamental” (Ibidem).

⁶³⁸ Ibidem.

⁶³⁹ HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 377. “En tal contexto y en el hipotético caso de que la funcionaria judicial disponga el decreto y práctica de pruebas de oficio, debe tener presente que su facultad no es ilimitada o absoluta, en tanto puede en un momento determinado en ejercicio de esa potestad dada por el ordenamiento procesal, invadir ese contenido mínimo o ámbito irreductible del derecho a la intimidad, circunstancia que conllevaría una intromisión irrazonable y desproporcionada del derecho” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008).

⁶⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007.

⁶⁴¹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 133.

⁶⁴² ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Ob. cit. Pág. 240.

⁶⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002. En igual sentido, Sentencia C-591 de 2005. Como lo expresa CAFFERATA NORES, “El modo de hacer operativas en el proceso (...) las garantías fundamentales evitando que surtan efectos probatorios sus violaciones evidentes o encubiertas, será la anulación de los actos procesales que las contienen” (Cit. en MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 149). Véase Sentencia C-491 de 1995.

⁶⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002.

⁶⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 2 de marzo de 2005 (Rad. 18.103).

⁶⁴⁶ V. gr. Sentencias SU-159 de 2002, T-233 de 2007 y T-916 de 2008.

⁶⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 2 de marzo de 2005 (Rad. 18.103). En iguales términos se expresa la SALA en sentencia del 9 de noviembre de 2006 (Rad. 23.327). M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN. La SALA DE CASACIÓN CIVIL discurre así sobre el tema: “Grosso modo, la prueba es “ilícita”, en efecto, cuando pretermite o conculca específicas garantías o derechos de estirpe fundamental”. Y más adelante explica: “La prueba es ilegal o irregular, por el contrario, cuando no pretermite un precepto constitucional fundamental sino uno de índole legal, en sentido amplio, de suerte que será la tipología normativa objeto de infracción, en esta tesitura, la llamada a determinar si se está ante una u otra clase de prueba, sobre todo a partir de la noción de derechos fundamentales” (Sentencia del 29 de junio de 2007 (Rad. 2000-00751). M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO).

⁶⁴⁸ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Págs. 284 y 285.

⁶⁴⁹ Idem. Págs. 285 y 286.

⁶⁵⁰ Idem. Págs. 288 y ss.

⁶⁵¹ “La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 2 de marzo de 2005 (Rad. 18.103)).

⁶⁵² ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 12.

⁶⁵³ Los autores que defienden la posibilidad de admitir pruebas ilegales fundamentan su posición en la necesidad de “buscar la verdad en el proceso” para lograr una decisión justa, es decir en el interés público social inmerso en el desarrollo de la función jurisdiccional (SCHÖNKE, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, MUÑOZ SABATÉ, BERNAL CUELLAR, VÉSCOVI). También se basa esta posición en el derecho a la tutela judicial efectiva; en el principio de la autonomía de las normas procesales (GOLDSCHMIDT, SCHÖNKE, CORDERO, RICCI); en el carácter matajurídico de la prueba (MUÑOZ SABATÉ, CORDERO); en el principio *male captum, bene retentum*, esto es, centrar la atención en la posesión física del material probatorio y no en su modo de adquisición, sin perjuicio de la responsabilidad por su obtención fraudulenta (GUASP); en el principio de la doble sanción por un mismo acto, es decir, que no debe concurrir la responsabilidad por la obtención fraudulenta del material probatorio con la sanción de su exclusión (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, MUÑOZ SABATÉ, BERNAL CUELLAR); y el principio *factum infectum fieri nequit*, o sea, lo que ya se hizo no se puede tener por no hecho (CAPPELLETTI). Quienes rechazan la admisión de la prueba ilegal argumentan que la actividad procesal debe realizarse dentro del respeto al ordenamiento jurídico, pues, el proceso entraña una serie de actos disciplinados por el Derecho, es el cauce dentro del cual debe desarrollarse la función jurisdiccional y toda actuación que esté por fuera de este cauce debe ser censurada (ALLORIO). También se fundamenta esta postura en los principios de lealtad procesal y buena fe (DEVIS); en el principio *nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*, es decir que el acto ilegal no puede beneficiar a su autor (CARNELUTTI); en el efecto disuasorio de la exclusión (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, CAFFERATA NORES, HOLMES); en el efecto protector de la norma vulnerada que tiene la exclusión; en el principio *quod nullum est, nullum producit*

effectum, o sea que la nulidad del acto de obtención de la prueba implica la nulidad de la prueba así obtenida (ALLORIO); en la prohibición del ejercicio arbitrario del derecho (ANGELONI); y en la debida sanción del fraude a la ley (SERRA DOMÍNGUEZ) (PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Págs. 292 a 304). Nótese como algunas de estas posturas se fundamentan en los criterios expuestos en el Capítulo anterior.

⁶⁵⁴ “En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 2 de marzo de 2005 (Rad. 18103)).

⁶⁵⁵ “Mayoritariamente se concibe por la doctrina y la jurisprudencia (...) que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (C. Penal, art. 224). // Aquella puede tener su génesis en varias causalidades a saber: // Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (C. Política, art. 1º), esto es, resultado de una tortura (C. Penal, art. 137, 178), constreñimiento ilegal (C. Penal, art. 182), constreñimiento para delinquir (C.P., art. 184) o de un trato cruel, inhumano o degradante (C. Política, art. 12). // Así mismo la prueba ilícita puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la intimidad (C. Política, art. 15) es decir, haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (C. Política, art. 28; C. Penal, arts. 189, 190 y 191), o por violación ilícita de comunicaciones (C. Política, art. 15; C. Penal, art. 129) o por retención y apertura de correspondencia ilegales (C. Política, art. 15; C. Penal, art. 192) o por acceso abusivo a un sistema informático (C. Penal, art. 195) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (C. Penal, art. 196)” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 17 de noviembre de 2010 (Rad. 35.132). M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XL. No. 472. Bogotá. Legis. Abril de 2011. Pág. 544).

⁶⁵⁶ SILVA MELERO, VALENTÍN. Cit. en PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Pág. 283.

⁶⁵⁷ MILL DE PEREYRA, RITA. Ob. cit. Pág. 115.

⁶⁵⁸ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Pág. 286.

⁶⁵⁹ Idem. Págs. 42 y 43. “El otro límite, esto es, el de la licitud de la prueba, se deriva del debido respeto a los demás derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física o psíquica (...), al honor y a la intimidad (...), a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (...), entre otros” (Ibidem).

⁶⁶⁰ Idem. Pág. 287.

⁶⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. “En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba” (Ibidem).

⁶⁶² A propósito afirma CAFFERATA NORES que “en el proceso penal la nulidad no puede ser invocada para hacerla valer en perjuicio del imputado” (Cit. en ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 31).

⁶⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 29 de junio de 2007 (Rad. 2000-00751). M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁶⁶⁴ Al respecto, es célebre en los Estados Unidos el caso conocido como *Wong Sun* (Cit. en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 159 de 2002).

⁶⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 1997.

⁶⁶⁶ “Como materia delicada en el trámite de los procesos, la seguridad jurídica, las exigencias del mismo debido proceso y el principio de que los asociados no deben hacerse justicia por su propia mano, indican que repugna con una interpretación armónica de la Constitución, la afirmación de que la nulidad del inciso final del artículo 29 opera sin necesidad de intervención de la rama judicial, prácticamente con la simple declaración unilateral del interesado” (Ibidem).

⁶⁶⁷ “Existe la creencia de que la prueba ilegalmente obtenida vicia de nulidad la actuación procesal posterior. Esta valoración es equivocada. Cuando una prueba ha sido irregularmente allegada al proceso y el juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria, que se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio, en virtud de la cláusula o regla de exclusión, que como mecanismo de saneamiento opera en esos casos” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cit. en ARAZI, ROLAND. Ob. cit. Pág. 31).

⁶⁶⁸ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Págs. 346 y ss.

⁶⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 1997.

⁶⁷⁰ Dijo la CORTE CONSTITUCIONAL en la Sentencia C-372 de 1997: “De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal”.

⁶⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002.

⁶⁷² Ibidem.

⁶⁷³ Su origen se relaciona con el caso *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* (PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Pág. 355. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005).

⁶⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. “Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto” (Ibidem).

⁶⁷⁵ PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Pág. 358.

⁶⁷⁶ “Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá

siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de *lesa humanidad* imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto”. Y agrega: “En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de *lesa humanidad* como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “*motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza*” -el resaltado es de la Corte-.

⁶⁷⁷ “ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

“Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento”.

⁶⁷⁸ Esta regla ha gozado de aplicación por parte de la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, entre otras oportunidades, en Sentencia del 4 de noviembre de 2010 (Rad. 34.418) con ponencia del Dr. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN. En dicha oportunidad la Sala estudió el caso de una persona aprehendida por la Policía y torturada por un oficial de la misma institución para que reconociera que sus acompañantes eran paramilitares. Dijo la Corporación: “Si de tal acto que ofende la dignidad humana surgieron pruebas que no fueron oportunamente excluidas del proceso, y en cambio se consideraron en la decisión recurrida, sobrevendría la nulidad de la actuación así como la remoción de los funcionarios que la tramitaron, conforme lo resolvió la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005” (En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XL. No 469. Bogotá. Legis. Enero de 2011. Págs. 15 a 18). Si bien en el proceso se probó el sometimiento a tortura del capturado, de aquél no se derivaron pruebas, motivo por el cual no procedía la nulidad.

⁶⁷⁹ Decisión de 2ª instancia del 21 de septiembre de 2009 dentro del proceso de justicia y paz con radicado 32.022. Cit. en. Sentencia de casación del 10 de marzo de 2010. Cit. en sentencia del 4 de noviembre de 2010, ya citada.

⁶⁸⁰ Sentencia de casación del 10 de marzo de 2010. Cit. en Sentencia del 4 de noviembre de 2010, ya citada.

⁶⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005. Cita Sentencia C-1092 de 2003.

⁶⁸² Ibidem. El control de garantías es “un mecanismo para compensar o encontrar un equilibrio entre la eficacia de la justicia representada en el amplio poder instructivo que (...) se asigna a la Fiscalía General de la Nación y la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio de dicha facultad, como mandato constitucional ineludible” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 de 2003).

⁶⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 de 2003. En el fallo que se cita, se declaró inexecutable la expresión “al solo efecto de determinar su validez”, contenida en el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Carta Política, referida al control del juez de garantías sobre los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones adelantados por la Fiscalía General de la Nación.

⁶⁸⁴ En esto fue enfática la CORTE CONSTITUCIONAL al referirse a la búsqueda selectiva en bases de datos y señalar que no obstante lo previsto por el legislador, se requería orden judicial previa para su práctica, comoquiera que se trata de una medida que no está expresamente exceptuada de este control por la Carta Política (Sentencia C-336 de 2007).

⁶⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007.

⁶⁸⁶ HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL. Ob. cit. Pág. 398.

⁶⁸⁷ MURCIA BALLÉN, HUMBERTO. *Recurso de Revisión Civil*. Bogotá. Librería Editorial el Foro de la Justicia. 1981. Pág. 3.

⁶⁸⁸ LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Ob. cit. Tomo I. Pág. 745.

⁶⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá. Editorial ABC. 1972. Pág. 453.

⁶⁹⁰ “El error de derecho por falso juicio de legalidad, modalidad que se halla inserta en la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba de jerarquía constitucional regulado en el artículo 29 de la Carta Política en cuyos extremos reportan “nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso”, predicado del cual se deriva normativamente un efecto-sanción de “inexistencia jurídica” y por ende de exclusión cuando de pruebas “ilícitas” o “ilegales” o recogidas de manera irregular se trate”. Lo anterior es manifestación de la concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 17 de noviembre de 2010 (Rad. 35.132). M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XL. No. 472. Bogotá. Legis. Abril de 2011. Págs. 543-545). “[E]l debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formulación, validez y eficacia de la prueba, dado que esta (...) debe sujetarse a principios basilares, como son los de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio, ocasionando la nulidad del mismo cuando efectivamente el desacato de aquellos se traduce en irrespeto de las garantías de alguna de las partes. (...) Es

por ello por lo que en sede de casación, la pretensión frente a un medio de prueba deformado debe ser la de su desestimación, no la de nulidad de todo o parte alguna del proceso, es decir, sin necesidad de invalidar la actuación, se ha de reclamar que la prueba irregular, en orden a fundar la manifestación de justicia, deje de ser apreciada, de suerte tal que el sentido del fallo quedará expuesto a la solvencia del material probatorio restante, bien para condenar o absolver”. (Auto del 28 de noviembre de 2007 (Rad. 28.656). M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXVII. No. 435. Bogotá. Legis. Marzo de 2008. Págs. 379-381). “[C]omo quiera que la controversia planteada gira en torno de la valoración que el sentenciador otorgó a la diligencia de registro que tuvo lugar en el domicilio del mencionado, ella constituye, como ya ha tenido oportunidad de exponerlo la Sala, “una fuente de prueba”, cuyo mérito también se puede atacar a través del recurso extraordinario, caso en el cual “la vía correcta para impugnar la sentencia sería la prevista en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, como error de derecho por falso juicio de legalidad”” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 9 de noviembre de 2006 (Rad. 23.327). M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN).

⁶⁹¹ De acuerdo con la doctrina desarrollada por la CORTE CONSTITUCIONAL, la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales, cuando la respectiva actuación judicial contraría manifiestamente el ordenamiento jurídico y redundaría en la violación de derechos fundamentales de los asociados (Al respecto, véanse por ejemplo las sentencias C-543 de 1992; T-079 de 1993; T-231 de 1994; T-393 de 1994; T-442 de 1994; T-483 de 1997; T-008 de 1998; T-204 de 1998; T-567 de 1998; T-766 de 1998; SU-563 de 1999; T-590 de 1999; entre otras).

⁶⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2007. Estas fueron, precisamente, algunas de las razones que llevaron a la Corte a declarar inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 en Sentencia C-543 de 1992, al señalar que no procedía la acción de tutela contra providencia judicial alguna, excepción hecha de su utilización como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en todo caso supeditada a la decisión definitiva del juez de conocimiento competente. Empero, poco tiempo después, la Corte desarrolló una postura según la cual debía distinguirse entre las decisiones judiciales propiamente dichas y aquellas actuaciones de los jueces que solo son en apariencia una providencia judicial, por entrañar decisiones arbitrarias y desprovistas de todo fundamento legal, para las cuales se acuñó, inicialmente, el término “vía de hecho”.

⁶⁹³ Por lo mismo, esta posición de la Corte no ha sido ajena a la crítica de diversos sectores de la academia; la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido un tema de intenso debate, signado por la tensión entre distintos valores, principios y derechos constitucionales: de una parte, como se dijo, la cosa juzgada, la autonomía de los jueces, la competencia, etc., y por otro lado, los derechos fundamentales conculcados por determinada actuación de una autoridad judicial. No obstante las discusiones sobre el tema, consideramos pertinente exponer la autorizada perspectiva de la CORTE CONSTITUCIONAL.

⁶⁹⁴ Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes: la relevancia constitucional del asunto; la ausencia de otros medios de defensa al alcance de la persona afectada que tengan eficacia virtual para la protección de los derechos conculcados; la interposición en un término razonable - inmediatez-; tratándose de una irregularidad procesal, la misma debe ser determinante en la decisión; que el actor identifique claramente los hechos generadores de la vulneración del

derecho; que la vulneración haya sido alegada en el proceso, de haber sido posible; y que no se trate de sentencias de tutela (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2007. Cita Sentencias T-504 de 2000; T-315 de 2005; T-008 de 1998; SU-159 de 2000; T-658 de 1998; T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001).

⁶⁹⁵ Verificado el cumplimiento de los prenotados requisitos generales debe establecerse la existencia de alguna de las causales específicas o especiales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, a saber: el defecto orgánico, el defecto procedimental, el defecto fáctico, el defecto material o sustantivo, el error inducido, la ausencia de motivación, el desconocimiento de precedentes y la violación directa de la Constitución. La aplicación de este catálogo de requisitos fue entendida por la propia Corte como la superación del concepto de “vía de hecho” (Sentencia C-590 de 2005. Cit. en Sentencia T-233 de 2007. Véanse también Sentencias T-522 de 2001, T-462 de 2003, SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001).

⁶⁹⁶ El recuento de la evolución de esta doctrina puede verse en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2007.

⁶⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-231 de 1994; T-567 de 1998; T-233 de 2007; T-916 de 2008.

⁶⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2007.

⁶⁹⁹ Ibidem.

⁷⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-538 de 1994 y SU-159 de 2002.

⁷⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 2008.

⁷⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2007.

⁷⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002. “[E]l hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como vía de hecho” (Sentencia T-008 de 1998).
