

PRUEBA ILÍCITA / EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA - Legitimación del Juez para excluirla al evidenciar vulneración de los derechos fundamentales, aún cuando no ha sido explícitamente solicitado por quien tiene interés procesal directo.

“(…) si en la ideología que marca todos los pasos estatales en nuestro modelo constitucional, se exige el respeto y materialización de los derechos fundamentales de todas las personas, no tiene cabida que en un escenario procesal donde se potencia el riesgo a vulneración de los mismos se soslaye la presencia de una mancha de semejante magnitud. No olvidemos que en el decurso de una actuación judicial los jueces se ofrecen, por encima de cualquiera otra consideración, en los guardianes de los preceptos de la Constitución”.

PRUEBA ILÍCITA / El procesado será favorecido de las consecuencias judiciales derivadas de un procedimiento trasgresor de garantías fundamentales, aunque el mismo haya tenido como destinatario una persona distinta.

“(…) en actuaciones procesales de la especie, el procesado será favorecido de las consecuencias judiciales derivadas de un procedimiento trasgresor de garantías fundamentales, aunque el mismo haya tenido como destinatario una persona distinta. La conexión de sus intereses procesales con el acto irregular es de tanta cercanía, como que por ese medio fue que una investigadora de la Fiscalía logró su ubicación y luego la tan cuestionada identificación”.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO / Elementos a tener en cuenta: caso concreto.

“Para desarrollar metodológicamente este asunto, que por las particularidades del caso ha generado profundo interés en la Colegiatura, se considera menester tratar los siguientes ítems: i) la investigación penal en el paradigma de un Estado constitucional y la reserva judicial; ii) derecho al debido proceso; iii) derecho a la intimidad; iv) derecho a la autodeterminación informática y a la protección estatal de datos personales; v) la búsqueda selectiva en bases de datos para la investigación penal en el ordenamiento jurídico colombiano; vi) la geolocalización, el derecho a la intimidad y base de datos; vii) la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico colombiano, cláusula de exclusión y legitimidad para invocarla; y, viii) caso concreto”.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO / Ilícitud de la vinculación al proceso al trasgredir los derechos fundamentales.

“Si se revisa con el indispensable rigor la forma como la investigadora del CTI adelantó su actividad con mira a identificar a la procesada y se la contrasta con toda la argumentación vertida en esta providencia, sin la menor hesitación se concluye que tal procedimiento se encuentra viciado de ilicitud. En efecto, lo primero que fluye como sustento de ese aserto es que fueron agraviados caros derechos fundamentales de quien por la vía de su celular resultó ser ubicada, y por esa misma línea establecido también el posicionamiento físico de la persona que luego fue vinculada al proceso bajo la fórmula de persona ausente”.

DERECHO A LA INTIMIDAD / Tránsito al ventilar sin autorización el posicionamiento o ubicación física.

“Ya había sido remarcado supra, que el derecho al posicionamiento o ubicación física forma parte de la variada gama de decisiones que una persona puede tomar en los contextos del derecho fundamental a la intimidad. Aquí con más veras se establece ello, si en cuenta se tiene que el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad le confería la potestad a la propietaria de su aparato móvil celular de estar en donde quisiera y por las motivaciones que fueran, sin que nadie le estuviese escrutando tales decisiones. Atrás asimismo se mencionó que, aparejado con su libertad de estacionarse en un sitio determinado, está latente el derecho a ejercer allí cualquiera actividad que solamente le incumbe al titular de esa potestad, porque pertenecen a su fuero íntimo. No puede

olvidarse aquí que la mujer indebidamente rastreada sentó raíces en la ciudad de Popayán, según se ha afirmado sin chistar, para ejercer la prostitución; ese solo es un motivo que debió ser respetado”.

**DERECHO AL HABEAS DATA O AUTODETERMINACIÓN INFORMÁTICA /
Afectación al no existir autorización de utilización de datos por parte de la
procesada, ni control judicial previo del actuar del ente investigador.**

“De otro lado, nunca fue expuesta autorización expresa o tácita por parte de la susodicha mujer a su operador para que fueran utilizados sus datos que dejó en la suscripción de la prestación del servicio de comunicación con Movistar para que fuera ella geolocalizada; vale decir, fue vulnerado el derecho de habeas data o autodeterminación informática. Y lo que es quizás más relevante, aceptando que la Fiscalía estaba habilitada para adelantar dicho procedimiento –ya se explicó que el derecho a la intimidad no es absoluto- empero no le asignó el rito que está dispuesto en los artículos 244 y 246 de la Ley 906 de 2004, respecto del cual la Corte Constitucional precisó en su sentencia C-336 de 2007, que para validar actividades investigativas como esa se exige el control judicial, que ni siquiera posterior, sino previo. Ese control, aceptó la investigadora, no fue adelantado”.

**Tribunal Superior del Distrito
Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal**

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación sentencia absolutoria
Delito	:	Homicidio
Procesada	:	Mercedes Bustos Ramírez
Radicación	:	520016000489201200004 N.I. 7653
Aprobación	:	Acta N° 2021-034 (marzo 5 de 2021)

San Juan de Pasto, diez de marzo de dos mil veintiuno

1. Vistos

Resuelve el Tribunal la apelación interpuesta por el delegado de la Fiscalía en este asunto, contra la sentencia emitida el 28 de abril de 2020 por la titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto (Nariño), mediante la cual absolvió de los cargos que por homicidio fue convocada a juicio la señora MERCEDES BUSTOS RAMÍREZ.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Conforme fue relatado por la Fiscalía en la acusación, los hechos tuvieron ocurrencia pasada la medianoche del 14 de octubre de 2012, cuando en el sector céntrico de la ciudad de Pasto (Nariño), específicamente en la Plaza del Carnaval, entre calles 18 y 19, se había suscitado un enfrentamiento entre dos grupos de personas, los que se aprestaban a la agresión física. Eso alertó a la Policía Nacional para que hiciera presencia en el lugar y cuando Mario Fernando Gómez Benavides -quien se encontraba allí en respaldo de uno de los bandos en conflicto- dialogaba con los agentes del orden, fue atacado con arma corto punzante en la parte izquierda del tórax causándole momentos más tarde la muerte, pese a haber sido conducido de inmediato a un hospital. Se señala a la ciudadana luego reportada como MERCEDES BUSTOS RAMÍREZ de ser la autora de esa letal agresión.

3. Resumen de la actuación surtida

Toda vez que no se produjo aprehensión en estado de flagrancia, se tiene que previa petición de un fiscal el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto con funciones de control de garantías el 25 de febrero de 2013 emitió orden de captura en contra de la indiciada, la que fue prorrogada el 25 de febrero de 2014. Luego, el 28 de julio de la última anualidad referida, ante el homólogo Juzgado Tercero Penal Municipal de esta ciudad se adelantó audiencia donde se declaró a la señalada mujer persona ausente, con lo que se dio vía libre para que el 25 de agosto de 2014 se llevara a término audiencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en su contra. El 29 de enero se efectuó audiencia de formulación de acusación; la preparatoria durante los días 5 de octubre de 2015 y 8 de marzo de 2016; mientras que el juicio oral se adelantó en los días 29 de noviembre de 2016, 25 de enero de 2018, 5 de marzo, 4 de junio y 25 de octubre de 2019, última calenda en que la señora Juez de conocimiento dictó sentido absolutorio del fallo; el 28 de abril de 2020 se dio lectura a la sentencia, la cual fue apelada por el representante de la Fiscalía.

4. La sentencia apelada

Habló primero la señora Juez acerca de la tipicidad, recordando que el homicidio tiene como presupuestos objetivos la existencia de los sujetos activo y pasivo, la acción que se concreta en matar, un resultado que es precisamente la muerte de un ser humano y la relación de causalidad entre la acción del sujeto activo y el deceso violento del pasivo. Enseguida hizo un recuento detallado de los argumentos expuestos por las partes e intervinientes en la clausura del debate probatorio y pasó entonces al acápite de las “*consideraciones*”, en donde comenzó por hacer alusión a la fecha de la ocurrencia de los luctuosos fácticos que nos ocupan, para afirmar que la Fiscalía no los precisó finalmente, error que en todo caso no fue el único detectado en la actuación, pues se evidenció otro que es el que en últimas llevó a la Juzgadora a considerar la absolución.

Prosiguió la señora Juez de conocimiento con el recuento de los hechos que fueron motivo de estipulaciones, a saber: la plena identidad de la acusada, la muerte violenta de Mario Fernando Gómez Benavides, la causa de ese deceso y la declaratoria de persona ausente de la encartada.

Ya en cuanto al examen de la prueba arrimada a juicio a instancia del ente instructor, se refirió a cada uno de los testimonios que desfilaron en juicio e hizo una síntesis de sus dichos, para concluir que se tiene por probada, cabalmente, la materialidad del delito en cuestión acaecido el 13 de octubre de 2012 en proximidades de la Plaza del Carnaval de Pasto y que su autora fue una mujer trabajadora sexual conocida como “La Mona” y descrita por la investigadora del CTI con “*pelo pintado, gorda, alta, blanca, con una cicatriz en la cara*”. Del mismo modo quedó demostrado que tal episodio tuvo ocurrencia en presencia de miembros de la Policía que antes habían llegado a controlar una riña, entre quienes la agresora se abrió paso para asestar el lance mortal con un arma corto punzante.

Cuestionó a los agentes del orden de negligentes por no haber evitado el ataque, pero más allá, de incurrir *“en una actuación totalmente temeraria, al ayudar a huir del lugar a la infractora”*, rayando en los terrenos del delito de encubrimiento, que por infortunio ya estaría prescrito.

Que de otras diligencias también quedó conocido que se elaboraron retratos hablados y que el subteniente Daniel Mauricio Pinto suministró el número de un teléfono celular supuestamente perteneciente a la compañera sentimental de alias “La Mona”, sin esclarecer de qué manera fue el mismo logrado, como tampoco el número y el nombre del adjudicatario. Reprobó que la investigadora de la Fiscalía Yovana del Carmen Ramírez, *“que resultaba trascendental para la pretensión incriminatoria de la Fiscalía”*, no estuvo preparada para afrontar la audiencia donde declaró, como ella misma lo admitió, y no ofreció la identidad de la persona que había sido señalada como la homicida.

Considera la *A quo* que tal error luce inexcusable, habida cuenta que la mencionada funcionaria del CTI era la única que podía suministrar ese dato, ya que los otros testigos que desfilaron en juicio afirmaron que el nombre correspondiente a MERCEDES BUSTOS RAMÍREZ lo vinieron a saber meses después de los hechos, por cuenta de que la compañera de *“Yovana del Carmen Rodríguez, (sic) no se sabe cómo, habría conocido ese nombre”*.

Que en adición, no fue posible incorporar a la actuación el informe FPJ 11 del 20 de febrero de 2013, suscrito por la aludida investigadora, en donde se consignaban los resultados de las pesquisas adelantadas para la ocasión, entre los cuales se destacaba lo atinente a la identificación de la posible autora de conducta punible en cuestión, aquello debido a que tal pieza no fue descubierta para que sea tenida como prueba documental, o para cumplir los fines de refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Añadió que, si bien lo antedicho *“se fundamenta en un tecnicismo”*, tal informe cobra importancia en la medida que se constituye en condición que atañe al debido proceso, en específico porque la defensa se vería afectada con la aducción sorpresiva de una información respecto de la cual no tuvo oportunidad de confrontar.

Descartó la señora Juez la apreciación que sobre el tópico expuso la Fiscalía, de catalogar al testimonio de su investigadora como corroboración de la estipulación Número 4, en la que se dio como probada la identidad de la acusada, y que, si no se piensa así de ese modo, se estaría sacrificando lo de fondo por lo accesorio. Así, recordó que lo estipulado fue *“la plena identidad de la señora Mercedes (sic) Bustos Ramírez, que se hiciera a través del informe de investigador de laboratorio”*. Adveró que tal convenio no puede llegar a concluir que se haya pactado que la mentada señora fue quien ejecutó la agresión fatal que nos convoca, *“en tanto queda claro que solo se dio por probada la identidad de quien fuera procesada”*. Dio razón así al delegado del Ministerio Público y al defensor que aseveraron la inexistencia de prueba sobre quién cometió el delito.

Que a lo anterior debe sumarse otra *“falencia en la cual habría incurrido la Fiscalía”*, consistente en que habiéndose solicitado los testimonios de Gladys Yesenia Gonzales Delgado y Yovana del Carmen Ramírez Santacruz y decretados que fueron en la audiencia preparatoria, solamente la segunda de ellas asistió a declarar, y que a pesar de que la susodicha testigo admitiera que en efecto adelantó con la primera diligencia de reconocimiento fotográfico, inexplicablemente no pidió el Fiscal que se incorporaran esas piezas, siendo que según precedente que referenció¹, tal importante aducción correspondía hacerse a través de la susodicha declarante.

Así, consideró la funcionaria de primera instancia que no había opción distinta en este caso que emitir sentencia de absolución, lo que en efecto decretó, no sin antes manifestar su preocupación por no haberse desplegado una mejor investigación que sea condigna con la gravedad del caso y haberse desdeñado actividad importante

¹ Citó CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773.

como la relacionada con la censurable actitud de los policías que estuvieron presentes al momento de la comisión del suceso delictuoso y además no haberse tenido el cuidado suficiente de preparar para el juicio a la investigadora.

5. La apelación

El señor Fiscal Segundo Seccional de Pasto sustentó su inconformidad con la sentencia impugnada, así:

Remarcó de entrada que es deber de los jueces hacer en estas tareas *“un análisis holístico e integral de toda la prueba”*, sin privilegiar la forma sobre el fondo del asunto, acotando que la señora Juez de conocimiento en su decisión mostró en algunas de sus argumentaciones *“ambigüedades, las mismas que le hacen inclinar la balanza hacia un fallo absolutorio”*. Acotó que nuestro sistema de investigación y juzgamiento penal en su esencia prioriza la presentación de las pruebas en el juicio, para que el juzgador las pueda examinar de manera directa.

Sostuvo que la Fiscalía cumplió su promesa de demostrar con testigos presenciales de los hechos –de quienes no se advierte ninguna parcialidad y contaron con la necesaria visibilidad-, la materialidad del delito y además que MERCEDES BUSTOS, conocida como “La Mona”, fue la persona que causó la muerte violenta de Mario Fernando Gómez Benavides y que como nunca *“le dio la cara”* a la justicia, una investigadora de la Fiscalía se encargó de identificarla.

Dijo que es cierto, como lo afirmaron la señora Juez y también el señor Agente del Ministerio Público, que mintieron los agentes de la Policía en sus declaraciones en audiencia, pues acusaron negligencia, porque en su presencia la autora del crimen pudo escabullirse.

Relievó que la acusada fue debidamente identificada, lo que se constata con el informe de plena identidad presentado y la consulta web hecha al archivo de

lofoscopia nacional, al igual que fue probada la muerte violenta de la víctima el 14 de octubre de 2012, según quedó plasmado en el informe de inspección técnica a cadáver y la revelación del álbum fotográfico elaborado con ocasión de ese suceso.

Se preguntó luego, si acaso se estipuló, entre otras cosas, la plena identidad de la encartada, *“¿se ha estado juzgando desde un principio a un fantasma?”* Recordó entonces que siempre se endilgó la investigación en contra de una persona singular e inequívocamente señalada, pero que como no asistió al proceso, hubo de declararla persona ausente, siendo que se trata de la misma mujer vista en el teatro de los acontecimientos y que más adelante fue destinataria de la actividad investigativa, tras escuchar a testigos de presencia que la referenciaron y que desencadenó la posterior identificación por parte de la investigadora Yomaira Vela.

Que en ese proceso de identificación fue importante la atestación de Yovana del Carmen Ramírez, pues hizo saber que para octubre de 2012 convivía en un inquilinato con quien ahora es reputado como víctima y otro de nombre Wilmer, rememorando que tras recibir una llamada de una amiga bajó a la Plaza del Carnaval donde su compañera sentimental iba a recibir un atentado contra su integridad, encontrando en el sitio a tres mujeres portando armas de distintas especies, una conocida como Nidia, otra Dayana y “La Mona”, quien portaba una navaja, y que por orden de esta última mencionada se hizo un tiro al piso. Que, al arribar unos agentes de la Policía, personal del Ejército que primero había llegado se retiró y es cuando la citada “Mona” en presencia de los uniformados asestó a Mario Fernando la puñalada fatal, lo que precipitó la inmediata captura por los policiales, pero que pudo zafarse de ellos y propiciar también una herida a otra fémina de nombre Yesenia, y al final emprender a placer la retirada abordando un taxi.

Que, en el contexto de esos sucesos, en la URI se adelantó un reconocimiento fotográfico de la agresora, aunque sin saberse en ese momento acerca del nombre de la misma, pero que después de un mes, una compañera de Yovana, le comentó a esta que unos investigadores viajaron a Popayán en donde hicieron la

identificación cabal de la atacante, relato que la testigo mantuvo en juicio pese a los esfuerzos del defensor por desacreditarlo en el contrainterrogatorio.

Sin identificar de quién se trata, afirmó que la atestación de la anteriormente referenciada deponente fue respaldada por otro testigo presencial, el que del mismo modo fue desdeñado por la Juzgadora de instancia, siendo que lo versionado era de especial valía, porque ofreció gran aporte en la identificación de la autora del delito, datos suministrados a la investigadora Vela Belalcázar.

Con eso pidió el señor Fiscal al Tribunal la revocatoria de la sentencia absolutoria recurrida, *“porque el análisis es sesgado, se privilegia la forma sobre el fondo, y no se articula de manera integral de quienes rindieron declaración en el juicio a la realidad de los hechos”*.

6. Intervención de los no recurrentes

6.1. El delegado del Ministerio Público

El señor Procurador Judicial 143 Judicial Penal II recorrió el traslado de la impugnación en los siguientes términos:

Hizo primero un recuento de los términos del libelo de sustentación del recurso y a los motivos de inconformidad respondió que el fallo de primer nivel se ajusta a los criterios de valoración establecidos por el legislador, por lo que no son de recibo las glosas que el apelante hizo, de que las argumentaciones expuestas por la Falladora presentan ambigüedades, si por lo contrario se consideran coherentes y sólidas.

Defendió la deducción de la *A quo* según la cual encontró que varios elementos de la tipicidad del delito fueron demostrados, pero que la Fiscalía se quedó corta en cuanto *“establecer quién es el sujeto activo del delito entendido como quien realiza la conducta típica”*. Aseguró que existe confusión en el delegado del ente instructor,

entre la mujer vinculada como acusada a la actuación, *“con la prueba que permita establecer quien (sic) fue el sujeto activo de la conducta”*.

Recordó entonces el señor Procurador cuáles fueron los hechos objeto de estipulación en el juicio, a saber: i) la plena identidad de Mercedes Bustos Ramírez, ii) la muerte violenta de Mario Fernando Gómez Benavides, iii) la causa material de ese deceso y el arma que causó la letal herida, y, iv) la declaratoria de persona ausente de la encartada.

Aseguró que de los testigos que se acercaron a declarar en juicio *“no es posible establecer con exactitud quien (sic) fue la autora del homicidio del occiso Gómez Benavides (sic)”*. Así, luego de memorar lo expuesto por cada uno de los declarantes que desfilaron en juicio, consignó que de ellos se extrae las siguientes conclusiones probatorias:

i) Que la persona vinculada procesalmente a la actuación responde al nombre de Mercedes Bustos Ramírez, la cual está identificada; ii) que gracias a las pesquisas adelantadas por la investigadora Yomaira Vela Belalcázar y un compañero de ella, se pudo identificar a la autora del homicidio de Mario Fernando Gómez, pero que la señalada testigo *“no pudo establecer la identidad de la misma por no recordar y no haber preparado su testimonio, ni el fiscal pudo hacer uso del informe respectivo para refrescar memoria por no haber sido descubierto”*; iii) si bien la testigo Yovana del Carmen Ramírez se enteró por una trabajadora sexual que los investigadores del CTI identificaron a “La Mona” como Mercedes Bustos Ramírez, ese dicho no tiene respaldo por parte de la aludida investigadora, quien no recordó datos de esa labor; iv) la declaratoria de persona ausente de la encartada, no se constituye en *“un indicio de tal peso que permita establecer es la autora del homicidio”*; y, v) que la investigación sí pudo identificar e individualizar a la autora del reato, pero que *“la Fiscalía no tuvo la diligencia y cuidado suficiente para demostrar este tópico en el respectivo juicio oral, como era su obligación”*.

En suma, concluyó el señor representante de la sociedad que, como afloran dudas insalvables acerca de que la acusada sea la ejecutora del homicidio que aquí se juzga, luce correcta la emisión del fallo absolutorio como lo hizo la señora Juez de primera instancia, decisión que pidió sea confirmada.

6.2. La defensa

La abogada Karen Ximena Martínez Coral, defensora pública del acusado, allegó escrito donde consignó las razones que en su criterio sirven para que se proceda a la confirmación del fallo apelado.

Su primera fuente de inconformidad estriba en que el recurrente no satisfizo el deber de plantear una verdadera controversia en este estadio del proceso, como para que la apelación pueda válidamente ser desatada, pues que se limitó a consignar censuras genéricas al contenido de la sentencia en cuestión aduciendo que *“no se valoró la prueba en conjunto, privilegiando la forma sobre el fondo”*, sin dar explicaciones sobre ese aserto. Trajo en apoyo a colación la defensora sendos referentes de la jurisprudencia vertical que se refieren al tema, los que reprodujo en algunos apartes.² Así, afirmó que la sustentación no le ofrece legitimación al *Ad quem* para decidir de fondo, si solamente contaría con *“afirmaciones que carecen de argumentos fácticos o jurídicos”*, y en suma desconoce de la inconformidad que le hace suponer al apelante del yerro cometido por la primera instancia que promueva la revocatoria de la decisión en ese escenario asumida.

Luego expuso que, si acaso el Tribunal considera que es posible adelantar estudio de fondo sobre lo discutido, aprovecharía la ocasión para plasmar las razones por las cuales piensa que el fallo confutado deber ser confirmado.

² Citó CSJ SP, 12 jul. 2019, rad. 540448 (sic) y CSJ SP, 20 mar. 2019, rad. 50396

Dijo entonces que, contrario a lo observado por el apelante, la señora Juez de conocimiento realizó una labor de valoración integral de la prueba, lo que se refleja al momento de referirse a cada una de las exposiciones de los testigos en juicio, incluido lo que fue fruto de las estipulaciones, tras de lo cual decantó la Juzgadora que no se arrimó prueba para identificar *“no a quien fue investigada, sino a quien incurrió en la conducta homicida”*.

Sostuvo que el señor Fiscal trata de dar por sentado que la enjuiciada era conocida como “La Mona”, pero que eso no lo demostró en el proceso, sino más bien lo que al respecto se ve es *“una cadena de errores del Ente Fiscal casi que desde el inicio del proceso y encabezada por profesionales diferentes en cada etapa procesal”*. Rememoró un episodio en el decurso en donde el delegado del ente instructor pretendió introducir un informe que no había descubierto, al igual que denotar la ausencia de preparación de la testigo de la Fiscalía, la investigadora Yomaira Vela Belalcázar, que ella misma reconoció al admitir no saber respecto de qué caso versaba su testimonio; también relievó, en esa misma línea, que poseyendo su contraparte elementos de juicio de relevancia, como lo concerniente a un reconocimiento fotográfico, no pudo incorporar esas piezas por no contar con testigos de acreditación.

Recalcó que la Fiscalía *“nunca pudo determinar las razones que aparentemente llevaron a identificar a la procesada en la ciudad de Popayán”*, sin que pudiera establecerse si existió orden formal para adelantar tal diligencia, y, lo que es más, que la investigadora del CTI haya expuesto que esa tarea de identificación fue el resultado de *“una labor de investigación de triangulación de una línea que pertenecía al parecer a una de sus allegadas”*, siendo que tampoco fue explicado por la susodicha testigo si esa actividad en particular respondiera a una orden de policía judicial, si la expidió un fiscal *“y menos aún pudo determinar si hubo control previo o posterior para tales diligencias”*. Siendo así, iteró, no hay lugar *“a enlazar a la señora Bustos Ramírez con los hechos de homicidio por los que se la acusó”*.

En lo que atañe a las estipulaciones, la defensora precisó que las mismas no son motivo de debate, porque entiende que no existe base jurídica para hacerlo. Mas lo que cabe destacar es que el delegado de la Fiscalía parece confundir haberse acordado por las partes dejar por fuera de toda controversia probatoria la identificación de quien funge como acusada, con la responsabilidad penal de esta, *“al tratarse de la misma persona que se investigó, juzgó y absolvió”*.

Con el cuestionamiento de algunas específicas intervenciones de su antagonista procesal, en punto a la manera cómo se abordó la contienda, la señora defensora clausuró sus alegatos pidiendo del Tribunal la confirmación de la sentencia recurrida.

7. Consideraciones de la Sala

A voces del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 es la Corporación competente para desatar la alzada en esta oportunidad propuesta por el delegado de la Fiscalía.

A juzgar por el contenido de las intervenciones expuestas con ocasión del trámite de alzada y en particular por los términos en que el delegado de la Fiscalía se ha manifestado en su escrito donde sustentó su disconformidad con el fallo impugnado, claramente el problema jurídico que el Tribunal debería dilucidar estriba en saber si pudo ser demostrado por parte del ente acusador, sin duda que razonablemente pueda despejarse, si quien fue legalmente vinculada al proceso es la misma persona que ejecutó la acción homicida que se ha investigado.

Pero ello solamente será posible adelantar, si antes la Corporación establece dos puntos de tensión que resultan ser determinantes: el uno tiene por objeto verificar si el recurrente cumplió con las indispensables cargas argumentativas de confrontación dispuestas para que pueda ser examinado el fondo de la controversia; y el otro tema de indefectible abordaje previo dice relación con la actividad investigativa adelantada por el ente persecutor en cuanto concierne a la

identificación plena de la procesada, que debió hacerse sin incurrir en vulneración a derechos fundamentales. Huelga aclarar que los límites de la alzada no impiden que este último interrogante sea abordado aunque no haya sido tema explícito de censura para la alzada, porque se trata de un punto que toca con garantías constitucionales en juego, y para ello el *Ad quem* no está relevado de abordar.³

7.1. Respecto al cumplimiento de la debida sustentación del recurso

Ha amonestado la abogada de la defensa, al descorrer el traslado del recurso, que la sustentación ofrecida por el apelante frente a la decisión recurrida no exhibe las tachas que ese sujeto procesal debiera increpar a la providencia absolutoria de primer nivel, por modo que no está licenciada la intervención que pudiera hacer la Corporación.

Bien sabido es que la posibilidad de examinar en segunda instancia una providencia en virtud de un recurso de apelación está dada por su interposición dentro de las oportunidades procesales previstas por la ley, por quien tiene interés jurídico para hacerlo y bajo la exposición clara y precisa de las razones de hecho y de derecho del disenso. Esto último, que atañe con la debida sustentación de un recurso, demanda en el inconforme el cumplimiento de una carga argumentativa relativa a referirse de forma específica a los fundamentos de la decisión atacada, en modo tal que deleve los yerros en que pudo haber incurrido el Juzgador en su decisión. Si bien no se exige que dicha motivación esté anclada en una técnica particular, sí debe ser capaz de suscitar un debate al interior de la Judicatura, o lo que es lo mismo, de edificar una suerte de antítesis de los postulados que soportaron la decisión del funcionario de primer grado. Cualquier manifestación que no esté encaminada a demostrar esa inconsistencia legal no puede tenerse como sustento de una impugnación⁴.

³ Sobre el tema de los límites de la alzada ver: CSJ SP, 20 abril 2016, rad. 45223 y CSJ SP, 25 mayo 2016, rad. 43837

⁴ CSJ AP, 12 ago. 2019, rad. 55.323.

De acuerdo con dichos supuestos, contrario a lo pensado por la defensa de la encartada, la apelación esgrimida por el representante de la Fiscalía sí tiene la aptitud de encumbrar un debate en esta sede judicial. Aunque en su sustentación el inconforme no emplea fórmulas habituales con las que amoneste la sentencia condenatoria de primer nivel, en su trasfondo sí exterioriza su desconcierto con una estimación del valor suasorio de las pruebas allegadas, que culminó con la sentencia anotada.

Tan eso es así que fácilmente puede extraerse que la queja del censor gravita alrededor de que se equivocó la Juzgadora al concluir que no se arrió al proceso prueba que válidamente pudiese determinar la identificación de la acusada, cuando es que, citando los testigos que ese ente llevó a declarar y con fundamento también en las probanzas que se adujeron por la vía de las estipulaciones, quedó en su sentir establecida la autoría en la comisión del delito que viene siendo juzgado, que por convicción del apelante está radicada inequívocamente en la persona de la procesada.

Si acaso no existiese esa indispensable confrontación entre el contenido de la sentencia y el discurso planteado por el señor Fiscal, como lo concluye la defensa, no habría tenido la oportunidad ella de referirse a los reparos que su contendor procesal formuló en el libelo impugnativo. Quizás esto último es la mejor muestra para comprender que sí habría lugar a que el Tribunal se pronuncie de fondo sobre los cuestionamientos planteados en la alzada. Ello, desde luego si a la postre se persuade la Sala de que, en la indispensable misión de lograr la identificación de la encartada, la Fiscalía a través de sus agentes no afrentó caros derechos fundamentales.

Para desarrollar metodológicamente este asunto, que por las particularidades del caso ha generado profundo interés en la Colegiatura, se considera menester tratar los siguientes *ítems*: i) la investigación penal en el paradigma de un Estado constitucional y la reserva judicial; ii) derecho al debido proceso; iii) derecho a la

intimidad; iv) derecho a la autodeterminación informática y a la protección estatal de datos personales; v) la búsqueda selectiva en bases de datos para la investigación penal en el ordenamiento jurídico colombiano; vi) la geolocalización, el derecho a la intimidad y base de datos; vii) la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico colombiano, cláusula de exclusión y legitimidad para invocarla; y, viii) caso concreto.

7.2. La investigación penal en el paradigma de un Estado constitucional – La reserva judicial.

No será novedoso que se diga a tiempos de hoy, que la gran reforma de 1991 a la Constitución Política de Colombia no fue inspirada en la necesidad de un simple cambio de rótulo o que responda a la intención normativa de calmar la agitada convulsión social que para ese entonces se había hecho ya demasiado evidente. En el contenido de la Carta de navegación que a partir de allí iba a regir los designios del nuevo Estado, está inmersa la inequívoca determinación de darle un viro al paradigma precedente e implantar una ideología en donde se sitúa a la persona humana como eje central sobre el cual iba a girar toda la actividad oficial.

La implantación de una ideología propia de un Estado social no solamente implica reconocer al ser humano, por el solo hecho de serlo, como depositario de infranqueables derechos inherentes a su existencia, sino, lo que es más, que en la práctica tales inmanentes prerrogativas no se queden en los terrenos estériles de la retórica, sino que sean materialmente garantizadas. Solo para mencionarlo como un útil ejemplo, derivado de esa concepción se instaló y hasta ahora funciona con inusitada eficacia –al margen de los abusos en invocarla- una figura de connotado valor, como es la acción de tutela.

La consideración de la persona natural como un fin y no como un medio para alcanzar cualquier clase de objetivos, conlleva a comprender que la única forma de un ejercicio ajustado a la Constitución obliga al respeto de esos derechos inherentes,

de los cuales unos han sido catalogados explícitamente como fundamentales. Esa categoría implica no solamente su cabal reconocimiento, sino la obligación estatal de garantizarlos y protegerlos de indebidas afectaciones de terceros, pero también de las que en el marco de sus funciones las autoridades oficiales puedan ocasionar.

Aunque si bien en la variada actividad estatal está latente el riesgo de vulneración de esa clase de derechos, nadie osaría en desconocer que uno de los escenarios donde ese peligro está más potencialmente presente, es en la actividad destinada a la investigación de delitos y el juzgamiento penal de sus responsables.

No pone en duda la Sala que la esfera de los derechos individuales de las personas en no pocas ocasiones deba verse invadida por la necesidad de investigar la comisión de conductas punibles y propender por el castigo de quienes las perpetraron. En esos contextos se entiende sin ambages que una prerrogativa individual o personal deberá ceder para el servicio de un interés general, como en efecto lo es la impartición de justicia como un medio necesario para conservar o propiciar un estado pacífico y controlado de convivencia.

Que ello sea así, empero, no significa que las autoridades encargadas de tan delicada misión estén investidas de potestades ilimitadas, y que en ese decurso puedan invadir sin control alguno el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas que de alguna manera y por circunstancias diversas se vean involucradas en la actuación. Aquella tensión expuesta con frecuencia como irreconciliable entre el *eficientismo* y el *garantismo* penal, encuentra medida en la fórmula que concibe como posible el logro de los objetivos en la lucha contra el crimen, pero que sus resultados son solamente válidos en la manera en que los medios fueron respetuosos de los derechos fundamentales. Consciente el Constituyente de que en esas actividades está latente el riesgo de afectación a caras prerrogativas humanas, es que sentó como premisa de inconmensurable valía el instituto de la reserva judicial en los procedimientos investigativos penales y le dio cabida a la figura del juez de control de garantías. Veamos:

*“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 convalidación⁵ 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”.*⁶

En efecto, el numeral 3º del artículo 250 de la Carta, reformado por el Acto Legislativo 003 de 2002, valida la facultad de la Fiscalía de investigar las conductas punibles dentro de cuya misión le corresponde *“asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”*, pero enseguida le fija una condición material al advertirle que *“En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello”*.

Ahora, del texto del referido precepto superior pueden extraerse otras útiles enseñanzas: difícilmente puede pensarse en que durante las pesquisas adelantadas por el órgano instructor, no exista alguna forma de invasión a derechos personales. Pero es lo cierto que, según las particularidades de cada caso, los investigadores podrán adelantar su tarea mediante actuaciones que no representen mayor riesgo de afectación, en cuya eventualidad no se demanda la intervención del juez de control de garantías; o, por lo contrario, requerir procedimientos intrusivos de derechos más sensibles, hipótesis en la cual opera irremisiblemente la reserva judicial.

⁵ En casos excepcionales autorizados por la propia Constitución. Se parte del principio de la necesidad de autorización previa para la adopción de aquellas medidas que impliquen afectación de derechos fundamentales, sólo excepcionalmente las medidas pueden ser convalidadas en sede judicial, en los eventos en que así lo autorice expresamente la Constitución.

⁶ Sentencia C-336 de 2007. En el mismo sentido C-979 de 2005

Es donde puede notarse que, con la pretensión de ser bastante didáctico, el legislador de la Ley 906 de 2004 en los Capítulos II y III del Título I del Libro II de esa normativa, quiso plasmar las hipótesis investigativas que requieren autorización judicial previa para su realización y las que no, destacándose en la primera categoría, en guisa de ejemplo, la inspección del lugar de los hechos (artículo 213), inspección de cadáver (artículo 214), inspección en lugares distintos al del hecho (artículo 215), registros y allanamientos (artículo 219 y siguientes), retención de correspondencia (artículo 233), interceptación de comunicaciones (artículo 235) y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (artículo 236), entre otras, con la necesaria advertencia de que en los últimos tres eventos debe adelantarse audiencia judicial de control posterior, a voces del artículo 237 *ibídem*. En ese mismo grupo está la búsqueda selectiva en base de datos (artículo 244), que fue materia de examen de constitucionalidad⁷ y que por el interés que ofrece para el caso será tema específico de análisis más adelante. Entre otras, las actuaciones que requieren de autorización judicial previa son la inspección corporal (artículo 245), registro personal (artículo 248) y la obtención de muestras que involucren al imputado (artículo 249).

De vuelta al artículo 250 de la Carta, resulta oportuno que de una vez el Tribunal haga referencia a la conclusión hoy por hoy pacífica que la Corte Constitucional derivó de su examen, al definir algo que resulta de la mayor importancia y que para no traicionar su fidelidad es bueno que se exponga en su texto original:

*“Por medio del acto Legislativo 03 de 2002 el Constituyente optó por afianzar el carácter acusatorio del sistema procesal penal colombiano, estructurando a la Fiscalía General de la Nación como una instancia especializada en la investigación de los delitos y estableciendo que, **como regla general**, las decisiones que restringen los derechos constitucionales de los investigados e imputados son tomadas por los jueces y tribunales” (Destaca esta Sala).⁸*

Y en otra ocasión, la Corte recalcó:

⁷ Sentencia C-336 de 2007.

⁸ Sentencia C-1092 de 2003

*“De las anteriores referencias jurisprudenciales surgen dos conclusiones de particular relevancia para el asunto bajo examen: (i) que como principio general, toda medida de investigación que implique afectación de derechos fundamentales debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías; (ii) que como consecuencia de ello el control posterior autorizado por la Carta (Art. 250.2) respecto de ciertas medidas que afectan derechos fundamentales, configura una excepción a la regla general, y bajo esa condición deben analizarse las hipótesis allí previstas”.*⁹

Guardando armonía y respeto por el designio del texto superior, es que el artículo 246 de la Ley 906 de 2004 consignó lo siguiente: **“Regla general. Las actividades que adelanta la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente”.** (Destaca esta Sala).

Cuando se refiere a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 250 constitucional, habla esa alta corporación -y lo recalca el texto legal acabado de transcribirse- de las posibilidades que tiene el director fiscal de la instrucción penal de disponer orden directa de allanamiento y registro de inmuebles y de interceptación de comunicaciones, tratándose ello de una excepción a la regla general de la autorización judicial previa, - permaneciendo exigible en todo caso el control posterior- no obstante se trate de una actividad que sin dudarle incursiona -y de qué manera- en los terrenos del derecho fundamental de la intimidad. Dicha excepción se explica en la coherencia conceptual que encumbra el derecho general sobre el individual, pero sin pisotear este último, pues diligencias de esa naturaleza ameritan ser adelantadas con prontitud, antes de que pudiesen ser perdidas las evidencias que se pretende conseguir.

7.3. El derecho fundamental al debido proceso en materia penal

⁹ Sentencia C-336 de 2007, criterio ratificado en Sentencia C-014 de 2018

El debido proceso está concebido como un derecho fundamental¹⁰, que ha sido definido como *“una serie de garantías que tiene por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados”*.¹¹ Lo cual implica, desde otra arista y en consecuencia, que *“El respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley y los reglamentos, con el fin de preservar las garantías –derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”*.¹²

Se desprende de lo anterior límites infranqueables a quien adelanta una actuación del orden judicial o administrativa, porque su potestad funcional no está librada a su discrecionalidad, en tanto que se supedita a precisas reglas que hunden raíces en postulados supra legales, pero que en esencia tienen por propósito la salvaguarda de los derechos fundamentales de todos quienes se encuentren por cualquier razón inmersos dentro de un trámite procesal. La materialización de la justicia solamente encuentra legitimidad en la medida en que la misma se haya plegado con rigidez a los postulados previstos a manera de garantías.¹³

Han sido establecidas las siguientes garantías como parte del debido proceso: i) el juez natural, ii) derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio, iii) el derecho a la defensa, iv) **derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico**, y, v) derecho a que las decisiones se adopten en un término razonable, sin dilaciones injustificadas.

¹⁰ Sentencia C-980 de 2010

¹¹ Sentencia T-458 de 1994. En la misma dirección: -339 de 1996, C-1512 de 2000, C-383 de 2005 y C-980 de 2010

¹² Sentencia C-980 de 2010

¹³ Sentencia C-252 de 2001

Sin desdeñar la trascendencia de cada uno de los referenciados derechos que componen y dinamizan los trazos del debido proceso, para el interés de este asunto valga relieves el destacado en segundo lugar. En materia penal, en desarrollo de una actividad investigativa, y también en el juzgamiento, los operadores, ya los fiscales y quienes ejecutan el programa metodológico ora los jueces y también los intervinientes están en la inexcusable obligación de respetar en sus actuaciones las mínimas reglas procesales establecidas previamente, que forman parte del principio de legalidad, apéndice del debido proceso, pero con más ahínco con aquellas directrices que proceden del contenido constitucional erigidos como principios.¹⁴

Finalmente, dentro del concepto general del debido proceso se destaca el debido proceso probatorio que, por supuesto se nutre este de las mismas bases, especificidades y definiciones, pero que bien puede concebirse en particularidad por el respeto de las pautas constitucionales y legales establecidas para la producción y valoración probatoria, de tal modo que la validez o la eficacia de los medios de convicción aducidos dentro de un proceso judicial no se vean afectadas por actividades arbitrarias, abusivas o desconocedoras de las garantías o procedimientos dispuestos para el efecto.

7.4. El derecho a la intimidad

Es consustancial a los seres humanos disponer de espacios, tiempos y modos para desarrollar el libre ejercicio de sus actos personales. Precisamente como ejercicio del derecho a la libertad individual y también familiar, las personas no solamente están naturalmente habilitadas para reservarse determinadas actividades al ámbito privado, sino a demandar como consecuencia que los demás respeten esa personalísima decisión y que el Estado ofrezca herramientas ciertas para garantizarla.¹⁵

¹⁴ Ver Sentencia T-445 de 1992

¹⁵ Ver entre otras Sentencias C-517 de 1998, C-850 de 2013, SU 056 de 1995, T-530 de 1992, C-913 de 2010.

*“El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. En este sentido, el derecho a la intimidad es un derecho de status negativo, o de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, a la vez que un derecho de status positivo, o de control sobre las informaciones que afecten a la persona o la familia. Mediante este derecho se asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, en el que es posible encontrar el recogimiento necesario para proyectar libremente la personalidad, sin las intromisiones propias de la vida en sociedad”.*¹⁶

Está consagrada como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución Política, en donde se plasma, entre otras prerrogativas, el derecho de toda persona a tener su intimidad personal y familiar, destacando que, como consecuencia de ese ejercicio, la correspondencia y demás formas de comunicación son inviolables, razón por la cual solamente pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Además, la intimidad se correlaciona con otros derechos como la autodeterminación y la dignidad, en tanto que *“encuentra su razón de ser y su fundamento último en el ámbito de autodeterminación y libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al sujeto como condición indispensable para el libre desarrollo de su personalidad y en homenaje justiciero a su dignidad”.*¹⁷

Como puede resultar apenas lógico, dada su representación esencial de la condición humana, el derecho a la intimidad tiene consagración en instrumentos internacionales, así:

La declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12 establece que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.* El artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza que

¹⁶ Sentencia T-210 de 1994.

¹⁷ Sentencia T-022 de 1993

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques”. En similares términos la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2.

Ahora, como puede ser comprendido con facilidad, la aceptación universal de la intimidad como un derecho fundamental no autoriza para catalogar a todo comportamiento realizado bajo esa égida como íntimo, porque habrá de aceptarse que en la variada gama de las formas como una persona ejercita el derecho a la libre disposición de sus actos individuales, habrán unos que pertenecen a aquella esfera sin discusión, pero otros que no, o simplemente hacen parte de manera cortical, de tal suerte que en puridad pueden estar sometidos al conocimiento público.

Para proyectar una dogmática que resuelva de manera efectiva los interrogantes que surgen de lo antedicho, la corte Constitucional y siguiendo los parámetros normativos del artículo 15 de la Carta, ha identificado unos niveles y grados de relación con el aludido derecho, así: personal, familiar, social y gremial.

Respecto al personal, se ha dicho, *“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 fiscalizados aspectos íntimos de su vida”*.¹⁸ El familiar *“responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la intimidad penal (...)”*.¹⁹ El social *“involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos laborales o públicos derivado de la interrelación de personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social (...)”*.²⁰ Y la gremial, *“se relaciona estrechamente con las*

¹⁸ C-787 de 2004

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

*libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse la explotación de cierta información, siendo sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual”.*²¹

Con todo, reafirmando lo que se dijo en un espacio precedente de esta sentencia, la intimidad como los otros derechos fundamentales no son absolutos, pues frente a la necesidad-deber de materializar derechos colectivos, aquella puede ser invadida por las autoridades competentes. En materia penal, en la tarea de investigación de la comisión de delitos, la Fiscalía está autorizada para realizar actividades que impliquen el ingreso a los terrenos íntimos de un sujeto individualmente considerado. Ello sucede, por ejemplo, en la práctica de las diligencias de allanamiento y registros de bienes inmuebles, la interceptación de comunicaciones y correspondencia y en la búsqueda selectiva de bases de datos, entre otras. Habrá de recalcarse, empero, que para la validez de dichas actuaciones se conserva el deber del instructor de someterlas a control de la judicatura, sea de manera posterior o previamente, según sea el caso. Veamos:

“El derecho a la intimidad no es absoluto²², como quiera que puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento²³. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que este derecho “puede ser objeto de limitaciones” restrictivas de su ejercicio “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución”²⁴, sin que por ello se entienda que se puede desconocerse su núcleo esencial.²⁵

Además:

“En todo caso, el ámbito ontológico de la intimidad solo puede ser objeto de limitaciones o interferencias por razones de “interés general, legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”. De ahí que la Corte haya manifestado que “salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, que obliguen a las personas a revelar cierta información a partir de su reconocimiento o valoración como de importancia o relevancia pública; el resto de los datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no pueden ser

²¹ *Ibíd.*

²² Sentencias C-394 de 1995, T-517 de 1998, T-453 de 2005, T-158A de 2008, y C-540 de 2012.

²³ Sentencias C-501 de 1994, C-505 de 1999, C-692 de 2003 y C-336 de 2007.

²⁴ Sentencia T-414 de 1992.

²⁵ Sentencias C-501 de 1994, C-692 de 2003 y C-336 de 2007.

divulgados, a menos que el mismo individuo decida revelar autónomamente su acceso al público”.²⁶ Igualmente ha indicado que las limitaciones al derecho a la intimidad, al igual que de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el contexto del sistema democrático.²⁷

7.5. El derecho a la autodeterminación informática y a la protección de datos personales.

La consagración constitucional del derecho a la autodeterminación informática o *habeas data*, que es también como se conoce, al igual que todo el desarrollo jurisprudencial que ha tenido, se explica en el surgimiento del denominado poder informático.²⁸ La innegable conexión de dicha prerrogativa superior con derechos de gran anclaje constitucional, como el de la intimidad, referencia que *“el habeas data pasó de ser una garantía con alcances muy limitados, a convertirse en un derecho de amplio espectro”*.²⁹

El inatajable avance de la ciencia y la tecnología ha traído la posibilidad de favorecer con oportunidad y eficacia la prestación de toda clase de servicios, para cuyo propósito se han elaborado fórmulas sistematizadas de colección de datos personales, que en la práctica buscan facilitar su actividad. Ello hace que las empresas e instituciones públicas o privadas encargadas de facilitar esos servicios, indefectiblemente sean depositarias de los datos personales de los usuarios, algunos de ellos de aparente o poca relevancia en cuanto incumbe ser pertenecientes al ámbito de la intimidad -como podría ser en principio la consignación del nombre, estado civil, dirección residencial o abonado de comunicación-, pero otros de mayor nivel de trascendencia como la posibilidad de rastreo de alguna información muy propia de sus actividades, como lo podría ser,

²⁶ Sentencia T-787 de 2004.

²⁷ Ver al respecto, Sentencias T-453 de 2005, T-158A de 2008, C-640 de 2010, C-540 de 2012, y C-850 de 2013.

²⁸ En la sentencia T-307 de 1999, se afirmó: " En las sociedades tecnológicas contemporáneas el manejo sistemático de datos personales sirve a propósitos tan variados como apoyar los procesos de distribución de las cargas y los bienes públicos; facilitar la gestión de las autoridades militares y de policía; o, fomentar el funcionamiento del mercado. En tales condiciones, quien tiene la posibilidad de acopiar, ordenar, utilizar y difundir datos personales adquiere un poder de facto, denominado "poder informático". Como puede advertirse, el abuso o la negligencia en el ejercicio de este enorme poder, apareja un serio riesgo, entre otros, para los derechos fundamentales a la personalidad, a la identidad, a la igualdad, a la intimidad, a la honra, al buen nombre o al debido proceso del sujeto concernido."

²⁹ Sentencia T-729 de 2002

verbigracia, datos concernientes a ingresos económicos y la fuente de su producción, por citar solo eso, información que se deposita sistematizadamente en un banco recolector.³⁰

Lo cierto es que, al margen del grado de la específica información dejada en manos de los operadores, lo que en rigor existe es la manifestación –expuesta de manera expresa la mayor de las veces, en estilos que se plasman en la letra menuda, y tácita en otras- de una confianza expuesta por el usuario, de que quien de facto se constituye en administrador de esos datos personales, va a hacer uso de estos circunscrito con observancia milimétrica a los contornos de la prestación de la actividad que se pacta. Cuando se supera esos hitos, asoma el abuso y con él la potencial intervención estatal en diversas formas, según se trate el asunto.

A la potestad de *“conocer, actualizar y rectificar las informaciones recogidas en archivo de banco de datos”*³¹ y desde luego también a disponer libremente de ellos, que hunde raíces en el contenido constitucional del artículo 15 Superior, se la conoce como el derecho a la autodeterminación informática o también al *habeas data*.³² Pero por resultar más didáctica y completa, debemos citar la siguiente definición de la Corte Constitucional:

*“El derecho fundamental al habeas data, es aquel que otorga la facultad³³ al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales”.*³⁴

³⁰ Los bancos de datos han sido definidos como “el conjunto de informaciones que se refieren a un sector particular del conocimiento, los cuales pueden articularse en varias bases de datos y ser distribuidas a los usuarios de una entidad (administradora) que se ocupa de su constante actualización y ampliación”. Sentencia T-414 de 1992

³¹ Sentencia T-729 de 2002

³² En Sentencia T-414 de 1992 la Corte constitucional la definió como derecho a la libertad informática.

³³ En este sentido, en sentencia T-414 de 1992, la Corte afirmó: “la libertad informática, consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás.” Así mismo, en sentencia SU-082 de 1995, afirmó: “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.” Y en la sentencia T-552 de 1997 afirmó: “...el derecho a la autodeterminación informativa implica, como lo reconoce el artículo 15 de la Carta Fundamental, 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.”*

³⁴ Sentencia T-729 de 2002

Ahora bien, teniendo en mente la naturaleza jurídica del *habeas data*, catalogada con explicitud como un derecho fundamental, y que, hay que precisarlo con toda claridad, los depositarios de esa información no pueden disponer de la misma a su arbitrio, sino, como ya fue dicho, en los contextos de los servicios que se acuerda prodigar y en suma por la libre y clara autorización del titular, la Corte Constitucional ha enseñado que tal administración de datos personales debe estar sujeta a unos principios, que no pueden ser soslayados y menos vulnerados por el recaudador. Esos principios son:

- i) *Principio de libertad*, de conformidad con el cual los datos personales de un individuo solo pueden ser objeto de registros o divulgación, si media consentimiento previo de su titular, así sea expresa o tácitamente, salvo la obligación de revelarlos para el cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo. **“En ese contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización de su titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas”**.(Destaca esta Sala).³⁵
- ii) *Principio de finalidad*, que supedita la recopilación y divulgación de datos personales a la realización de un propósito que sea constitucionalmente legítimo, de modo tal que no puede exigirse a un ciudadano a la exposición pública de datos de su vida personal, sin que exista un soporte en el contenido de la Constitución.
- iii) *Principio de necesidad*, que hace alusión a que la información personal a la que se quiere acceder, contenga una conexidad con la finalidad pretendida, quedando prohibidos el registro y divulgación de datos que excedan ese perseguido fin constitucionalmente legítimo.

³⁵ Sentencia C-787 de 2014

- iv) *Principio de veracidad*, que exige la revelación de datos personales solo y en la medida en que los mismos respondan a situaciones reales, estándar prohibido de contera la exposición de información falsa o errónea.
- v) *Principio de integridad*, referido a la obligación de divulgar de manera completa los datos requeridos, sin lugar a que se exponga información parcial, incompleta o fraccionada.
- vi) *Principio de circulación restringida*, ligado al de finalidad, la divulgación y circulación de información está sometida a los límites específicamente determinados por el objeto de la base de datos, quedando prohibida la exposición pública discriminada de su contenido.
- vii) *Principio de individualidad*, que ordena a las administradoras de datos personales a conservar separadamente las bases de datos a ellas, de tal manera que no está autorizado el cruce de datos a partir de la acumulación de información provenientes de diferentes bases.

Derívese como argumento de insoslayable utilidad que, *“El conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a la información, sino también a la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar el debido proceso de comunicación”*.³⁶

Lo dicho en precedencia invita a la Sala a prever que, dadas las condiciones particulares de la figura en examen, esta encontraría potencial tensión con otro derecho de rango igualmente constitucional, como es el de la información. Ha dicho la corporación guardiana de la Carta que, cuando ello acaece, *“deberá resolverse atendiendo las particularidades tanto de la información, convertida en datos personales, como de los rasgos y poder de irradiación del derecho a la*

³⁶ Se atribuye a la Sentencia T-787 de 2004 ser la pionera de esta clasificación de principios, pero en adelante el tema fue recabado en las Sentencias C-640 de 2010, C-438 de 2013 y C-850 de 2013, entre muchas otras.

autodeterminación informática".³⁷ Y para los propósitos de mayor comprensión y definición del tema, se ha elaborado una construcción dogmática, con base en algunas tipologías de la información, que de manera más o menos estable, propenda por "*la unificación de la jurisprudencia constitucional y la seguridad jurídica entre los actos más usuales de los mismos*".³⁸

Una primera de esas tipologías sugeridas, radica en diferencias entre la información personal y la impersonal, cuya utilidad práctica está en considerar que en la segunda "*no existe un límite constitucional fuerte al derecho a la información*"³⁹, en particular por la expresa prohibición de la censura (artículo 20 inciso 2º de la Carta), y por los principios de publicidad, transparencia y eficacia en lo tocante con el funcionamiento de la administración pública (artículo 209 *ibidem*) y también de la administración de justicia (artículo 228).

Otra tipología, que se superpone con la anterior, dice relación con la clasificación de la información desde el punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad de poder tener acceso a la misma. Así, por ejemplo, si estamos de cara a una información pública, esta por mandato legal o constitucional puede ser lograda sin reserva alguna que lo impida, - como una providencia judicial ejecutoriada o el estado civil de las personas-.

No estará arropada por la regla acabada de remarcar la información semiprivada y para su acceso se plantea un grado mínimo de limitación, "*de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales*"⁴⁰, como sería el caso de los datos consignados por las entidades de seguridad social o al comportamiento financiero de las personas.

³⁷ C-729 de 2002.

³⁸ *ibíd.*

³⁹ *ibíd.*

⁴⁰ C-729 de 2002

La información categorizada como privada es aquella que versa sobre contenidos que están inmersos en la esfera íntima de las personas y como consecuencia de ello, solamente es jurídicamente posible obtenerla u ofrecerla mediante orden de autoridad judicial competente en el ejercicio de sus funciones. Se cita como ejemplo los libros de los comerciantes, los documentos claramente privados y las historias clínicas, entre otros.

Finalmente, la información reservada, que tiene que ver con aquella que versa sobre derechos fundamentales de primerísimo nivel, como el de la dignidad y la libertad, que no puede ser divulgada ni siquiera a través de una orden judicial, como es el caso de los datos genéticos de las personas, los llamados “*datos sensibles*”⁴¹ o relacionados con la ideología, la inclinación sexual y los hábitos de las personas.

La utilidad de esta tipología lo expone la Corte Constitucional con inmejorables frases:

*“Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al habeas data. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información”.*⁴²

Finalmente, en este acápite, la Guardiania de la Constitución ha sido enfática en notar la inexistencia de instrumentos de amparo al derecho a la autodeterminación informática y por ello ha exhortado al Congreso de la República para que legisle al respecto, lo que en su sentir debe hacerse a través de una ley estatutaria, consciente además de que la tutela, con toda la utilidad que puede ofrecer en la protección de los derechos al *habeas data* y a la intimidad, no es herramienta suficiente para controlar el amplio espectro de las conductas desarrolladas en el ámbito informático.⁴³

En específico, esto dijo la Corte:

⁴¹ Sobre la “información sensible”, ver Sentencia T-307 de 1999

⁴² Sentencia C-729 de 2002

⁴³ Pronunciamiento hecho en Sentencia T-729 de 2002, aunque ya en similar sentido se había pronunciado en Sentencias T-414 de 1992, Su-082 de 1995 y T-307 de 1999.

“Dada la necesidad de proteger efectivamente y de manera categórica el derecho a la autodeterminación informática, la Corte considera indispensable que se establezcan normas sobre la obligación de adoptar los mecanismos de seguridad adecuados, que permitan la salvaguardia de la información contenida en las bases de datos. Se requieren normas que establezcan sanciones y regímenes especiales de responsabilidad para las entidades administradoras de bases de datos y para los usuarios de la información, así como normas dirigidas a desestimular y sancionar prácticas indebidas en ejercicio del poder informático: cruce de datos, divulgación indiscriminada, bases de datos secretas, entre otras. Por último, también son indispensables normas que regulen los procesos internos de depuración y actualización de datos personales, así como los de las solicitudes de rectificación, adición y supresión de los mismos”.⁴⁴

7.6. La búsqueda selectiva en bases de datos para la investigación penal en el ordenamiento jurídico colombiano.

Visto con el necesario detenimiento todo lo relativo al concepto, alcance y naturaleza de la base de datos personales y que muchos de ellos son de una trascendencia tal que su revisión o difusión a terceros constituye auténtica invasión al derecho fundamental de la intimidad, habría de esperarse que la fijación de pautas legales para su acceso -se entiende sin el consentimiento inequívoco de su titular-, operen desde luego también para los mismísimos agentes del Estado, bajo la égida de entender que no resulta coherente y hasta luce contradictorio que por una parte el estamento oficial ofrezca garantías de protección, pero al tiempo esté legitimado para desatenderlas.

Ello explica que la Ley 906 de 2004 haya plasmado algunas disposiciones en tal dirección, de inexorable cumplimiento dentro de la delicadísima misión que le corresponde cumplir a la Fiscalía General de la Nación, en los contextos de investigar la perpetración de comportamientos delictuosos y acusar ante los jueces de la República a quienes considera son sus responsables.

⁴⁴ Sentencia T-729 de 2002

Un primer acercamiento a esos dispositivos lo da el artículo 14 del mentado plexo, que por lo demás es norma rectora, en donde con clara e inequívoca relación encontrada con el derecho fundamental a la intimidad, enumera algunas diligencias investigativas que solamente se pueden llevar a término, si no es atendiendo con rigor la cláusula de la reserva judicial. Se habla en el inciso primero de los registros y allanamientos, los que deben ser realizados previa orden expresa del fiscal que regenta el asunto, pero sujetando su legalidad a que, dentro de las 36 horas siguientes a su ejecución, obtenga la convalidación de un juez de control de garantías.

En el inciso segundo se hace mención, precisamente, a la búsqueda selectiva de base de datos personales acopiados mediante sistemas computarizados, mecánicos “o de cualquier otra índole”, que no sean de libre acceso; igualmente se enuncia allí la interceptación de comunicaciones. Cabe advertir desde ya que, si bien la disposición en comento prevé que en estos últimos casos procede la regla dispuesta para los allanamientos, consistente en la exigencia del control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes,⁴⁵ en cuanto a la búsqueda selectiva de base de datos la Corte Constitucional hizo un importante pronunciamiento que imbricó en el contenido de la Sentencia C-336 de 2007 y que por ser del mayor interés para este caso, es necesario que la Sala haga referencia a él.

En efecto, esa alta corporación atendiendo demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 244 y 246 de la Ley 906 de 2004, abordó su examen respetando la perspectiva del derecho fundamental de la intimidad y también el del *habeas data* y dedujo algo que hemos dicho atrás con el indispensable énfasis, y es que las actuaciones que corresponda adelantar al ente investigador, relacionadas con la conservación de la prueba y la protección de la comunidad que impliquen incursión en terrenos de la privacidad, están supeditadas al cumplimiento del principio de reserva judicial.

⁴⁵ En concordancia con la susodicha norma rectora del artículo 14 de la Ley 906 de 2004, el artículo 244 ibídem, en su inciso final, consagra de igual modo que dentro de las 36 horas siguientes al procedimiento debe someterse el mismo a la revisión del juez de control de garantías.

Asimismo, en pos de organizar su esquema argumentativo, enfatizó la Corte en el contenido del numeral 3º del artículo 250 de la Carta, que textualmente reza que *“En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello”*.

En suma, reivindicó el espíritu del Constituyente que reformó la Constitución Política de Colombia plasmado en la señalada norma, que implanta una regla general en cuanto concierne a la actividad investigativa a cargo de la Fiscalía, cuando hayan de verse en su decurso involucrados derechos fundamentales de las personas, según la cual, salvo las excepciones explícitamente dispuestas en el numeral 1º del artículo 250 Superior, se impone para aquellos eventos la autorización previa de un juez de control de garantías. En ese marco, entonces, incluyó lo concerniente a la búsqueda selectiva de base de datos personales que no sean pasibles de divulgación pública, la que de suyo entraña un encumbrado nivel de confidencialidad que los captadores de datos deben respetar sin excusa.

Por su elocuencia y utilidad, permítase traer a recuento algunos pasajes textuales de la susodicha sentencia de constitucionalidad:

*“La búsqueda selectiva en bases que contengan información confidencial referida al indiciado o imputado, hace referencia a las búsquedas focalizadas sobre un sujeto en particular, en este caso el indiciado o imputado. 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. **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.***

(...)

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.

(...)

La autorización del juez de control de garantías, salvo en las excepciones explícitamente contemplada en la Constitución, 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, como es el acceso a información confidencial referida al indiciado o imputado mediante la búsqueda selectiva en bases de datos.

(...)

En cuanto al derecho fundamental al habeas data o a la autodeterminación informática, en diversas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a la naturaleza fundamental de este derecho, el cual comporta un plexo de facultades tales como la de disponer de la información sobre sí mismo, la de preservar la propia identidad informática, es decir, permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás.⁴⁶

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 ese orden de ideas estima la Corte que, de conformidad con el numeral 3° del artículo 250 superior, la búsqueda selectiva en las bases de datos personales computarizadas, mecánicas o de cualquier índole, que realice la Fiscalía General de la Nación, debe contar siempre con la autorización previa del juez de control de garantías y referirse a la información que se acopia con fines legales, por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, por estar de por medio el derecho fundamental al habeas data. Sólo, en este sentido, los apartes acusados de los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004 resultan compatibles con la Constitución y por ende se declarará su exequibilidad condicionada”.⁴⁷

7.7. La geolocalización, el derecho a la intimidad y base de datos.

El tema pasa por saber, inicialmente, si dentro de esa amplia y variada gama de hipótesis comportamentales propias de una persona individualmente considerada, la de su ubicación, asentamiento o posicionamiento físico en determinado lugar constituye una potestad perteneciente a su derecho a la intimidad y que por esa rúbrica amerite la protección estatal, bajo la consideración de que estamos frente a

⁴⁶ Sentencia T- 414 de 1992.

⁴⁷ Sentencia C-336 de 2007.

una garantía fundamental. De ello sigue definir si para dar con el paradero de un determinado sujeto a través de los distintos medios tecnológicos, se exija el acatamiento y observación de los procedimientos legales dispuestos para el efecto.

Ya habíamos hecho referencia atrás, de cómo es que la tecnología se ha constituido en una fuente transformadora de vida, que en lo positivo ha permitido el acceso con mayor eficacia a todos los servicios, unos de más importancia que otros, pero todos direccionados a procurar una existencia lo más probablemente confortable y oportuna. Pero a la par, en tales ofrecimientos tecnológicos se han visto inmersos riesgos atentatorios de los derechos fundamentales de las personas, ya porque no existe una cultura de respeto a esas prerrogativas personales, ausencia o inoperancia de mecanismos legales para protegerlos, ora porque simple y lisamente la delincuencia ve en la tecnología una oportunidad efectiva de lograr protervos fines.

Otra cosa es que también esos ofrecimientos tecnológicos tengan gran utilidad para combatir las distintas formas de criminalidad. Las interceptaciones de las comunicaciones, el abordaje a la información consignada luego de la navegación en internet y en la depositada en las múltiples aplicaciones en los llamados *smartphones* o teléfonos inteligentes, se han constituido en formas comunes que favorecen las investigaciones de delitos y de sus responsables. A propósito de estos últimos aparatos, por la conexión con el caso que nos ocupa, cabe hacer las siguientes necesarias anotaciones:

La utilidad natural que el sentido común le dice brindan estos adminículos, sería la de la intercomunicación personal. Sin embargo, lo que en la práctica se ha venido imponiendo es que el habla mediante la voz a distancia entre dos individuos es apenas uno de los variados ofrecimientos que a manera de servicio personal dispensan los operadores, porque al lado de aquél se contratan a diario y con inusitada frecuencia la activación en los celulares de una gama diversa de aplicaciones, algunas de ellas de universal uso, como es la conocida como WhatsApp.

El todo es que, propicio es destacarlo, cuando un usuario suscribe convenio con una empresa prestadora de los susodichos servicios a través de un aparato móvil celular, se le demanda a aquel dejar consignada una serie de información de carácter individual, como su nombre, dirección de residencia, número de documento de identidad, profesión u oficio y otras que son requeridas con carácter obligatorio, so pena de no poder acceder al servicio. Pero aparte de los mentados datos, el suscriptor permite que el operador deje registro de otras informaciones, de connotación no tan básica como las anteriores, porque en puridad tocan con aspectos que perfectamente pertenecen a un espacio de mayor intimidad del suscriptor. Es el caso de permitir, en vía de simple ejemplo, la revisión de la frecuencia de uso en ese determinado servicio contratado, para los fines de la facturación. En esos eventos se estila la autorización previa que casi siempre se plasma tras la explicación dada por un agente de la empresa, en la llamada letra menuda.

En la práctica los prestadores del servicio a través de un celular se reservan el control de ese uso a través de registros tales como la obligación para que los usuarios se sometan al registro de la tarjeta SIM, la que tiene por función almacenar una clave del suscriptor para poder identificarlo, con la adjudicación de un serial único, físicamente considerado como un *microchip*, con capacidad de almacenar una gran cantidad de información relativa a la identificación de una persona y hasta contrastar dicha información con una lista de personas políticamente expuestas, o con antecedentes penales o con base de datos de ciudadanos reportados como residentes legales de un determinado país. En lo positivo, tiene por virtud el control de transacciones anónimas y por esa vía a enfrentar actividades criminales y terroristas. Su contracara, la inevitable incursión al derecho de la intimidad personal y en particular al llamado derecho al anonimato.⁴⁸

⁴⁸ Ver en detalle: Díaz Marianne, Retención de datos y registro de teléfonos móviles. Chile en el contexto latinoamericano. Edición Derechos Digitales de América Latina. Chile. 2017

También los operadores acuden a la fórmula del registro de IMEI, que es un número conformado por 15 dígitos decimales que permiten identificar, entre otras cosas más, la marca y modelo de un dispositivo móvil y su número serial. Por este medio es posible rastrear la utilización de un dispositivo específico con pasmosa rapidez, y se sustenta como argumento de instalación, el de argüir un método efectivo para enfrentar el hurto de los equipos, porque es posible rastrear así sus redes e identificar a la persona que está haciendo uso del teléfono, e incluso bloquear el servicio. En igual sentido, el cuestionamiento radica en la potencial vulneración de derechos fundamentales, especialmente el de la intimidad.⁴⁹ En Colombia, este sistema de control es el implementado, según así lo prevé el Decreto 1630 de 2011.

Ahora bien, para ir acercándonos al caso en examen, es hora de mencionar que dentro de las múltiples utilidades que ofrece un teléfono móvil celular, está la de su ubicación geográfica -y por esa senda a quien lo porta-, que surge por cuenta de la misma tecnología exigida para la prestación básica de comunicación. A ese proceso se le conoce como *geolocalización*, que consiste en *“la tecnología que permite ubicar un dispositivo en un punto espacial determinado, a partir de la transmisión de sus coordenadas de posicionamiento”*.⁵⁰ La ubicación de un dispositivo celular en la tierra se obtiene a partir de la latitud y la longitud que ocupa, siendo estas las coordenadas que miden el ángulo entre un punto cualquiera y su referencia. La *georreferenciación* hace alusión a la definición de un individuo u objeto en un espacio físico mediante el cálculo de su localización en un sistema de coordenadas; mientras que la *geocodificación*, tiene que ver con la búsqueda de información y su localización física en un sistema de coordenadas.⁵¹

El todo es que los operadores del servicio de comunicaciones, tienen la capacidad técnica suficiente de ubicar el lugar en donde se encuentra un equipo móvil celular, lo que entraña -por razones que por ser obvias quizás no sea necesario mencionar-

⁴⁹ Ídem

⁵⁰ Batuecas Caletro Alfredo. Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización. Ediciones Derecho Privado y Constitución. Número 29. 2015. Página 48

⁵¹ Ver con todo detalle, ídem.

que por ese medio se pueda localizar el sitio en donde se halle una persona en específico y lograr, entre otras cosas poder identificarla. Veamos:

“La información de posicionamiento, sin ser alfabética, gráfica o fotográfica, que es la información por la que de forma directa más fácilmente se identifica a un individuo, también sirve para identificar a una persona. Si bien en un inicio la información de posicionamiento de un terminal, por sí misma, no identifica de forma inmediata o directa a una persona, sin embargo, sí puede terminar haciéndolo de forma mediata o indirecta, desde el momento que está referida al dispositivo que la persona comúnmente porta consigo. Basta con poner en relación o «cruzar» el dato de posicionamiento del terminal con el de quien es su propietario para que a partir del dato de posicionamiento se pueda identificar a una persona y se pueda obtener información personal de un individuo (en qué lugar ha estado, a qué hora ha estado en ese lugar, de dónde venía, a qué lugar fue después, etc.)”⁵²

Sea importante en este momento precisar que, en estricto rigor científico, el operador puede ejecutar la *geolocalización* mediante la consulta de unos datos que han sido dejados por cuenta del uso de un celular, en específico de una información que recogen las antenas del prestador del servicio de comunicación.

Así, entonces, *“el dato de localización es cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas o por un servicio de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”*. De modo que *“cruzar los datos de posicionamiento con el de la titularidad del dispositivo (a partir de las bases de datos de los abonados de las compañías telefónicas) es una actividad relativamente fácil desde el punto de vista tecnológico para cualquiera con ciertos conocimientos informáticos”*.⁵³

El cruce de información se materializa, en suma, porque la compañía telefónica que presta el servicio en comento, conoce el terminal desde que se envía la señal de posicionamiento y tiene acceso además a los datos personales de quien es dueño de ese terminal.

⁵² Ídem

⁵³ Ídem

Ahora bien, al inicio de este acápite habíamos plasmado cómo es de palmaria la tensión existente entre el derecho fundamental a la intimidad personal y la técnica de la *geolocalización*. Habrá de decirse al respecto que, la Sala procurando acopiar fundamentos para la decisión de este asunto y en específico para resolver el problema jurídico planteado, no encontró que la susodicha temática hubiese tenido el desarrollo legal o jurisprudencial esperado. Aspecto este que no deja de extrañar, cuando es que en materia de derechos fundamentales ha existido un prolijo y bien detallado tratamiento jurídico, en especial el cimentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, luego de la expedición de la Carta Política de 1991, la que, como ya fue advertido en otro momento de esta providencia, dio un vuelco ideológico a la manera como se venía concibiendo otrora la función estatal en temas concernientes con los derechos humanos.

De manera francamente tangencial podremos encontrar como referente legal que se refiere a la ubicación del encartado, en la modificación que el artículo 15 de la Ley 1142 hizo al canon 235 de la Ley 906 de 2004, donde explícitamente se adicionó que la interceptación de comunicaciones y similares puede ser utilizada por el fiscal, para la búsqueda de elementos materiales probatorios y evidencia física que sirvan para la estructuración de una investigación penal, pero también para ***“la búsqueda y ubicación de imputados o indiciados”***. La Corte Constitucional, revisando la exequibilidad de esa norma en Sentencia C-594 de 2014 se limitó a remarcar ese agregado. Con todo, no puede dejar de concebirse que lo que motivó al legislador en esa reforma es la consideración de la ubicación como una prerrogativa perteneciente a los procesados.

Empero, que ello sea así, es decir que no se cuente con una fuente jurídica precedente que analice el tema, no nos releva de la obligación de tratarlo, cuando es más que se torna exigible en casos como este, donde refulgen razones de contenido constitucional que demandan su examen, perentoriamente. Huelga recordar al respecto, que el artículo 139-5 de la Ley 906 de 2004 exige al operador judicial, entre otras cosas, decidir las controversias que en una actuación se

presenten, sin que le esté permitido abstenerse de hacerlo “*so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas jurídicas*” (*no liquet*). Cuanto más ese deber se vuelve inexcusable, si en cuenta se tiene la naturaleza de una figura como la intimidad, que ostenta de suyo fuerza normativa, dado su rango anclado en la parte dogmática de la Constitución.⁵⁴

Así entonces, para abordar la anunciada tarea, el Tribunal hará referencia obligada al derecho comparado, con la brevedad que se amerite, porque paradójicamente han sido otros Estados, no precisamente caracterizados por cimentar su accionar en valores, sino más bien en conceptos de eficacia, como los Estados Unidos, que han desarrollado la temática y han emitido decisiones judiciales dignas de recontar, bajo la égida de hablar de entrada del “*derecho a no estar localizado*” o también “*derecho al anonimato*”.⁵⁵

Pero antes de que el Tribunal haga alusión a una paradigmática sentencia emitida por la Suprema Corte de Estados Unidos, bastante oportuna para el caso, muy breve hará referencia a cómo es que en Europa ha sido motivo de evidente preocupación que la intimidad de las personas físicas pueda ser afectada por el uso de la *geolocalización*, como lo denota en múltiples resoluciones emitidas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)⁵⁶, o en la sentencia del TEDH, caso *Uzún vs Alemania* del 2 de septiembre de 2019, documentos ellos que concluyen que el rastreo de una persona a través de medios tecnológicos afecta su vida privada.⁵⁷

Procurando evitar extendernos en la revisión del prolijo plexo legal que sobre el punto ha sido proferido en Europa, cerramos esos referentes invitando al estudio de un valioso material que nos ha servido como útil referente, suscrito por el doctor de la Universidad de Salamanca, Alfredo Bauteclas Caletrío. Pero antes de ello vemos

⁵⁴ Una referencia que corrobora el aserto está dada en el artículo 41 del Decreto 2591 de 1991, según el cual “*No se podrá alegar falta de desarrollo legal de un derecho fundamental civil o político para impedir su tutela*”.

⁵⁵ Ídem

⁵⁶ En la obra que se viene citando se relaciona respecto a esa Agencia las resoluciones R/02531, R/01208 de 2014 y R/02761 de 2013, entre muchas otras.

⁵⁷ Ídem

muy oportuno, para el servicio de la decisión que habrá de asumir el Tribunal en este asunto, transcribir de esa obra el siguiente aparte:

*“En atención al concepto amplio de dato personal que se consagra en el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), **la información de posicionamiento del terminal debe considerarse dato personal.** En dicho precepto, sin precisar más y con afán claro por parte del legislador de proteger en la mayor medida posible a la persona, se indica que dato de carácter personal es «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». (Destaca la Sala).*

Hagamos alusión ahora al anunciado fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos. Se dice que la sentencia del 22 de junio de 2018 emitida por esa alta corporación, se puede calificar como *“el caso de privacidad más importante de la era digital”* en ese país, por cuanto declaró que el gobierno no puede obligar a los proveedores de los servicios de telefonía celular a entregar las ubicaciones de los usuarios, sin que medie para ello una orden judicial.

El caso fue rotulado como *“Estados Unidos contra Carpenter”*, y tiene génesis en la investigación adelantada por una serie de hurtos a mano armada ejecutados en el sureste de Michigan y el noroeste de Ohio, siendo que la policía dirigió sus sospechas de haberlos cometido en contra de un sujeto de nombre Timothy Carpenter, y para el acopio de pruebas ordenó a su proveedor de servicio de telefonía celular que entregara todos los datos que develen los movimientos de esa persona. Dicho proveedor, sin más exigencia que la orden policial cumplió con lo requerido, suministrando una cantidad de datos que ponían al descubierto los movimientos que el sospechoso hizo en el transcurso de 127 días.

Ante el interrogante de que, si la policía estaba en la facultad de recopilar esos datos de ubicación sin una orden judicial, la Corte, con mayoría justa (5-4) dijo que no, dándose pie con ello a lo que ha considerado *“un paso significativo que dará forma al derecho constitucional a la privacidad en la era moderna”*. Por la contundencia de

sus argumentos, anejos para el caso *sub lite*, sea oportuno realizar algunas notas a espacio sobre los fundamentos que dieron lugar a la emisión del señalado fallo:⁵⁸

Se adujo que el mundo actual está fatalmente interconectado y las empresas de telefonía móvil catalogan todos nuestros movimientos; los proveedores de la internet registran todas las páginas web que visitamos; compañías de tarjetas de crédito, proveedores de correos electrónicos, servicios de redes sociales, mantienen diarios detallados de nuestras vidas. *“Cada vez que un teléfono se conecta a un sitio celular genera un registro con marca de tiempo, que se conoce como información sobre la ubicación de la sede celular (CSLI). (...) “un teléfono va donde sea que vaya su dueño, transmitiendo al operador inalámbrico no solo los dígitos marcados, sino un registro detallado y completo de los movimientos de la persona”.*

Y añadió que: *“hoy en día los datos son detallados, enciclopédicos y compilados sin esfuerzo, utilizados en el seguimiento de una persona por torres de telefonía celular muy similares a los del rastreo del Sistema de Posicionamiento Global (GPS)”. Y con eso resulta posible sin control “la supervisión sin garantías con un dispositivo GPS o un teléfono inteligente (porque) podría servir para revelar la excesiva información personal que se deriva de los datos de ubicación, tales como viajes al consultorio de psiquiatra, el cirujano plástico, la clínica de abortos, el tratamiento del sida, el club de striptease, el abogado de defensa criminal, el motel por hora, la reunión sindical, la mezquita, la sinagoga o la iglesia, el bar gay y así sucesivamente”.*

Y en reiteración, *“el mapeo de la ubicación de un teléfono celular en 127 días proporciona un registro completo del paradero del titular. Los datos con marca de tiempo proporcionan una ventana íntima a la vida de una persona, revelando no solo sus movimientos particulares, sino también a través de ellos sus asociaciones familiares, políticas, profesionales, religiosas y sexuales. (...) con solo el clic de un*

⁵⁸ Nos valemos de un material que dedicó su análisis en detalle a las consideraciones consignadas en la providencia en comento, con la reproducción de argumentos expuestos por los dignatarios conformantes de esa alta corporación. Travieso, Juan Antonio. Ediciones La Ley. ANO LXXXIII. Número 56. Buenos Aires. 2019.

botón el Gobierno puede acceder al repositorio profundo de información histórica de ubicación de cada operador sin costo alguno”.

La Suprema Corte consideró que, por esa vía, a través de un teléfono celular se puede tener acceso, *“casi una enciclopedia de datos personales, pues un aparato de esos es casi una característica de la anatomía humana en la que todos somos prisioneros de los aparatos, que, al seguirnos al sol y sombra revelan las actividades privadas de cada persona”.*

Con argumentos de esos, ese Tribunal concluyó que en el caso Carpenter, hubo por parte del Gobierno –léase la policía- vulneración a la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que salvaguarda los derechos fundamentales de la privacidad y a no sufrir una invasión arbitraria.

Una vez examinado el contenido de ese fallo, diremos que la coincidencia factual con el que ahora mismo nos ocupa, es evidente. Allá como acá, sin que medie orden judicial –y desde luego sin que exista consentimiento expreso o tácito del titular del derecho-, se utilizaron los datos consignados con ocasión de haberse suscrito un contrato de prestación de servicios de comunicación a través de un aparato móvil celular y con esa fórmula tecnológica se estableció la ubicación física de una persona.

La utilidad de esas conclusiones jurídicas emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos, por supuesto que sirven de referente válido para la solución de este caso. Es más, bien podría decirse que, por virtud de una ideología constitucional fundada en valores, como lo es indiscutiblemente la nuestra, tal postura garantista se aviene inaplazable. Es que, si bien cuando una persona adquiere los servicios de comunicación por vía de un aparato celular, deba saber que con el porte y uso del mismo puede ser físicamente localizado, ese conocimiento no implica *per se* que el operador esté autorizado para hacerlo, porque sin que se requieran elevadas elucubraciones para explicarlo, es de la esencia del derecho a la intimidad ejercer

actos que no se quieran que sean revelados a terceros. Nadie osaría en desconocer la libertad que tenemos todos para establecer destinos y afincar lugares donde podamos realizar accionares privados, sin la interferencia física o virtual de nadie, como el libre el ejercicio de cultos o creencias, costumbres y hasta materializar relaciones que pertenecen al insondable mundo interior y que dan lustre al desarrollo de la personalidad.

Y aunque en otro momento habíamos advertido la inexistencia de referentes jurídicos que específicamente hayan abordado el tema del derecho a la ubicación o asentamiento territorial, es lo cierto que no por ello deba pensarse que tal aspecto ha sido desdeñado por el plexo normativo, persuasión que emerge si echamos un vistazo a algunas figuras legales, como la prevista en el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el canon 54 de la Ley 1453 de 2011, en donde si bien posibilita que en el decurso investigativo el fiscal puede hacer vigilancia y seguimiento de personas, la validez de ese diligenciamiento está supeditada a su control judicial.

Es claro que tal procedimiento lleva inmersa la incursión al derecho fundamental de la intimidad también, porque se trata de ejercer un rastreo físico de los pasos de alguien de quien se piensa está incurso en la comisión de un delito, y que en cuyo decurso investigativo los agentes del Estado potencialmente habrán de toparse con actos que bien podrían estar ubicados en los espacios privados del vigilado.

7.8. La prueba ilícita en el ordenamiento jurídico colombiano, cláusula de exclusión y legitimidad para invocarla.

El proceso penal pretende alcanzar la verdad de los hechos objeto de juzgamiento, según así se desprende de los artículos 5, 11.e, 115, 141.2 y 142.2 del Código de Procedimiento Penal y de la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional que estableció la fórmula de verdad, la justicia y la reparación en favor de la víctima, reiterada en el artículo 137 de la norma procesal penal.

En un sistema de corte adversativo, ese cometido se busca materializar a través del método dialéctico⁵⁹, en donde probatoriamente confrontan las partes en presencia de un juez que, por imparcial, está desprovisto de toda potestad probatoria oficiosa.⁶⁰ Eso sí, el juez cuenta con plena autonomía, dentro de los límites de la sana crítica - principios de la lógica, máximas de la experiencia y leyes de la ciencia-⁶¹, para valorar la prueba practicada en juicio oral, incluso, valiéndose de criterios técnico científicos (artículos 404 y 420 de la norma procesal penal), herramientas orientadas a alcanzar o aproximarse lo más posible a la verdad de los hechos materia de juzgamiento.

En un Estado constitucional y social de derecho (Constitución Política, artículos 1 y 4), el alcanzar la verdad en la justicia penal no es un propósito epistémico a ultranza, dado que tiene límites legítimos en el respeto por los derechos fundamentales, de lo cual se desprende, a modo de razonamiento en sorites, que la eticidad de la justicia tampoco permite que la búsqueda de la verdad se absolutice, que se persiga a toda costa, y que es menester disuadir de ello a los intervinientes de la justicia.

El artículo 1 constitucional reza que Colombia está “*fundada en el respeto de la dignidad humana*”; señala el precepto siguiente que “*son fines esenciales del Estado: (...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (...)*”; y el artículo 5 de la misma norma superior dispone que “*el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona*”. Nótese que la opción antropológica es la que asumió nuestra Carta Política, inclinada a proteger los derechos fundamentales.

⁵⁹ Corte Suprema, Año 9, Revista No. 22, Corte de Casación 120 años, “La verdad como telón de fondo de la casación penal, Javier Zapata Ortiz, página 71.

⁶⁰ Sentencia C-396 de 2007

⁶¹ Dado que la sana crítica no está explícitamente prevista en el Código de Procedimiento Penal, algunos autores han manifestado que este método epistémico ha dejado de existir y que se aviene mejor a un sistema adversarial el método sistémico regido por los principios de dialógico, conector, hologramático y recursivo. Véase “La sana crítica ha dejado de existir. Andrés Nanclares Arango, en Revista Elementos de Juicio, Año IX, Tomo 21, página 59 y siguientes.

Es así que el proceso penal, cuyo propósito es alcanzar la verdad y con ella hacer justicia, tiene límites en los derechos fundamentales e inalienables del procesado (dimensión subjetiva) y de las personas en general (dimensión objetiva⁶²), ya que es un compromiso estatal, del más alto nivel, el lograr la garantía de los mismos, puesto que en su base tenemos el respeto por la dignidad humana.⁶³

La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales refiere a que al procesado se le respeten, a él en particular, aquellos derechos, pues solamente así existe un ejercicio legítimo del *ius puniendi*, que es distinto a la nuda violencia penal del Estado, en donde este descarga todo su poder sin freno alguno en contra del encausado, atropellando sus derechos fundamentales, recordando que el Estado más débil siempre será un Leviatán para la persona procesada, de modo que los derechos fundamentales en esta dimensión son límites para evitar el desafuero del poder punitivo.

Por su parte, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales atañe a que no únicamente al procesado por la justicia penal le interesa que el poder penal estatal no se extralimite, sino también a toda la comunidad, dado que el derecho penal es la herramienta más aflictiva con que cuenta el Estado, y absolutamente todas las personas, aunque inocentes, corren el riesgo de ser judicializadas y en ello, de ver afligidos sus más elementales derechos si es que no se le ponen tapujos al proceso, lo que lleva a recordar a Carrara: "*Cualquier hombre honorable podrá pensar que nunca en su vida cometerá un delito, pero ay de aquel loco que piense que nunca en su vida será procesado*". De manera que la dimensión objetiva pretende que el Estado sea respetuoso, en general, de los derechos fundamentales, de lo contrario, la libertad de locomoción y los demás derechos fundamentales de los asociados estarían en vilo de cara a un derecho penal desbordado, situación que no solamente preocupa al procesado sino a la sociedad toda.

⁶² Sobre este tema, véase "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de tutela: El llamado Estado de cosas inconstitucional". Clara Inés Vargas Hernández.

⁶³ Una conceptualización de esa dimensión de los derechos fundamentales la encontramos en la sentencia C-671/15 de la Corte Constitucional, entre otras.

Esto va de la mano del llamado fin público del proceso, siendo que *“el principal aporte de esta nueva doctrina consistió en advertir que si bien era cierto que en los procesos jurídicos se discutían y definían derechos individuales, también lo era que la sociedad, en su conjunto, tenía un interés legítimo en lograr soluciones igualitarias, acordes con la realidad y justas.”*⁶⁴ De manera que, para esta materia, el fin público del proceso penal es la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, pues ello es de interés de todos y cada uno de los habitantes de Colombia, en la medida de que el proceso penal, en la búsqueda de la verdad, debe siempre respetar los derechos fundamentales; ese es su límite.

Mírese que la Corte Constitucional, en sentencia T-521 de 1991, sentenció que *“la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo; es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional”*, y esa interacción entre ambos campos del derecho, ya la advertimos al afirmar que el fin público del proceso penal es la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.⁶⁵

Así, la Corte Constitucional, en sentencia C-396 de 2007 dijo que:

“La visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2º, de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.”

⁶⁴ Sentencia SU- 768 de 2014

⁶⁵ Roxín acotó: “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. página 137.

Para corroborar que la averiguación de la verdad dentro del proceso penal tiene los límites ya señalados, tenemos que el inciso final del artículo 29 constitucional contundentemente señala que “*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*” Se han clasificado las pruebas de ese cuño como ilegales, ilícitas simples e ilícitas cualificadas, mismas que, por ser violatorias de derechos fundamentales, no se permite su producción, ni su apreciación, ni su uso en modo alguno en el proceso penal, aunque sean reveladoras de la verdad objeto de juzgamiento, dado que han trasgredido el límite que es el respeto por los derechos fundamentales. Veamos esto:

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

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. En cada caso, de confirmad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta. (...).

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

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.”⁶⁶

Ante pruebas ilegales e ilícitas, la consecuencia jurídica que plantea la propia Constitución Política es la exclusión de esos medios probatorios, es decir, ellos no pueden incorporarse ni valorarse dentro del proceso penal ni otorgárseles cualquiera otra utilidad. Y referimos a una concepción amplia de medio probatorio, que no se reduce a la prueba practicada en juicio oral en presencia del juez, sino también a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenidos irrespetando derechos fundamentales o dentro de actos de investigación con

⁶⁶ CSJ SP, 2 mar. 2005, rad. 18103

violación de sus requisitos esenciales. Es por eso que la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005, concluyó que *“el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal”*, y de ello da fe los artículos 238 y 308 de la Ley 906 de 2004.

Tampoco basta con que la prueba ilegal o ilícita no se aduzca y valore en el proceso penal, sino que ella no puede revestir ningún tipo de utilidad, como sería la pretendida excepción de tacha o fines de impugnación que inicialmente disponía la parte final del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que la Corte Constitucional, en sentencia C- 210 de 2007, declaró inexecutable ese aparte normativo bajo la consideración de que:

“resulta inconstitucional que la norma parcialmente acusada otorgue efectos jurídicos, aunque sólo sea para fines de impugnación, a materiales probatorios y evidencia física que fueron excluidos de la actuación penal porque se recaudaron en diligencias de registro y allanamiento declaradas inválidas por el juez competente. En este orden de ideas, como se advierte, la prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos no sólo consiste en la expulsión material de esos elementos sino también en el retiro definitivo de aquellos en la mente del juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez”.

Según sentencia C-591 de 2005, es prueba ilícita calificada aquella obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, en cuyo evento *“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”.

De que en la averiguación de la verdad no se trasgreden derechos fundamentales deriva el argumento de la eticidad de la justicia, ya que *“vale la pena recordar que la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales encuentra sustento en un principio ético del Estado de Derecho que impide que el Estado imponga una sanción por la comisión de un delito sobre la base de la comisión de otro, esto es, sobre la base de la obtención de una prueba que, por ser violatoria de derechos fundamentales, es contraria al régimen jurídico. Como lo ilícito no genera derechos para los sujetos jurídicos, el Estado no puede aprovecharse de hechos ilícitos para justificar el ejercicio de sus competencias. El ius puniendi del Estado se eleva sobre la pretensión de legalidad de sus actos, por lo que la legitimidad de sus fines depende de la legitimidad de sus medios. De allí que sea contrario al Estado de Derecho –Estado de la legitimidad y la regla jurídica– que, con fundamento en un elemento injurídico, se persiga la imposición de una consecuencia jurídica. La contradicción en los términos impide la realización legítima del fin estatal y obliga a la administración de justicia a expulsar del proceso judicial toda herramienta tachada de ilicitud.”*⁶⁷

Por esa misma línea de pensamiento está Roxin, para quien *“la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado de unas jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado [...] ‘no es un principio de la StPO [Ordenanza Procesal Penal] que la verdad deba averiguarse a cualquier precio’, p. 191. Deja en claro que la averiguación de*

⁶⁷ C-591 de 2005

los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos.”⁶⁸

Para complementar el argumento de la eticidad de la justicia penal, tráigase a citas lo expuesto sobre el punto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal: *“El Estado no puede recurrir a los mismos métodos de quienes han trasgredido las normas. (...) Esto, debido a que la ruptura del sistema normativo penal por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad.”⁶⁹*

Otro argumento que se suma para repulsar la prueba ilegal, ilícita simple e ilícita cualificada del proceso penal, es que de esta manera se pretende disuadir a quienes intervienen en la producción probatoria para que no incurran en esas ominosas prácticas, ya que sus esfuerzos por alcanzar la verdad aun violentando derechos fundamentales, no fructificarán en el proceso penal, dado que toda prueba con visos de ilegalidad e ilicitud será desdeñada en razón de la regla de exclusión constitucional, en donde esas pruebas no se incorporarán al proceso ni se valorarán, ni tendrán ninguna utilidad e, incluso, la producción de esa clase de pruebas puede dar lugar a reprimendas disciplinarias y penales.

Algunos dirán que no está empíricamente demostrado tal efecto disuasorio, como tampoco lo está que la tipificación de delitos y penas también desaconsejen a los asociados de incurrir en conductas delictivas, puesto que, se dirá, el hecho de que se sigan intentando presentar pruebas ilegales o ilícitas en el proceso penal y que se continúen cometiendo delitos, demuestra la falsedad del efecto disuasorio.

Incluso algunos, como Baratta, han colegido que *“con base en consideraciones metodológicas, (...) dicha teoría [de la disuasión] no es ni siquiera demostrable”⁷⁰,*

⁶⁸ Tomado de “La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Página 249.

⁶⁹ CSJ SP, 5 ago. 2014, rad. 43691

⁷⁰ “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”. En poder y control. Página 85.

por lo que, si es así, si ese propósito no puede cuantificarse ni verificarse, entonces estamos en los terrenos de las intuiciones razonables⁷¹, que permiten sostener, de una parte, que la disuasión no funciona y es por eso que se siguen cometiendo delitos y produciéndose pruebas ilegales e ilícitas y se continúa intentando que sean valoradas y utilizadas en el proceso penal; pero con Salazar Marín⁷², tenemos de otra parte, que si bien no puede afirmarse la efectividad de la teoría de la disuasión, tampoco puede negarse sus efectos, en tanto es de alguna manera perceptible que la mayoría de personas se comporta conforme a derecho al no delinquir ni producir prueba de ese cuño, por lo que, entonces, no es descartable el llamado efecto disuasorio y dada su potencialidad virtuosa, es una idea plausible que debe prohijarse.

Y es así que la Corte Constitucional, en sentencia C-210 de 2007, dijo que *“la regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, (...) el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales”*, esto es, que la búsqueda de la verdad en el proceso penal tiene los límites señalados y explicados aquí, que son la protección de los derechos fundamentales, la eticidad de la justicia y la disuasión.

Ahora bien, la cláusula constitucional de exclusión está desarrollada en los artículos 23 y 455 del Código de Procedimiento Penal. A su letra señala el primer postulado legal en cita que:

“CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”

⁷¹ Sobre esto véase “Las razones de la pena”. Josep M. Vilajosana. Página 17 en adelante.

⁷² Teoría del delito. Páginas 790 y 791.

La primera parte de la norma replica la regla de exclusión constitucional, y su segunda parte añade que toda probanza derivada de la prueba ilegal e ilícita recibirá igual tratamiento que esta, es decir, debe ser excluida del proceso penal. En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, “*por virtud de esa exclusión las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias*”.⁷³

Por su parte, el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal estableció algunas excepciones a la cláusula de exclusión, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-591 de 2005. Por no tratarse de un tema que directamente incumba a este caso, el Tribunal se limita a las menciones acabadas de hacer.

Ahora bien, desde otra arista, la falta de legitimación refiere a que únicamente la persona agraviada por la ilegalidad de un acto investigativo u ofendida en sus derechos fundamentales puede alegar la exclusión de la prueba obtenida en esas circunstancias. El artículo 231 del Código de Procedimiento Penal señala que:

“INTERÉS PARA RECLAMAR LA VIOLACIÓN DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD EN RELACIÓN CON LOS REGISTROS Y ALLANAMIENTOS. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.”

Se trae a colación lo acabado de decir, porque las normas sobre registros y allanamientos se aplican también a otros actos investigativos.⁷⁴ Esta norma permite

⁷³ CSJ SP, 23 abr. 2008, rad. 29416

⁷⁴ Ver artículos 233 y 236 de la Ley 906 de 2004

alegar la violación al derecho fundamental a la persona afectada, pero también a la persona judicializada, en el caso, claro está, de que ambas sean distintas. Esto tiene una razón de ser y es que la víctima de la afectación al derecho fundamental en una producción probatoria irregular está legitimada para buscar la exclusión probatoria como sanción a la vulneración a la dimensión subjetiva del derecho, mientras que el procesado y su defensor tienen esa misma facultad, pero dentro de la dimensión objetiva del derecho fundamental.

Eso denota que el rol de la defensa en el proceso penal no se circunscribe a la protección de los intereses de su defendido, sino que cuando alega que la búsqueda de la verdad tiene límites en los derechos fundamentales, también pretende que el poder punitivo del Estado se atempere, lo cual no solo favorece a su patrocinado sino que evita que, a futuro, en otros casos en que intervenga el *ius puniendi*, este agrave a derechos fundamentales y eso es una garantía para todos los asociados quienes corremos el riesgo en nuestros derechos cuando el Estado penal se extralimita, de ahí que el abogado defensor, de confianza, de oficio o asignado por la Defensoría Pública, cumplen un rol significativo en un Estado constitucional al velar, en últimas, por el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos, como también lo hace el Ministerio Público.

La filosofía que inspira el modelo de Estado colombiano refuerza la convicción de que, al margen de considerar quién en específico fue reportado víctima directa de la vulneración a un derecho fundamental, sus efectos no pueden tener incidencia para la asunción de determinaciones judiciales en contra de quien funge como procesado. No es esta sin embargo conclusión que este Tribunal promulgue como propia, porque ya del mismo modo ha sido concebido por la jurisprudencia vertical, con pronunciamientos inequívocos como este:

“Esta norma, que por expresa disposición legal debe aplicarse a los otros actos de investigación regulados en ese mismo capítulo, dispone expresamente que

la legitimación para pedir la exclusión dimana de dos situaciones perfectamente diferenciadas: (i) la calidad de imputado o indiciado, o (ii) la titularidad de la expectativa razonable de intimidad frente al bien objeto del registro. Lo anterior, sin perjuicio de que concurran los dos presupuestos.

Lo anterior guarda armonía con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, en cuanto dejó sentado que cuando se trata de graves afectaciones de derechos fundamentales puede haber lugar a la nulidad de la actuación, por la inoperancia de los controles judiciales, lo que, obviamente, riñe con la idea de que solo la persona afectada directamente con el acto de investigación está legitimada para pedir la exclusión.

En síntesis, el indiciado, imputado o acusado está legitimado para solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas a partir de un acto de investigación que afectó los derechos de terceros.⁷⁵ (Destaca la Sala).

Por último, en cuanto a la legitimación, dígase que en cualquier estadio del proceso penal puede solicitarse la exclusión de una prueba ilegal o ilícita, ya que esta es nula de pleno derecho y, por ende, no es convalidable; bien puede alegarse ante el juez de garantías (artículo 238 del Código de Procedimiento Penal), cuya decisión al respecto no vincula al juez de conocimiento (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 36562) y este, por antonomasia, sobre esa temática, decide en la audiencia preparatoria (artículo 359 del Código de Procedimiento Penal), y la decisión que allí tome no goza del atributo de la cosa juzgada, en tanto que en la audiencia de juicio oral, de obrar motivos que revelen la ilegalidad o ilicitud de una prueba, puede tomar decisiones en cuanto a la exclusión de una prueba, lo que quiere significar que no existe convalidación de los sujetos procesales en relación con la prueba ilegal o ilícita.

Sobre la convalidación, que es un tema también anejo con el asunto que tenemos entre manos, la Corte Constitucional dijo que *“la nulidad de pleno derecho que establece la Constitución como consecuencia de haberse recaudado la prueba con violación de derechos fundamentales impide considerarla válidamente en el proceso, así el demandante admita que esa prueba consigna hechos que se le endilgan en el proceso penal. La Corte Constitucional reitera en este punto que la inconstitucionalidad de la prueba impide considerarla válidamente en el proceso*

⁷⁵ CSJ SP, 11 abr. 2018, rad. 52320

penal, pese a su convalidación por parte del procesado. En este punto debe ponerse de relieve que la frase utilizada por la Carta es la de “nulidad de pleno derecho”, expresión que indica la improcedencia de la convalidación por afectación absoluta o radical de la validez del acto.”⁷⁶

La doctrina se orienta por ese mismo razonamiento, cuando precisa que *“por ser ilícita desde el punto de vista constitucional, resulta “nula de pleno derecho” (art. 29 C.N.). Por ello resulta insubsanable, ni siquiera entran en juego consideraciones aplicables a la teoría de la nulidad como son los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación”*.⁷⁷

Nótese que, pese a que el afectado pretenda su convalidación, ello no sana la prueba ilegal o ilícita, en tanto que, según se viene de exponer, este tema rebasa la dimensión meramente subjetiva de los derechos fundamentales y abarca la dimensión objetiva, en el entendido de que es peligroso para los derechos y libertades de los asociados que el proceso penal opere con medios de conocimiento irregulares. Tan es así, que incluso ello es causal de casación penal (artículo 181.3 del Código de Procedimiento Penal), ya que si se incorpora, valora o utiliza una prueba mal habida, da lugar al error judicial denominado violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, en donde *“mediante este motivo de casación se declara la interdicción de la arbitrariedad en la producción y valoración de la prueba”*⁷⁸ e, incluso, si la prueba ilícita es calificada, da lugar a la nulidad del proceso, alegable por la causal 2 de casación.

De otro lado, la prueba ilegal regulada en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, reza:

⁷⁶ Sentencia T-233 de 2007

⁷⁷ Tomado de “La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Páginas 263 y 264.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. Año 9. Revista No. 22. Corte de Casación 120 años. “La verdad como telón de fondo de la casación penal”. Javier Zapata Ortiz. Página 71.

“PRUEBA ILEGAL. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.”

Aunque por las particularidades que rodean el caso presente, refulge todo aquello que se diga en torno a la prueba ilícita, no está demás recordar que en sentencia ya citada, se expresó que, *“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”*, es decir, que no cualquier error intrascendente, inocuo o trivial, lleva a la calificación de ilegal de la prueba, en tanto que es manifestación del artículo 228 de la Constitución Política que preconiza al derecho sustancial por sobre el formal, cosa contraria, sería incurrir en un exceso ritual manifiesto.

Ahora bien, antes de finalizar este acápite, conviene referir a una tensión conceptual suscitada entre quienes consideran que la necesidad de una oportuna impartición de justicia subyace un insoslayable interés general y que en consecuencia sigue de ello facultar la valoración de una prueba contaminada de ilicitud y sobre ella construir una sentencia de condena, y los que piensan en contraste que si bien un proceso judicial entraña un verdadero interés general, por cuenta del modelo de Estado que nos rige, no es posible validar un medio de convicción ilícito, aunque este ciertamente reporte como víctima a una persona individualmente considerada; vale decir, en eventos de esa naturaleza no aplica el rigor del recurrido apotegma según el cual lo individual cede ante lo general.

La Corte Constitucional expresó que *“la norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio de interés de todos. Aquí, en esta imposibilidad, radica justamente uno de los grandes avances de la democracia y de la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo. El individuo es un fin en sí mismo; el progreso social no puede*

*construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de un individuo. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado.”*⁷⁹

Por esa misma línea tenemos que *“cuando un interés privado es protegido por un derecho constitucional, pierde el carácter de mero interés particular para convertirse en un derecho cuya garantía interesa a toda la comunidad puesto que la misma Constitución así lo ha declarado al otorgarle protección. (...) Si las autoridades públicas pudieran ahora pasar por encima de los derechos cabalgando en ideas etéreas, manipulables, coyunturales y subjetivas de interés público, todo esfuerzo por proteger los derechos en la Constitución habría sido en vano”*.⁸⁰

Así, pues, la cláusula de exclusión constitucional también encierra un interés general, por ese motivo es que *“definitivamente la Sala Plena de la Corte Constitucional no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal.”*⁸¹

Fíjese que la Corte no admite ponderaciones de la cláusula de exclusión probatoria, pues, la misma, dado su carácter imperativo, se aplica cuando a ello haya lugar, sin miramientos ni discrecionalidades judiciales; así lo dictaminó la Corte Suprema de Justicia cuando señaló: *“sin que al respecto exista discrecionalidad judicial (...), sin que se pueda alegar, como excepción, prevalencia del interés general, puesto que*

⁷⁹ C-546 de 1992

⁸⁰ “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Manuel José Cepeda. Página 16.

⁸¹ Sentencia C-210 de 2007

tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación derechos fundamentales”⁸².

Súmese un argumento de técnica constitucional: en el ordenamiento jurídico existen principios y reglas. Los principios son normas de textura abierta, en donde debe optimizarse su contenido en la mayor medida posible, en tanto lo permitan las razones jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario, mientras que las reglas disponen de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica⁸³; la cláusula de exclusión constitucional es una regla, ya que, *“cuando aparece claro que una vez evaluada por el juez la ilicitud o ilegalidad de la prueba, la Constitución señaló un efecto jurídico claro para aquella que ha sido obtenida con violación del debido proceso: la invalidez”⁸⁴.*

Destáquese que cuando una norma constitucional de derecho fundamental está configurada como regla, no se admite la ponderación de la misma frente a otras normas constitucionales, debido a que, según Alexy, *“ya han tenido en cuenta las razones provenientes de otras disposiciones que pueden jugar en su contra. Estas determinaciones se traducen en normas y posiciones iusfundamentales definitivas, que se hacen valer mediante la subsunción y que no toleran restricciones en su contra. (...) esto ocurre cuando en una norma aparece determinada la conducta o el comportamiento que está ordenado, prohibido o permitido. Por esta razón, las reglas contienen un “deber ser real”. Los principios, en cambio, no tienen determinado su contenido, -lo que está ordenado, prohibido o permitido-, habida cuenta de los principios que juegan en sentido contrario. (...) el deber ser real de las reglas contienen determinaciones que proceden de la previa consideración de las razones que juegan contra lo ordenado por el derecho fundamental, y por lo tanto, ya es un deber definitivo, que puede ser aplicado mediante la subsunción.”⁸⁵*

⁸² CSJ SP, 6 abr. 2005, Rad. 21483

⁸³ “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Carlos Bernal Pulido. Página 726 en adelante.

⁸⁴ Sentencia C-591 de 2005

⁸⁵ *Ibidem*, páginas 747 y 749.

Significa que una norma constitucional *iusfundamental* con la estructura de regla, como la fórmula de exclusión constitucional, presuponen que el Constituyente primario ya realizó y agotó un test de proporcionalidad, y concluyó que el contenido de la regla prima sobre otras disposiciones u objetivos constitucionales, como la búsqueda a ultranza de la verdad, y esa regla no admite ponderación alguna, es conclusiva, definitiva.

Con los insumos anteriores, es hora de ocuparnos del asunto que nos concierne.

7.9. Análisis del caso concreto

Se sabe por la información del proceso, que una vez sucedida la muerte violenta de quien en vida fuera Mario Fernando Gómez, de la averiguación del caso se encargó a la investigadora del CTI, señora Yomaira Vela Belalcázar. En su declaración rendida en el juicio, la susodicha funcionaria dio a saber de las pesquisas que adelantó desde la misma data en que acaecieron los hechos. Para centrarnos en el tema atinente a la identificación de la persona que pudo ser la autora del homicidio, contó lo siguiente:

Supo de manera temprana, gracias a algunas entrevistas que adelantó con testigos reputados presenciales, que fue una mujer conocida con el remoquete de “La Mona”, quien ejecutó el delito y de inmediato se dirigió al lugar de residencia de la susodicha persona, pero allí fue informada por el vigilante de que ella en compañía de dos mujeres más había abandonado intempestivamente el inmueble. Pero como también supo la investigadora de la presencia en el lugar de los hechos de algunas unidades de la policía, ubicó a un subteniente encargado del personal en ese momento, un oficial de apellido Pinto, a quien invitó a ofrecer una entrevista, a la que el señalado uniformado no asistió, pero le hizo llegar un informe sobre las actividades realizadas *in situ*, junto con el número de un abonado celular perteneciente a quien se dijo era probablemente la compañera sentimental de la mentada “Mona”.

Del relato circunstanciado de la referida testigo se sabe que con esa información obtenida, elevó petición de ayuda a Movistar, entendiéndose que es la empresa operadora del abonado en cuestión, para verificar que ciertamente el aparato pertenecía a la pareja sentimental de “La Mona”, lo que en efecto se constató⁸⁶, pero además “se estableció que ese celular se ubicaba en el centro de Popayán”⁸⁷. Con eso la investigadora se desplazó a la citada ciudad y con prontitud estaba acompañada de algunos policías en una “zona de tolerancia” situada en un sector céntrica de esa urbe, donde, sin especificar en detalle cómo lo hizo, logró identificar a la perseguida ciudadana.

Lo que siguió a esa actividad investigativa fue la participación de la funcionaria del CTI en la elaboración de una diligencia de reconocimiento fotográfico con algunas testigos consideradas como presenciales de los sucesos, previa la elaboración de unos retratos hablados, álbum que se pretendió incorporar al caudal probatorio, pero que finalmente fue impedido por el Juzgado, por cuanto no había sido descubierto por la Fiscalía⁸⁸; al final, el delegado del ente instructor renunció a la pretensión de aducir esas piezas, por cuanto consideró que la plena identidad de la procesada había sido estipulada por las partes.⁸⁹

Si se revisa con el indispensable rigor la forma como la investigadora del CTI adelantó su actividad con mira a identificar a la procesada y se la contrasta con toda la argumentación vertida en esta providencia, sin la menor hesitación se concluye que tal procedimiento se encuentra viciado de ilicitud. En efecto, lo primero que fluye como sustento de ese aserto es que fueron agraviados caros derechos fundamentales de quien por la vía de su celular resultó ser ubicada, y por esa misma línea establecido también el posicionamiento físico de la persona que luego fue vinculada al proceso bajo la fórmula de persona ausente.

⁸⁶ Minuto 1:15:35

⁸⁷ Minuto 1:14:45

⁸⁸ Minuto 1:18:36

⁸⁹ Minuto 1:33:55

Ya había sido remarcado *supra*, que el derecho al posicionamiento o ubicación física forma parte de la variada gama de decisiones que una persona puede tomar en los contextos del derecho fundamental a la intimidad. Aquí con más veras se establece ello, si en cuenta se tiene que el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad le confería la potestad a la propietaria de su aparato móvil celular de estar en donde quisiera y por las motivaciones que fueran, sin que nadie le estuviese escrutando tales decisiones. Atrás asimismo se mencionó que, aparejado con su libertad de estacionarse en un sitio determinado, está latente el derecho a ejercer allí cualquiera actividad que solamente le incumbe al titular de esa potestad, porque pertenecen a su fuero íntimo. No puede olvidarse aquí que la mujer indebidamente rastreada sentó raíces en la ciudad de Popayán, según se ha afirmado sin chistar, para ejercer la prostitución; ese solo es un motivo que debió ser respetado.

De otro lado, nunca fue expuesta autorización expresa o tácita por parte de la susodicha mujer a su operador para que fueran utilizados sus datos que dejó en la suscripción de la prestación del servicio de comunicación con Movistar para que fuera ella *geolocalizada*; vale decir, fue vulnerado el derecho de *habeas data* o autodeterminación informática. Y lo que es quizás más relevante, aceptando que la Fiscalía estaba habilitada para adelantar dicho procedimiento –ya se explicó que el derecho a la intimidad no es absoluto- empero no le asignó el rito que está dispuesto en los artículos 244 y 246 de la Ley 906 de 2004, respecto del cual la Corte Constitucional precisó en su sentencia C-336 de 2007, que para validar actividades investigativas como esa se exige el control judicial, que ni siquiera posterior, sino previo. Ese control, aceptó la investigadora, no fue adelantado.

Eso se aviene también con la persuasión de que, de contera, en ese enigmático trasegar investigativo hubo vulneración al debido proceso probatorio, merced a que el ordenamiento legal y el desarrollo jurisprudencial han decantado que la producción de una prueba de la especie tiene un rito claramente establecido, que fue inexplicablemente desdeñado.

En mente la irregularidad cometida, se advierte que la misma encaja en los trazos de una prueba ilícita. Eso lo proclama el hecho de estar en presencia de una vulneración de caros derechos fundamentales, como a espacio hemos tratado de exponerlo. Los principios transgredidos son, siguiendo los precedentes jurisprudenciales en su momento citados, por lo menos, el *de libertad*, toda vez que no existió por parte de la titular de consentimiento previo, así sea expresa o tácitamente dado, para que a través de sus datos personales la empresa de telefonía procediera a su localización física, sin mediar tampoco autorización judicial; recordemos que **“En ese contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización de su titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas”**(destaca esta Sala).⁹⁰ También fue lastimado el *principio de finalidad*, porque el propósito constitucional legítimo del propietario de esos datos, era ejercer su derecho a la intimidad sin interferencias de nadie, lo cual no fue respetado al desviarse la prestación tecnológica de la comunicación por otra no convenida ni asentida.

La solución jurídica que corresponde deberá ser, entonces, la exclusión del diligenciamiento tachado de ilicitud. Ello habrá de hacerse, pero antes corresponde superar dos escollos avistados: el primero, que interroga si el Juez -que para este caso es el Tribunal- ostenta legitimación jurídica para proferir una orden de esas, cuando no ha sido explícitamente postulada por quien tiene interés procesal directo de que se emita; y, el segundo, si como aquí no fue a la acusada a quien le rastrearon su celular, sino a su compañera sentimental, podría aquella beneficiarse de las consecuencias jurídicas derivadas de establecer violación de garantías fundamentales en contra de esta.

No vacila la Sala de otorgar una respuesta afirmativa al primer interrogante y considera que la misma tiene anclaje constitucional, como así de ese modo ha sido expuesto a lo largo de esta providencia, por fuerza de la naturaleza del problema jurídico, planteado: si en la ideología que marca todos los pasos estatales en

⁹⁰ Sentencia C-787 de 2014

nuestro modelo constitucional, se exige el respeto y materialización de los derechos fundamentales de toda las personas, no tiene cabida que en un escenario procesal donde se potencia el riesgo a vulneración de los mismos se soslaye la presencia de una mancha de semejante magnitud. No olvidemos que en el decurso de una actuación judicial los jueces se ofrecen, por encima de cualquiera otra consideración, en los guardianes de los preceptos de la Constitución.

Es que, siguiendo las huellas del precedente vertical, ya este Tribunal ha tomado decisiones de similar calado, como ocurrió en el asunto radicado con número interno 7313, donde con providencia del 16 de abril de 2013, se despachó el asunto de la siguiente forma:

“El artículo 29 Constitucional contempla la denominada “cláusula de exclusión” que se aplica cuando se descubra la existencia de irregularidades cometidas en el proceso de producción probatoria, al señalar que “Es nula de pleno derecho, la prueba que ha sido obtenida con violación del debido proceso”.

*Para centrarnos en el caso, lo aquí descubierto se acomoda a lo que en dogmática se conoce como prueba ilícita, la que se estructura “cuando 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”(lo resaltado fuera del texto).⁹¹*

Y ya sabemos cuál es la consecuencia jurídica que de tal ocurrencia se deriva:

“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”.⁹²

De modo que la Sala no tendrá en cuenta para asumir su decisión, la actuación investigativa que terminó con la inspección realizada al celular del acusado, por cuanto la misma se produjo con invasión a derechos fundamentales de una persona, sin que para ello se hayan observado las previsiones normativas establecidas”.

⁹¹ CSJ SP, 10 jul. 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁹² *Ibidem*.

Y, finalmente, hemos de señalar en cuanto al segundo dilema, que la solución está dada con claridad meridiana en el precedente de la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia que en su momento se trajo a colación, donde se precisó que, en actuaciones procesales de la especie, el procesado será favorecido de las consecuencias judiciales derivadas de un procedimiento trasgresor de garantías fundamentales, aunque el mismo haya tenido como destinatario una persona distinta.⁹³ La conexión de sus intereses procesales con el acto irregular es de tanta cercanía, como que por ese medio fue que una investigadora de la Fiscalía logró su ubicación y luego la tan cuestionada identificación.

Quizás sea necesario que a estas alturas de la argumentación la Corporación precise que -a propósito de que haya sido estipulada la plena de identidad de la encartada-, no es que en suma se esté censurando la actuación de las partes, y en particular de la defensa, de haber suscrito convenio en tal sentido, porque hay que decirlo con claridad, es esa una potestad incontrovertible de los contendores procesales, en procura de evitar dilaciones innecesarias en el desarrollo del juicio, que podrían presentarse con la tozuda decisión de llevar por el cauce convencional asuntos que no representan controversias sustantivas.

Para el caso, si algo fue dilucidado a través de las distintas intervenciones de los sujetos procesales, es que esa plena identidad de la procesada plasmada en una estipulación tenía el único objetivo de considerar que en el decurso se contaba con una persona que sería sujeto pasivo de la acción penal, pero siempre fue advertido que ello no implicaba para nada un compromiso que afecte en lo mínimo la responsabilidad de la acusada. Y ello tiene razón de ser, por cuanto temas de esa especie no son susceptibles de ser acordados por las partes.⁹⁴

Mas, es claro que según como es revelado por las piezas de este proceso, no se trataba aquí de la convencional y manida tarea de allegar los datos que permitan identificar a quien está siendo procesado, en pro de conocer que esa persona que

⁹³ CSJ SP, 11 abril 2018, rad. 52320

⁹⁴ Ver al respecto CSJ SP, 12 abr. 2019, rad. 50696, entre muchas otras

está al menos individualizada se identifica con determinado número de cédula de ciudadanía; para el caso, la identificación de la encartada estaba fatalmente entrelazada con quien pudo haber perpetrado el ilícito en cuestión, y es claro que para esos propósitos se imponía la observancia cabal de un trámite judicial impuesto por la necesidad de cautelar un derecho fundamental, como ha sido expuesto con suficiencia en este fallo.

Así, como consecuencia natural y obvia de la exclusión que hará el Tribunal de todo el diligenciamiento investigativo con el que se logró la identificación de la persona que luego fuera vinculada al proceso, fuerza confirmar la sentencia de absolución emitida por el primer nivel, aunque por razones distintas. Con esa determinación se torna inoficioso que la Corporación entonces adelante valoración probatoria de otros elementos suasorios arrimados.

8. Decisión

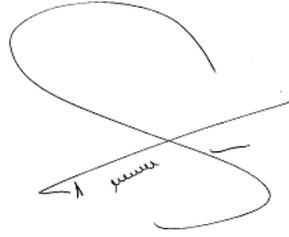
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Confirmar el fallo impugnado.

Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

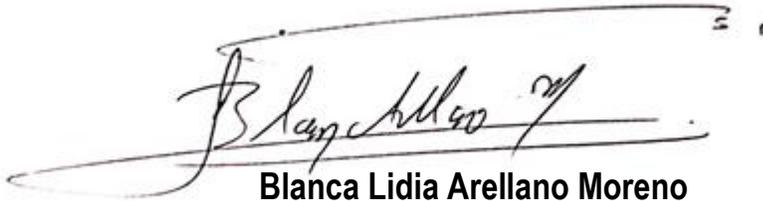
Cópiese y cúmplase.



Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado



Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada



JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 018

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 10 de febrero de 2021.


JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario