

**LA INTERCEPTACIÓN
DE COMUNICACIONES
TELEFÓNICAS EN EL PROCESO
PENAL Y DISCIPLINARIO**

FRANCISCO FARFÁN MOLINA

Director Nacional de Investigaciones Especiales
Procuraduría General de la Nación (2001-2004)
Procurador Delegado ante la Sala de Casación
Penal de la Corte Suprema de Justicia

Bogotá, D. C., diciembre de 2007

**LA INTERCEPTACIÓN
DE COMUNICACIONES
TELEFÓNICAS EN EL PROCESO
PENAL Y DISCIPLINARIO**

FRANCISCO FARFÁN MOLINA

Director Nacional de Investigaciones Especiales
Procuraduría General de la Nación (2001-2004)
Procurador Delegado ante la Sala de Casación
Penal de la Corte Suprema de Justicia



Instituto
de Estudios
del Ministerio
Público



Publicación de la

©PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Instituto de Estudios del Ministerio Público IEMP

Carrera 5ª No. 15-80 piso 16

Bogotá, D. C., Colombia

PBX (352 00 66 – 336 00 11)

Ext: 11618- 3375422

<http://imp.procuraduria.gov.co>

Diseño de portada

Hernán Hel Huertas Olaya

Coordinación editorial

José Patrocinio Castañeda R.

Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Primera edición

Se permite su reproducción parcial con el debido crédito a la Procuraduría General de la Nación.

Los conceptos y opiniones expresados en este documento son de exclusiva responsabilidad de su autor y no comprometen a la Procuraduría General de la Nación

ISBN 978-958-8295-31-2

Impreso en Colombia

Bogotá, D. C., diciembre de 2007

*A los Doctores Juan de Francisco,
Remberto Burgos, Luis Palomino y
Mónica Novoa, con profundo agradecimiento.*

Contenido

	Págs.
El autor.....	11
Capítulo Primero	
Diligencias investigativas que restringen derechos fundamentales y principio de proporcionalidad.....	13
1. Nociones previas.....	13
2. El principio de proporcionalidad.....	15
3. Las funciones de Policía Judicial. Diligencias por iniciativa propia y diligencias sujetas a reserva judicial.....	17
Capítulo Segundo	
Requisitos mínimos de la intervención telefónica legítima.....	23
1. Los presupuestos genéricos a la luz de los estándares internacionales.....	23
2. Legalidad.....	26
3. Autorización judicial.....	29
4. Motivación.....	31
4.1. El juicio fáctico.....	33
4.2. El juicio jurídico.....	34
4.3. Las especificaciones concretas (delictiva, personal, telefónica y de plazos).....	36

Capítulo Tercero

El objeto de la injerencia: Interceptación de comunicaciones telefónicas, radiográficas, figuras afines, información de inteligencia obtenida por rastreo del espectro electromagnético, espionaje acústico e interceptación del correo electrónico	41
1. El rastreo del espectro electromagnético como labor de inteligencia	42
2. Espionaje acústico y comunicaciones entre presentes	56
3. Registros y archivos que conservan las empresas operadoras de telefonía celular o de “buscapersonas” (beeper)	61
4. La interceptación del correo electrónico	67

Capítulo Cuarto

Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones e interceptación de comunicaciones telefónicas en el marco de la Constitución Política de Colombia..	71
1. En la Constitución de 1886	71
2. En la Constitución Política de Colombia de 1991	78

Capítulo Quinto

La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal colombiano.....	83
1. En la ley 600 de 2000 y códigos procesales anteriores. Insuficiencia de la regulación y déficit de garantías.....	84
2. La ley 906 de 2004. Análisis	93

Capítulo Sexto

La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario	99
1. El artículo 116, numeral 3 de la Constitución Política. Alcance y contenido	100
2. Desarrollo legal mediante los artículos 135 de la ley 200 de 1995 y 148, numeral 3 de la ley 734 de 2002	101
3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que respalda la facultad del Procurador para decretar interceptaciones telefónicas en el proceso disciplinario.....	104

	Págs.
4. Las normas de reenvío	112
5. Requisitos, presupuestos y límites de la interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario.....	115

Capítulo Séptimo

Casos y aplicaciones prácticas de la interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario.....	121
Caso 1. Tráfico de influencias y conflicto de intereses	121
Caso 2. Indebida participación en política de servidores públicos. Caso Registrador Delegado de Cundinamarca.....	125
Caso 3. Corrupción interna. Cohecho	127
Caso 4. Falsedad material en documento público. Determinación por inducción .	130
Caso 5. Indebida participación en política. Secretaria del Registrador Delegado de Cundinamarca	133
Caso 6. Asesoramiento ilegal y conflicto de intereses	135
Caso 7. Indebida participación en política. Asesor Registraduría Delegada de Cundinamarca	136
Caso 8. ESAP. Tráfico de influencias y nóminas paralelas	137
Caso 9. Indebida participación en política. Delegado del Registrador en el Departamento del Cesar	138
Caso 10. La Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la nulidad de pleno derecho de las interceptaciones telefónicas realizadas ilícitamente.....	139
Caso 11. Interceptación ilícita de comunicaciones telefónicas y regla de exclusión. Caso Senador García.....	142
Caso 12. Sanciones disciplinarias por interceptaciones telefónicas ilegales y masivas en el Gaula de Medellín	144

Capítulo Octavo

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional colombiana sobre interceptación de comunicaciones telefónicas	155
1. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	155
2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sentencia SU-159 de 2002. ..	164

2.1. Los hechos.....	164
2.2. Los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo	165
2.3. Análisis del caso concreto.....	170
2.4. El salvamento de voto.....	175
2.5. Toma de postura.....	178

Capítulo Noveno

Intervenciones orales y grabación de las conversaciones propias	181
1. Planteamiento general.....	181
2. Aportación, autenticidad y valor probatorio de las grabaciones	183
3. Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en torno al valor probatorio de las conversaciones grabadas por uno de los interlocutores	184
3.1. Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia	184
3.2. Postura de la Corte Constitucional	190
4. Intervención de comunicaciones telefónicas por parte de uno de los interlocutores en el proceso disciplinario	193

Capítulo Décimo

Ineficacia probatoria de las interceptaciones telefónicas ilícitas	197
1. Consecuencias de la vulneración a la legalidad constitucional	198
2. Ineficacia probatoria por vulneración de la legalidad ordinaria.....	201
3. Audición, selección, y transcripción de las cintas.....	204

Capítulo Undécimo

Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita en materia de interceptación de comunicaciones telefónicas.....	209
1. Doctrina de la fuente independiente.....	210
2. El descubrimiento inevitable.....	213
3. El vínculo atenuado	214
4. Hallazgos casuales y pruebas objetivas.....	216
Bibliografía	225
Referencias jurisprudenciales	229

El autor

FRANCISCO FARFÁN MOLINA (1965), Abogado de la Universidad de los Andes, especializado en derecho penal en la Universidad Externado de Colombia y en derechos fundamentales en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de derecho penal general y especial en la Universidad de los Andes (1990-2002), y profesor de la Universidad Externado de Colombia, en el Postgrado de Derecho Disciplinario. Director de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Defensor Público en Casación Penal; Asesor del Programa Presidencial Antisecuestro; Abogado Asistente de la Sala jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación; Procurador Auxiliar para asuntos disciplinarios (e) y Procurador Delegado para la Moralidad Pública (e). Autor de “Eutanasia, Derechos Humanos y Ley Penal”; “Policía Judicial Disciplinaria”; “Jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria” (Compilador); “El tráfico de órganos humanos y ley penal”; “Lavado de activos y extinción de dominio en el sector financiero”; “La cadena de custodia en la investigación disciplinaria”. Actualmente se desempeña como Procurador Primero Delegado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Capítulo Primero

DILIGENCIAS INVESTIGATIVAS QUE RESTRINGEN DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. Nociones previas

En desarrollo de los procesos penales y disciplinarios, y con objeto de lograr el cometido de averiguación de la verdad como una de las metas del procedimiento, en ocasiones se hace necesario ordenar diligencias y pruebas cuya práctica comporta la restricción de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la libertad física, a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, y el derecho al secreto de las comunicaciones, entre otros.

“El principio de verdad material se constituye en uno de los principios fundamentales sobre el que se estructura el proceso penal o disciplinario, pues en un Estado de derecho no es posible descubrir la verdad a cualquier precio, sino de acuerdo con las reglas que la ley prescribe para tal efecto, de tal forma que lo que el Juez descubre no es la verdad real, sino la obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad procesal”¹.

Agrega González Amado que “la verdad procesal es una consecuencia lógica del procedimiento penal porque en él se trata de reconstruir, a través de los medios de prueba, un hecho acontecido en el mundo natural antes de que el Juez tenga contacto con él”.

¹ González Amado, Iván. “La Prueba Ilícita”. Trabajo sin publicar. Pág. 6.

La vías formalizadas son aquellas que la ley establece como válidas para el conocimiento de los hechos que se investigan, de manera que han de responder a los condicionamientos constitucionales y, por ende, a los principios del Estado democrático, según los cuales los derechos fundamentales de los individuos merecen una especial protección e impiden que se sacrifiquen so pretexto de proteger el interés general.

“De acuerdo con estos presupuestos, y como regla general, las reglas probatorias deben vedar al Juez la posibilidad de practicar pruebas que atenten contra los derechos fundamentales, aunque el Estado, en algunos eventos concretos permita la interferencia de algunos derechos, bajo ciertas condiciones y exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, para facilitar la recolección de evidencias dentro del proceso”².

De hecho, anota el mencionado autor, “el único derecho fundamental cuya fórmula constitucional lo erige en derecho absoluto es la vida, según el texto del artículo 11: ‘El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte’. A la luz de este mandato cualquier prueba que pueda lesionar el bien jurídico de la vida es una prueba ilícita porque entraría en el marco de la prohibición absoluta constitucional”.

“A renglón seguido la Constitución Política establece, como mecanismo adicional de protección a este derecho inviolable, la proscripción de la desaparición forzada, la tortura y los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, formas de comportamiento humano que ponen en peligro el bien jurídico esencial de la vida y, por ello, no pueden admitirse tampoco como medios para averiguar la verdad de lo ocurrido, esto es, como pruebas. Bajo este entendimiento, la vida, la integridad personal y la salud mental no pueden ser afectadas por la actividad probatoria”³.

“El bien jurídico de la libertad, por el contrario, no tiene la misma fórmula constitucional ni se ha reconocido como un derecho absoluto, y en tal sentido tiene esferas en las que es admisible la interferencia del Estado para su regulación a través de la imposición de límites jurídicos que la

² Ibidem. Pág. 7.

³ González Amado, Iván. Ob. cit. Pág. 10.

armonicen con el ejercicio de otras libertades y con la preservación de intereses constitucionalmente relevantes”.

De esta forma, “la actividad probatoria puede invadir algunas esferas de la libertad individual, sin que por ello la prueba resulte afectada de ilicitud. Es así como, por ejemplo, al testigo se le puede compeler a que rinda declaración sobre los hechos que conoce, sin que pueda imponer su fuero interno a la obligación de colaborar con las autoridades en la investigación de las conductas punibles”.

Con respecto a otras libertades, la Constitución Política establece los requisitos y condiciones especiales que hacen jurídicamente viable su afectación: en el artículo 15, numeral 3 de la Carta, tras reconocer el derecho al secreto de las comunicaciones, establece la reserva judicial para la interceptación de comunicaciones, y la reserva legal para la determinación de los casos y las formalidades en que ella sea posible. En el artículo 24, la libertad de circulación tiene límites en las previsiones de la ley; el artículo 26 establece la libertad de escoger profesión u oficio, pero al mismo tiempo permite la regulación legal de los títulos de idoneidad e impide el libre ejercicio de los oficios que impliquen un riesgo social, y el artículo 28 consagra la libertad de locomoción, para también permitir su limitación a reserva de una decisión judicial que debe estar sujeta a las condiciones establecidas en la ley, etc.

De esta amplia regulación de la libertad se desprende que algunas esferas de los derechos fundamentales del individuo pueden ser interferidas, y es claro que la propia Constitución o la ley establecen las condiciones para llevar a cabo tales injerencias con fines probatorios.

2. El principio de proporcionalidad

Actualmente, todo el conjunto de tales requisitos y garantías puede resumirse en la estricta observancia del principio de proporcionalidad, el cual suministra criterios para explicar cuándo y por qué resulta legítima y razonable la restricción de las libertades, por ejemplo, para fines de la actividad probatoria.

Conviene advertir que los dos presupuestos comunes para todo acto que limite en forma intensa algún derecho fundamental⁴ son la legalidad y jurisdiccionalidad de la medida. El primero de ellos se explica porque toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar prevista en la ley. Según el segundo criterio, los Jueces son los únicos competentes para adoptar medidas que impliquen afectaciones intensas o medias de los derechos fundamentales en el marco del proceso. Excepcionalmente, actuando a prevención, por estrictas razones de urgencia y bajo el cumplimiento de especiales garantías, puede la Policía Judicial restringir determinados derechos, como es el caso de la libertad, a través de la detención administrativa, o la inviolabilidad de domicilio, en las hipótesis de delito flagrante.

“Para el cumplimiento del principio de proporcionalidad no basta sin embargo que la medida esté prevista en la ley y que se adopte por el Juez, pues se torna indispensable, además, que la misma tenga algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone, y contribuya en algún grado al logro de la finalidad propuesta, que no es otra que la averiguación de la verdad en el caso concreto. (Subprincipio de idoneidad). Se requiere adicionalmente que sea necesaria, esto es, que el Juez no disponga de un medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad y que sea menos restrictivo que la libertad o de los demás derechos que resulten afectados (Subprincipio de necesidad) y que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave (Subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)”⁵.

A efectos de satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, el Juez debe efectuar, en consecuencia, una especial motivación de la resolución que ordena limitar el derecho fundamental, en la que ha de plasmar el juicio de ponderación entre los derechos e intereses en pugna, a la luz de los subprinci-

⁴ Para Bernal Pulido, debe considerarse como afectación de un derecho fundamental todo acto jurídico o fáctico de un poder público o de un particular que afecte el derecho de una manera negativa o desventajosa. La afectación puede proceder de la ley y de los actos jurídicos o fácticos del poder judicial y del ejecutivo. En otros términos, se entiende por afectación de un derecho fundamental, cualquier actuación que suprima o elimine una posición jurídica adscrita al ámbito normativo del derecho o que impida o dificulte el ejercicio de las acciones relativas a las posiciones pertenecientes al mismo. Este concepto de afectación no incluye referencias a la subjetividad, como la intención de afectar el derecho, o criterios como la inmediatez, coactividad, operatividad y carácter jurídico del acto; es por tanto una noción construida en sentido objetivo y amplio. “Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales”, pág. 252.

⁵ Gimeno Sendra, Vicente y otros. “Derecho Procesal Penal”. Ed. Colex. Segunda Edición. 1997. Pág. 382.

pios antes anotados. Ello, para que el imputado pueda conocer las razones que sustentaron el sacrificio de su derecho fundamental, y ejercitar, por esta vía, su derecho de defensa a través de los recursos orientados a desestimar la medida, cuando la considere irrazonable o desproporcionada.

Dicha línea de argumentación muestra al Juez, en principio, como el único funcionario investido de competencias constitucionales y legales para ordenar la práctica de medios probatorios que comporten la restricción o interferencia en derechos fundamentales del individuo.

3. Las funciones de Policía Judicial. Diligencias por iniciativa propia y diligencias sujetas a reserva judicial

Como se expresó anteriormente, la Policía Judicial ostenta atribuciones para intervenir la órbita de los derechos fundamentales en casos excepcionales (captura administrativa, allanamiento y registro en caso de flagrancia, registro vehicular en circunstancias de urgencia, pruebas de alcoholemia en el mismo contexto, etc.), pero en términos generales se encarga más bien de ejecutar o materializar por comisión la orden del Juez, a través de la práctica de diligencias restrictivas de derechos, tales como las intercepciones telefónicas, registro domiciliario, intervenciones corporales, operaciones encubiertas, etc., como manifestación y cumplimiento del deber de apoyo a los Fiscales y Jueces en los aspectos investigativos, operativos, técnico-científicos, en el marco de los procesos, y bajo su dependencia funcional.

Por lo anterior, es necesario distinguir entre los actos de carácter jurisdiccional, del resorte exclusivo del Juez (por ejemplo, la facultad para dictar providencias, que es indelegable, y en principio, la decisión sobre práctica de pruebas y diligencias limitativas de derechos fundamentales), y los que puede ejecutar la Policía Judicial por sí misma, que solo por vía de excepción implican sacrificio de derechos fundamentales sin orden judicial previa.

La Policía Judicial desarrolla esencialmente su rol investigativo de cara a situaciones de urgencia, frente a las cuales actúa sin sujeción ni dependencia del Juez, adelantando indagaciones y pesquisas por iniciativa propia, con el

fin de asegurar los elementos de prueba. Entre tales actos pueden incluirse válidamente la captura administrativa, el allanamiento y registro de domicilio en casos de flagrancia, inspección del lugar del hecho con objeto de descubrir, identificar y recoger elementos materiales de prueba, y algunos supuestos específicos de registros corporales o de vehículos, donde el aseguramiento de la prueba se encuentra condicionado por circunstancias de apremio.

Al mismo tiempo, la Policía Judicial antes de judicializar las actuaciones, lleva a cabo labores de inteligencia en cuyo desarrollo aduce, en principio, elementos que sirven como criterios orientadores de la investigación, y no medios de prueba.

En cualquier otro caso, la Policía Judicial solo podrá actuar por comisión del Fiscal o del Juez, para la práctica de pruebas o diligencias técnicas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, incluyendo aquellas restrictivas de derechos fundamentales.

La normas procesales indican a su vez que la policía judicial puede extender su ámbito funcional a la práctica de otras pruebas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión, salvo capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, las que atentan contra el derecho a la intimidad o cualquier otra actividad que represente vinculación de los implicados a la actuación, ya que la Constitución o la ley procesal condicionan la procedencia de estas medidas a que exista una providencia judicial que la ordene.

La Constitución Política de 1991 solo establece reserva judicial para 4 diligencias de investigación específicas: 1. Las que impliquen ser molestado en su persona o familia (artículo 28). 2. El registro domiciliario (artículo 28). 3. La interceptación o registro de correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15, numeral 3), y 4. El artículo 28 dispone igualmente reserva judicial para efectos de ordenar prisión, arresto y detención.

En todos estos casos la orden judicial debe ser emitida con las formalidades legales, y solo procederán tales diligencias, por motivos previamente definidos en la ley.

Adicionalmente, como antes se indicó, la ley procesal penal no solo se ocupa de regular las formalidades y motivos de dicha orden judicial, sino que

extiende tales exigencias a otros actos de investigación que atenten contra el derecho a la intimidad, como las operaciones encubiertas, los registros e intervenciones corporales, y el acceso a información de carácter reservado o íntimo, incorporados en las bases de datos públicas o privadas.

Con todo, e independientemente de las previsiones constitucionales o legales sobre la materia, es válida la norma según la cual, en principio, todo medio de prueba que afecte en forma intensa un derecho fundamental del investigado debe ser ordenado por el Juez como garante de los derechos en el Estado Constitucional, a través de decisión motivada, conforme lo prevén y disponen las reglas que integran el principio de proporcionalidad antes mencionado⁶.

La reserva judicial para afectar los derechos fundamentales a través de la actividad probatoria “busca además evitar abusos de las autoridades policiales y garantizar a los ciudadanos una mayor y mejor protección de sus derechos, en tanto que el funcionario judicial posee una más alta capacitación para establecer las condiciones de la actuación en las que es posible invadir algunas esferas del derecho constitucional tutelado”⁷.

Así las cosas, en el proceso penal las pruebas y actuaciones que afecten derechos fundamentales deben ser ordenadas por un Fiscal o Juez, y para su práctica suelen comisionar a los órganos que cumplen funciones permanentes de Policía Judicial. La misma consideración es susceptible de ser trasladada al proceso disciplinario, en cuyo marco cualquiera de las referidas diligencias deberá estar supeditada a una orden del Procurador General (funcionario que ostenta facultades jurisdiccionales), y cuya ejecución judicial estaría a cargo de la Policía Judicial Disciplinaria. La Constitución Política de 1991 permite que la ley otorgue facultades jurisdiccionales a algunas autoridades administrativas para el desarrollo de materias precisas (artículo 116, numeral 3), y tanto la ley 200 de 1995 como la ley 734 de 2002 se las ha conferido al Procurador General de la Nación para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial que la Constitución le otorga.

⁶ En la misma línea el artículo 9 de la ley estatutaria de la administración de justicia dispone que “es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso”.

⁷ González Amado, Iván. Ob. cit. Pág. 12.

En la misma línea se orienta la posición de Bernal y Montealegre, al advertir que “de acuerdo con la estructura de la Constitución, la amenaza de los derechos o la intención de limitarlos está sujeta a prohibiciones absolutas o a controles judiciales precisos. Por el lado de los actos expresamente proscritos, el artículo 20 de la Constitución prohíbe la censura, y el 11 la pena de muerte, por desconocimiento absoluto del núcleo esencial de los derechos a la libertad de expresión y a la vida. Se ubican en este terreno, igualmente, las limitaciones abstractas a los derechos fundamentales que pueden surgir de las medidas dictadas bajo los estados de excepción, las cuales se someten al control automático regulado en los artículos 214 y 215 del estatuto superior”⁸.

“Por su parte, la pretensión de restricciones concretas de derechos sensibles a la actuación estatal, en ejercicio de su poder represivo, se someten a reserva judicial, tal como sucede en los casos previstos en los artículos 15 y 28 de la Constitución. Por vía judicial la Corte ha extendido esa reserva judicial a las afectaciones de otros derechos fundamentales, tal como se observa en la sentencia T-428 de 2003, en la cual se determinó la necesidad de que se obtuviera autorización judicial para practicar una intervención quirúrgica que afectaba los derechos fundamentales de una mujer con sus facultades mentales disminuidas. Adicionalmente, y en armonía con el principio de reserva judicial para tales actuaciones, el acto legislativo 03 de 2002 dispuso que corresponde al Juez de garantías autorizar las limitaciones a los derechos fundamentales en desarrollo del proceso penal”⁹.

Frente a este último tema, los mencionados autores construyen una tesis según la cual el artículo 250 de la Constitución, tras el acto legislativo 03 de 2002, autoriza a la Fiscalía General de la Nación para limitar derechos fundamentales en dos eventos: de ordinario y en forma permanente, para realizar allanamientos, registros, incautaciones e interceptación de comunicaciones privadas y, de manera excepcional, para capturar¹⁰ (facultades jurisdiccionales de la Fiscalía para afectar la intimidad, el domicilio y la libertad personal).

⁸ Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. El Proceso Penal. Tomo I. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. U Externado de Colombia. 2004. Pág. 154.

⁹ *Ibidem*, pág 155.

¹⁰ El carácter excepcional de la facultad que se otorga a la Fiscalía para capturar deviene de la estructura del modelo acusatorio, el cual demanda que se busque el mayor grado de igualdad entre las partes. La posibilidad de que alguna de ellas puede ordenar capturas incide negativamente en la distribución de oportunidades para la controversia, porque la amenaza a la contraparte, por esta vía, implica un fuerte elemento de distorsión.

Proponen luego, como punto de partida, que en desarrollo de la actividad probatoria en el proceso penal, las afectaciones de los derechos fundamentales son susceptibles de ser clasificadas como leves, medias o intensas. Una limitación intensa de los derechos fundamentales es aquella medida restrictiva que según el grado de afectación del derecho, en términos objetivos implica una restricción fuerte al ámbito de goce del derecho, mientras que las afectaciones leves se circunscriben a situaciones que solo generan molestia e incomodidad por la realización de los actos de investigación que adelanta la Fiscalía¹¹.

Así las cosas, estiman que para las hipótesis expresadas en la Constitución (allanamientos, registros, incautaciones e interceptación de comunicaciones) al igual que para la práctica de las pruebas y diligencias que impliquen afectaciones leves a los derechos fundamentales, la Fiscalía no requiere autorización previa del Juez de garantías. En cambio, para aquellas actuaciones que impliquen afectaciones medias o fuertes debe exigirse la autorización judicial previa.

Agregan que la misma regla deberá aplicarse “a todas las cláusulas que tengan relación con la investigación de hechos por parte de la Fiscalía y la Policía Judicial. De esta manera, por ejemplo, el artículo 244 del C.P.P. establece que la Policía Judicial, con autorización del Fiscal, no del Juez, puede acceder a datos íntimos del imputado que aparezcan en las bases de datos confidenciales. Sin embargo, esta actuación, por sus consecuencias y en las circunstancias específicas del caso, como implica una afectación media o intensa en el derecho a la intimidad, deberá hacerse con autorización previa del Juez de garantías, quien deberá controlar previamente la proporcionalidad y necesidad de la afectación”¹².

¹¹ Como cuarta posibilidad de actuación de la Fiscalía, sin autorización previa del Juez, estarían los casos de flagrancia, conforme al artículo 32 de la Constitución, según el cual cualquier persona puede aprehender al imputado en tales circunstancias. En tal supuesto, las facultades de los organismos de policía judicial se extienden a medidas adicionales a las restrictivas de la libertad, con el fin de recoger evidencia, tal como el caso de las muestras de alcoholemia.

¹² Consideran que la vigilancia de un sospechoso, por un día o unas pocas horas, es una intervención leve en el derecho fundamental a la intimidad que la Policía Judicial podría desarrollar sin autorización judicial previa. Al contrario, si la vigilancia de una persona debe prolongarse por un tiempo considerable, un año por ejemplo, como indica la norma, tiempo durante el cual el investigador puede llegar a conocer todos los datos relativos a la esfera íntima de la persona, será preciso contar con autorización judicial previa del juez de garantías para continuar la vigilancia, por tratarse de una intervención intensa. En cuanto a las afectaciones en la integridad e intimidad corporal, advierte que una prueba de alcoholemia es una intervención leve, que la Policía Judicial puede llevar a cabo de manera autónoma, mientras que la práctica de un lavado de estómago es una intervención intensa, que en todo caso exige autorización judicial previa.

Este modelo, concluyen, “permite armonizar y ponderar de forma adecuada dos principios consagrados en la Constitución, con fuerza normativa: la independencia de la Fiscalía y la salvaguarda de los derechos fundamentales (...), pues ni la Fiscalía debe disponer de una capacidad ilimitada de intervención en los derechos fundamentales, ni los derechos deben ampararse de manera extrema, que dificulte la investigación de los delitos, actividad del Estado que también es una forma de protección de los derechos de los integrantes de la sociedad”.

Capítulo Segundo

REQUISITOS MÍNIMOS DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA LEGÍTIMA

1. Los presupuestos genéricos a la luz de los estándares internacionales

Las Constituciones Políticas reconocen generalmente, en su parte dogmática, el secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental de aplicación inmediata y exigible judicialmente. Las disposiciones que regulan tal derecho garantizan al ciudadano la libertad para sustraer del conocimiento ajeno las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas en que intervenga.

Sin embargo, como todo derecho subjetivo, el secreto de las comunicaciones no posee carácter absoluto, y puede por tanto estar sujeto a límites jurídicos que el mismo Constituyente o el Legislador establecen con miras a lograr la armonización del mismo con otros derechos o libertades, o lograr la preservación de intereses igualmente significativos para el normal funcionamiento del Estado Democrático.

Es así como en ciertos casos y bajo determinadas condiciones resulta legítima y válida la afectación del Secreto de las Comunicaciones, a través de una injerencia Estatal sobre la Libertad, con el fin de obtener por esta vía pruebas que permitan demostrar la materialidad de un hecho delictivo, e identificar o descubrir a sus autores y partícipes.

En este supuesto, se sacrifica y afecta en forma temporal el mencionado derecho, en aras de satisfacer el interés público que existe en torno a la investigación de los delitos y la sanción a los responsables, como otra manera

de preservar los derechos y libertades fundamentales, con lo cual el Estado cumple de igual manera un deber de garantía.

Bajo esta perspectiva, las Constituciones Políticas y las Leyes Procesales suelen permitir la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, a través de interceptaciones telefónicas cuya legitimidad y validez probatoria deriva de la existencia de determinados requisitos y presupuestos, que para el efecto se consideran estándares mínimos:

“Los requisitos generales para que proceda la intervención telefónica son los siguientes:

1. Que exista una ley interna que permita a la autoridad pública adoptar la medida de interceptación que implica una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad.
2. Que se autorice a través de Resolución Judicial, ya que la autoridad Judicial es la única investida Constitucionalmente para interferir el derecho al secreto de las comunicaciones, en el marco de la investigación penal o disciplinaria.
3. Motivación suficiente de la resolución judicial que adopte la medida, esto es, explicación razonable y razonada de las razones que justifican en el evento concreto el sacrificio del derecho. La motivación debe fundarse en la existencia de indicios de la comisión del delito, más allá de las sospechas o conjeturas (Justificación Fáctica), y en la debida ponderación del caso, a la luz del Principio de proporcionalidad (Juicio Jurídico), lo que comprende solo las medidas que persigan un fin constitucionalmente legítimo, y resulten además necesarias, en cuanto no pueda acudirse a otro medio de investigación de menor incidencia para los derechos y libertades individuales; y proporcionales en sentido estricto, pues la restricción del derecho puede acordarse únicamente cuando se trate de investigar delitos graves, aspectos que más adelante serán explicados en detalle.

A la luz de la doctrina Constitucional queda claro que la motivación resulta esencial, pues representa el vehículo que permite conocer las razones de la decisión judicial, y brinda la posibilidad, por tanto, de

ejercer cabalmente el derecho de contradicción frente a la misma, como garantía de los sujetos investigados.

4. Existencia previa de un procedimiento de investigación penal y finalidad exclusivamente probatoria de las intervenciones que han de encaminarse a establecer la existencia del delito y el descubrimiento de las personas que puedan ser responsables del mismo.

Con lo anterior, quedan proscritas las escuchas prospectivas o pre-delictivas, y de ahí que se exija, para la práctica de esta diligencia reservada, la existencia de un procedimiento en cualquiera de las modalidades que las leyes arbitran.

5. Exclusividad y concreción del hecho delictivo que se investiga, pues no resulta admisible decretar una intervención telefónica para descubrir indiscriminadamente la existencia de hechos delictivos.
6. Afectación de la medida tan solo a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean titulares de los mismos o usuarios habituales.
7. Limitación temporal de la medida de interceptación, que no podrá aplicarse en forma indefinida o excesiva.
8. Control judicial previo, concomitante y posterior de la actividad que desarrolla la Policía Judicial con respecto a la interceptación, y entrega de los originales íntegros de las grabaciones al juez que autorizó la medida”¹.

“Para completar la validez probatoria de la mencionada intervención, al plano de referencia Constitucional antes descrito, se añaden otros requisitos de legalidad ordinaria, tales como:

- a) Entrega íntegra que ha de realizar la Policía Judicial a la autoridad de los soportes originales donde se hayan recogido las conversaciones detectadas.

¹ Ver en Durán Climent, Carlos. “La Prueba Penal”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1999. Págs. 957 y ss. Los requisitos mínimos para la intervención telefónica lícita pueden consultarse igualmente en Queralt, Joan Joseph. Ob. cit. Pág. 229.

- b) Ofrecer a las partes la posibilidad de intervenir en la audición y selección de las grabaciones con relevancia probatoria, que van a ser utilizadas como medio de prueba en el Juicio Oral. De esta manera se garantizan los principios de publicidad, contradicción e inmediación de la prueba preconstituida.
- c) En caso de duda sobre la identidad de las personas intervinientes en las conversaciones detectadas, resulta necesario ordenar la práctica de pruebas periciales u otras idóneas para completar el efecto probatorio del resultado de los escuchas².

2. Legalidad

El primer presupuesto indispensable para la interceptación telefónica legítima es que exista una ley procesal donde se regule tal diligencia, la cual es por lo general orgánica o estatutaria. En Colombia la Corte Constitucional ha señalado que las diligencias reservadas que son materia del Código de Procedimiento Penal pueden ser objeto de regulación normativa por vía de una ley de naturaleza ordinaria.

En diversas sentencias la Corte Constitucional colombiana ha señalado que si bien el artículo 152, numeral 1 de la Constitución determina que se regularán mediante leyes estatutarias, entre otras, las materias relativas a los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, la legislación procesal penal no se dicta con el propósito de definir de manera genérica la esencia de estos derechos, ni para delimitar sus alcances, es decir, que el Código de Procedimiento Penal no es una ley estatutaria del debido proceso y del derecho de defensa, sino la especificación de estos derechos en una rama concreta de la legislación, la penal.

A causa de ello, los asuntos procedimentales en el ámbito de la Justicia no son reserva de la Ley Estatutaria. Elevarlos al rango estatutario violaría la distribución de competencias entre el legislador ordinario y el estatutario. Para preservar dicha distribución, al revisar el proyecto de la ley estatutaria

² Ibidem, pág. 961.

de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional declaró inexecutable los varios artículos que pertenecían al ámbito del Código de Procedimiento Penal, como el artículo 24 sobre preclusión de las investigaciones previas adelantadas por la Fiscalía General, y el artículo 25 sobre citación del imputado para rendir indagatoria.

Al respecto, en sentencia C-037 de 1996, con ponencia del Magistrado doctor Vladimiro Naranjo Mesa, dijo la Corte: “se trata de temas que deben ser materia de un Código de Procedimiento Penal y que, por tanto, no es jurídicamente válido que hagan parte de una ley estatutaria. Así se declaran inexecutable por violación del artículo 158 superior”.

“Las ponencias que han sustentado los Códigos de Procedimiento Penal en Colombia, donde se regulan, entre otros temas, las diligencias investigativas restrictivas de derechos fundamentales, como las interceptaciones telefónicas, señalan por lo general que para efectos prácticos, bueno sería que la Corte Constitucional y el Congreso permitieran tramitar este tipo de asuntos como ley estatutaria, pues de esta manera se ‘blindarían’ dichas normas, si se tiene en cuenta que su control Constitucional es integral, previo y excluye la posibilidad de futuras demandas ciudadanas”³.

Empero, “dicha posibilidad jurídica no está exenta de inconvenientes, como son el dispendioso camino legislativo para su aprobación, modificación o derogatoria, como quiera que para ello se exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, y efectuar el trámite dentro de una sola legislatura (Artículo 153, Constitución Política). Además, en este caso específico se corría el riesgo de que la Corte Constitucional no varíe la jurisprudencia atrás impuesta y decida, al momento de abordar la revisión previa, declarar inexecutable la totalidad o la mayor parte del proyecto, por violación del artículo 150-2 de la Carta, o, en el mejor de los casos, lo devuelva para rehacer su trámite, como lo hizo en el caso de la ley convocatoria del referendo, con las implicaciones de tiempo y espacio que ello conlleva”⁴.

³ Ponencia para segundo debate, Ley 600 de 2000, Cámara de Representantes.

⁴ *Ibidem*, pág 5.

Con fundamento en las premisas expuestas, el Congreso ha expedido los Códigos de Procedimiento Penal, a través de leyes ordinarias.

Ahora bien, no toda regulación interna es suficiente. “La mera constatación de una regulación interna de la medida restrictiva no basta, pues una legislación difusa e imprecisa equivale a su inexistencia. Es necesario que se trate de una ley asequible, que pueda ser conocida y suficientemente precisa”⁵.

La ley que permite la injerencia debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y mediante qué requisitos ostentan potestad los poderes públicos para hacer uso de esta medida secreta y restrictiva de derechos fundamentales, que afecta el derecho al respeto de la vida privada.

Así mismo, la disposición legal que prevé la posibilidad de realizar escuchas telefónicas como diligencia de investigación en el proceso penal debe precisar las garantías adecuadas, el marco procesal en que resultan viables, las categorías de las personas susceptibles de ser puestas bajo la escucha judicial, la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a ello, los límites en la duración de la medida, las condiciones en que las conversaciones intervenidas deben recogerse, las precauciones a tomar para la entrega intacta y completa de las grabaciones realizadas, a efectos del control judicial posterior, entre otros aspectos⁶.

Los cuerpos normativos regulatorios de las escuchas telefónicas por lo general establecen dos tipos de controles sobre tal diligencia: durante el desarrollo de la misma, y una vez cesada la medida. En el decurso de la intervención, el control ha de ser real y ejercido por personas independientes de las autoridades que desarrollan la vigilancia, y que estén investidas de poderes y atribuciones suficientes para mantener un control eficaz y permanente. El control posterior, igual que el ejercicio durante la ejecución de las escuchas, ha de ser judicial, y con la participación del investigado, quien en algunas legislaciones, como la Española, interviene en la etapa de audición, selección y transcripción de las grabaciones, como una manera de ejercer a cabalidad

⁵ López Barja de Quiroga, Jacobo. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Thomsom. Aranzadi. 2004. Pág. 1119.

⁶ Ver López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1123.

el derecho a la contradicción. Como es obvio, no podrá participar durante las escuchas, por cuanto el carácter reservado de la diligencia es incompatible con la notificación de la misma al interesado, pues es precisamente esa abstención la que asegura la eficacia de la injerencia.

Así pues, en un estado social y democrático de derecho, las limitaciones, restricciones o injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos deben estar previstas en la ley. La libertad es uno de los valores fundamentales que aparecen reconocidos en las Constituciones estatales, y en tal sentido, la libertad en sentido amplio solo puede restringirse legítimamente en los casos previstos en la ley, con las formalidades, exigencias y requisitos impuestos normativamente. Necesariamente entonces deben existir las normas que permitan intervenir el teléfono de un particular, y que regulen el asunto en detalle, en cuanto a lugar, límites, plazos, presupuestos y recursos, entre otros aspectos.

La regulación ha de ser específica y no por analogía con la que existe respecto a otras diligencias reservadas como la interceptación de la correspondencia epistolar, pues en materia de restricción de derechos fundamentales no resultan admisibles tales técnicas de interpretación analógica de las injerencias, pues crea márgenes de indeterminación que dan lugar al abuso y a la extralimitación del poder. Así pues, resulta imperiosa la intervención del legislador en este campo, y particularmente en el ámbito procesal penal, que es donde la interceptación de comunicaciones telefónicas tiene su ámbito natural de regulación, como diligencia investigativa tendiente a la obtención del material probatorio que permite el acceso a la verdad en el marco de las vías formalizadas.

3. Autorización judicial

Es conveniente advertir que “la autorización judicial es la única vía legítima para proceder a la interceptación de conversaciones telefónicas entre particulares⁷, a diferencia de lo que ocurre con los registros domiciliarios, en

⁷ En Estados Unidos, excepcionalmente el Presidente de la República podrá ordenar escuchas telefónicas sin autorización judicial y sin probable causa, cuando sea necesario proteger a la Nación contra actuales o potenciales ataques o actos hostiles de potencias extranjeras, o amenazas de nacionales contra la seguridad del Estado. El único aspecto de control judicial en este punto es la determinación de razonabilidad que debe llevarse a cabo antes que el contenido de una escucha pueda ser presentado como evidencia. Esta determinación encuentra su fundamento en el principio de la “búsqueda de emergencia” contenida en la Cuarta Enmienda. Montoya, Mario Daniel. Ob. cit. Pág. 358.

los que además de la autorización judicial, también legitiman la injerencia en el domicilio ajeno tanto el consentimiento del morador como las situaciones relacionadas con el delito flagrante.

La interceptación de comunicaciones telefónicas como diligencia investigativa “ha de ser entonces ordenada por el Juez, como destinatario y evaluador de dichas operaciones; aquí la policía judicial, aun cuando por lo general sea la solicitante, desempeña un papel instrumental, al menos en el plano de la ley”⁸.

Así, el organismo judicial competente, por motivos previamente reglados y con las formalidades legales, puede ordenar a los organismos de policía judicial la interceptación telefónica, con carácter de temporalidad y señalándoles con precisión la clase de información que requiere. En otros eventos la solicitud tiene su origen en el organismo de policía judicial que adelanta la investigación, y el Juez o fiscal, previa aplicación del principio de proporcionalidad como herramienta escalonada de análisis, es quien ordena concretamente la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, si ello procede, como actividad investigativa orientada a obtener pruebas. “Con este recurso de investigación o técnica probatoria, se ha logrado desvertebrar empresas delictivas, identificar a sus cabecillas y demás integrantes, precisar sus actividades criminales, lo mismo que sus formas de operar”⁹.

“El juez competente para ordenar la interceptación debe ser un juez pre-determinado, es decir, creado previamente por la norma, que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación, y además, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo como órgano especial y excepcional”¹⁰.

Así mismo, la resolución judicial que autoriza la intervención telefónica puede ser adoptada en el marco de cualquier proceso penal, y generalmente será suscrita en la etapa de investigación previa, ya que el método de investigación antes citado se orienta fundamentalmente al cumplimiento de las finalidades que de acuerdo con la ley procesal deben cumplir los actos de investigación y prueba que se llevan a cabo en este momento procesal.

⁸ Queralt, Joan Joseph. “Introducción a la Policía Judicial”. JM Bosch Editor. Tercera edición. 1999. Pág. 208.

⁹ Rodríguez, Orlando Alfonso. Ob. cit. Pág. 248. “Agrega que la autoridad judicial debe negar la solicitud de interceptación que la policía judicial formula, cuando la petición no precisa el objetivo, las personas, el lugar ni el medio en que se debe interceptar la comunicación”.

¹⁰ Durán Climent, Carlos. Ob. cit. Pág. 962.

Ha de tomarse en consideración que el sujeto imputado tiene derecho, como regla general, a que se le comunique la apertura del procedimiento en su contra, a fin de ejercer los derechos de contradicción y defensa, que incluye entre otros, la posibilidad de intervenir en la práctica de los medios de prueba que pueda afectarlo.

Sin embargo, el éxito de medidas de investigación como las interceptaciones telefónicas requiere que se lleve a cabo sin el conocimiento de las personas afectadas, es decir, no deben ser notificados los interesados ni son recurribles antes de la práctica de las correspondientes medidas restrictivas de los Derechos Fundamentales, y por tal motivo, en el procedimiento penal especial, el juez de instrucción en España ostenta facultad para la declaración del sumario como secreto, en orden a la práctica de este tipo de diligencias, mientras que en países como Colombia, por esencia son actuaciones de carácter reservado, y así lo contempla la ley procesal penal vigente.

La garantía de la defensa y contradicción de esta prueba en tal orden de ideas se ejerce al momento de la audición, selección y transcripción de las cintas, durante los cuales puede tener una intervención activa el imputado, lo mismo que en desarrollo del juicio oral.

4. Motivación

En la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica se deben exponer las razones fácticas y jurídicas que fundamentan tal decisión, a fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho al secreto de las comunicaciones se limita o restringe, y los intereses que motivan tal sacrificio.

La motivación, debe indicarse, es la única vía para comprobar que se ha llevado a cabo la ponderación judicial, garantizando de este modo el derecho de defensa del imputado, y es lo que hace posible constatar que se ha realizado el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece. Por tal motivo, “constituye la mayor garantía que se puede ofrecer a la limitación de un derecho fundamental en desarrollo de un proceso penal, pues constituye la expresión del juicio de proporcionalidad necesario para la restricción de los derechos”¹¹.

¹¹ Martínez García, Elena. “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2003. Pág. 148.

“Tal motivación se puede considerar suficiente cuando expresa, aun de manera sucinta, las razones fácticas y jurídicas que fundamentan la intervención telefónica, quedando así manifiesto que se ha actuado sin arbitrariedad. En consecuencia, no resulta indispensable que la misma sea extensa o pormenorizada, sino que, aun siendo breve, se expresen de manera clara y precisa los argumentos que sustentan la intervención. Por tanto, como quiera que la suficiencia del razonamiento no se funda en su extensión, resultaría admisible el empleo de modelos o formularios impresos donde se plasme la motivación, sin que tal circunstancia genere, por las razones expuestas, irregularidad procesal alguna, ya que se observan los requisitos imprescindibles para su validez, y no se produce indefensión de la parte interesada.

Sin embargo, aunque la mencionada práctica procesal se registra con frecuencia, parece conveniente que una decisión de esta índole, mediante la cual se sacrifica un derecho fundamental, se fundamente de un modo individualizado, valorando las circunstancias concretas y concurrentes en el caso objeto de análisis”¹².

Es de anotar, por otra parte, que la Jurisprudencia en Derecho comparado, y particularmente la de los Tribunales Constitucional y Supremo Español han admitido la motivación por referencia o remisión al oficio que la Policía Judicial remitió al juzgado de instrucción para solicitar que se autorizara la interceptación telefónica. De acuerdo con la referida línea jurisprudencial, “tal solicitud (de la Policía) y tal auto (el que ordena la medida) forman una unidad inescindible, de modo que este no debe separarse de aquello a la hora de determinar su contenido”¹³.

“Cuando la resolución judicial es sucinta, pero no lo es el oficio policial que solicitó la intervención, no se produce indefensión alguna de la persona vinculada al procedimiento si conoce al mismo tiempo el auto del juzgado y la solicitud de la policía que la precede y le sirve de fundamento. El Juez de instrucción, al aceptar los razonamientos fácticos preliminares consignados por la Policía en su solicitud, no tendría por qué reproducirlos en su auto, sino referirse a ellos en forma genérica y darlos por reproducidos”¹⁴.

¹² Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 967.

¹³ *Ibidem*, pág. 973. También aparece el planteamiento en Queralt, Joan Joseph. Ob. cit. Pág. 213. Joan Joseph Queralt, sobre el tema señala: “así las cosas, las resoluciones estereotipadas, aunque de cierta extensión, adolecen de falta de motivación y se hacen acreedoras a la sanción de nulidad de pleno derecho, por lo cual deben ser expulsadas del tráfico procesal.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 969.

Claro está que la motivación por remisión ha de ser rechazada cuando la solicitud de la Policía Judicial es vaga, abstracta, no alude a ningún hecho concreto que permita fundar la intervención telefónica, o es carente de indicios previos que justifiquen la injerencia en el derecho constitucional afectado.

En otros términos, “se admite jurisprudencialmente la motivación por remisión a la solicitud de la policía judicial, así como el uso de impresos, no siempre deseables desde el punto de vista de las garantías procesales. El modelo formalizado deberá contener como mínimo el juicio de necesidad y adecuación de la medida, los indicios y hechos objetivos, el número de teléfono y las personas que se verán afectadas, como forma de dejar constancia expresa de que se ha producido un control judicial efectivo o juicio de proporcionalidad”¹⁵.

La motivación, por otro lado, incluye un aspecto esencialmente valorativo, que se integra a partir de 2 juicios: Uno fáctico, y otro jurídico.

4.1. El juicio fáctico: Se relaciona con la apreciación que el juez lleva a cabo frente a la entidad de los indicios que tornan aconsejable la intervención telefónica, o que fundamentan una “sospecha racional” acerca de que la persona cuyo derecho al secreto de las comunicaciones será sacrificado, está probablemente implicada en un hecho delictivo concreto.

“Desde luego, no es posible exigir que antes de la intervención telefónica se tenga certidumbre plena sobre aquello que se trata de descubrir, averiguar o conocer a través de la interceptación, porque tal exigencia convertiría la misma en una diligencia innecesaria o inane. No hay que olvidar, además, que esta diligencia habitualmente se realiza al inicio de la investigación, cuando la certidumbre sobre el objeto investigado no existe aún. Es por tal motivo que se ha construido el concepto de ‘sospecha racionalmente fundada’ en datos concretos, que es lo que la policía comunica al juez para que autorice las escuchas telefónicas”¹⁶.

Este control judicial se reitera en el momento de entregar las cintas y oírlas, con el fin de borrar todos aquellos contenidos que atiendan al derecho a la intimidad y no guarden relación con el delito que se investiga. Es decir,

¹⁵ Martínez García, Elena. Ob. cit. Pág. 149.

¹⁶ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 976.

un control que se centra en la incorporación de las grabaciones al sumario, aunque no se entienda dentro de los requisitos de legalidad constitucional sino ordinaria.

Así, el juicio fáctico no puede fundarse en conjeturas imaginarias fruto de la pura arbitrariedad o de la sospecha caprichosa, y menos en referencias genéricas, vagas o inconcretas, sino en fundadas y racionales sospechas de una posible conducta delictiva, que se deriven de la información previamente obtenida por la Policía Judicial, a través de medios cognoscitivos como las entrevistas, seguimientos o vigilancias.

4.2. El juicio jurídico, por su lado, “estriba en una ponderación racional que realiza el juez sobre los derechos e intereses que se encuentran confrontados en el caso (derecho al secreto de las comunicaciones, y el interés público en la investigación de las conductas delictivas, como medio para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos), a fin de establecer, en cada evento concreto, cuál debe prevalecer para efectos de lograr una correcta armonización entre tales derechos”¹⁷.

Este juicio jurídico se apoya en el principio de proporcionalidad, el cual se integra a su vez por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁸.

El juicio de idoneidad se orienta a constatar si la medida restrictiva del derecho fundamental es efectiva o idónea para conseguir el objetivo propuesto (descubrir el delito investigado). En general, “se da por supuesto que una interceptación telefónica es un medio eficaz de investigación para detectar la comisión de conductas delictivas de especial entidad, como el tráfico de drogas, terrorismo, o criminalidad organizada en general, y en tal sentido, la restricción del secreto de las comunicaciones telefónicas, para obtener pruebas en desarrollo del proceso penal o disciplinario, persigue un fin constitucionalmente legítimo.

¹⁷ Ibidem, pág. 978. López Barja de Quiroga anota que “es conveniente distinguir entre la racionalidad de la medida (examen *ax ante*) y la proporcionalidad (examen *ex post*). La racionalidad atiende a supuestos hipotéticos basados en los conocimientos que se dispone, mientras que la proporcionalidad ha de responder a la realidad”. Ob. cit. Pág. 1169.

¹⁸ Indica Elena Martínez García que en la Jurisprudencia Española “existe cierta tendencia a hacer dejación del juicio de proporcionalidad en manos de la policía, para pasar con posterioridad a ser confirmado por los jueces”. Ob. cit. Pág. 175.

En segundo término, el juicio de necesidad tiene que ver con la inexistencia de otra medida con igual o superior eficacia, y menos lesiva de los derechos fundamentales, para la consecución del propósito que persigue la interceptación de comunicaciones telefónicas. En caso que otro medio de investigación tenga un alcance menos traumático y lesivo para los derechos del imputado, y sea igualmente eficaz para perseguir y descubrir el delito concreto, no procedería la intervención telefónica en la investigación de tal conducta”¹⁹.

“Aquí se trata de que el Juez reconozca que la persona a la cual se le va a intervenir el secreto de las comunicaciones despliega contactos con otras que posiblemente están igualmente involucradas en el delito, o al menos existen elementos que permiten prever que entablará contacto telefónico con ellas, a pesar de no participar estas de la actividad criminal. Pero además de los sujetos, el examen implica que la injerencia en las comunicaciones se considere imprescindible para alcanzar el fin concreto que se propone la investigación”²⁰.

Y finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que se lleva a cabo a través de una ponderación o confrontación entre los intereses y valores en conflicto a los cuales se hizo referencia. “La ponderación de los intereses en conflicto no se predica únicamente de las personas sobre las cuales se realiza directamente la intervención, debido a que pesan suficientes indicios de responsabilidad penal sobre ellas, sino también sobre las personas ajenas a la investigación penal, cuyos derechos pueden resultar afectados, y tales factores deben ser sopesados por el Juez al momento de tomar postura en torno al sacrificio del derecho fundamental frente al interés estatal que se ha de proteger”²¹.

Conviene advertir que solo es posible decretar una intervención telefónica, cuando está destinada a investigar un delito grave, lo cual se valora “poniendo el acento no solo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado, sino también en la trascendencia social y pública del mismo.

“Los sistemas procesales alemán e italiano facultan para recurrir a este mecanismo para los delitos de terrorismo, tráfico de sustancias²² estupefacien-

¹⁹ Ver análisis en Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 979.

²⁰ Guerrero Peralta, Óscar Julián. “Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo sistema penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición ampliada. 2007. Pág. 379.

²¹ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 983.

²² Rodríguez, Orlando Alfonso. Ob. cit. Pág. 253.

tes, trata de personas, crímenes económicos o financieros, falsificación de moneda, extorsión, contrabando, homicidio calificado y robo seguido de muerte, amenaza o injuria cometida por teléfono, entre otros”.

4.3. Las especificaciones concretas (delictiva, personal, telefónica y de plazos).

Además de la autorización judicial, y de los razonamientos fácticos y jurídicos que deben sustentar la motivación, es preciso, como tercer requisito sustancial, que en la resolución del juez se incluyan cuatro especificaciones concretas que constituyen el objeto de la intervención:

La primera referencia imprescindible es la delictiva, que busca concretar el hecho delictivo que será materia de investigación. Es decir, la autorización judicial se otorga para determinar si se ha cometido un hecho delictivo concreto, y sobre tal hecho ha de centrarse la intervención telefónica. La diligencia se limita a la investigación de delitos de especial gravedad, por cuanto conlleva la lesión de un bien constitucionalmente protegido, y constituye ello una exigencia del sistema constitucional del equilibrio de libertades y derechos fundamentales.

Así las cosas, “no es posible decretar una intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, con lo cual se prohíben las interceptaciones exploratorias, predelictuales o de prospección, y en tal sentido, no es razonable extender para ello una autorización en blanco”; ello sin perjuicio del hallazgo casual de otras figuras delictivas, sobre todo conectadas por hechos comunes u homogéneos con la inicialmente considerada²³. En tal sentido, no caben las intervenciones telefónicas en diligencias indeterminadas, con la mera solicitud policial, y con base en meras conjeturas o sospechas policiales, pues el interés en la prevención del delito no puede justificar la afectación del secreto de las comunicaciones, ya que tal proceder afectaría en forma grave el principio de seguridad, y representa por tanto una restricción desproporcionada²⁴.

²³ Ver análisis en Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 997.

²⁴ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1156.

Es preciso también que se determine en la resolución judicial, y en la medida de lo posible, cuál es la persona o personas sobre las que recae la investigación delictiva a través de las escuchas telefónicas (Especificación Personal)²⁵.

Aunque en este punto conviene tener en cuenta que por tratarse de una fase inicial de la investigación, es posible que no se tengan identificados a los autores o partícipes de la conducta. Precisamente las fases de indagación preliminar o previa, tanto en materia penal como disciplinaria, tienen como uno de sus cometidos preferentes individualizar o identificar a los posibles autores de la conducta delictiva o de la falta disciplinaria.

En todo caso, la medida debe recaer sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, y afectará tanto a los titulares de los teléfonos como a sus usuarios habituales, “siendo consciente el juez que esta se extiende a todos los que utilicen la línea telefónica, pues resultaría imposible adivinar quiénes serán los familiares o conocidos que pudieran llamar al abonado telefónico que se pretende someter a observación”²⁶.

En este punto concreto el artículo 579 de la Ley Española de Enjuiciamiento criminal distingue entre “intervención de comunicaciones” y “observación de comunicaciones”. Esta (observación) se acuerda mediante resolución judicial motivada, cuando existan indicios de responsabilidad criminal sobre personas determinadas, y sus abonados telefónicos de los que se sirvan para la realización de sus fines delictivos son objeto de la medida restrictiva. En cambio, la intervención de comunicaciones telefónicas es ordenada por el Juez cuando “hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa. Es decir, que pueden ser ‘intervenidas’ las comunicaciones del procesado y ‘observadas’ las que sostengan las personas sobre las que existan indicios de cri-

²⁵ Al respecto señala Queralt, Joan Joseph: “la constatación sobre la ausencia de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada, junto al carácter esencial de la misma para adoptar la resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones privadas, determina la prohibición constitucional de valoración de tal prueba, y de cuantas se deriven directa o indirectamente de las obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones”. Ob. cit. Pág. 213.

²⁶ *Ibidem*, pág. 998.

minalidad, o en las que intervenga una persona de la que se sirve el delincuente para la realización de sus fines”²⁷.

En tal contexto, el Profesor López Barja de Quiroga sostiene que “la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, para llegar a conocerlas, mientras que el término ‘observación’ ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, de la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto”. Así, resulta congruente que para una limitación de menor alcance (observación) no se exija que se trate de las comunicaciones de una persona procesada, mientras que para intervenir, en el sentido de conocer el contenido de la comunicación, es necesario que haya recaído el procesamiento sobre el afectado con la medida, lo cual supone una causa penal en tramitación”²⁸.

No obstante la necesidad de acordar la interceptación únicamente en relación con los abonados telefónicos que utiliza el procesado, en las hipótesis de intervención, o sobre los que usa la persona contra la cual existan indicios de responsabilidad (observación), parece razonable, para no privar de eficacia la medida, que en todo acuerdo de interceptación de las comunicaciones, previamente haya sido declarado secreto el sumario para las partes interesadas.

Sin embargo, una vez concluye la medida, es imperativa la notificación posterior al afectado, a fin de permitir el control sobre la misma, pues de ella depende la posibilidad misma de presentar los recursos que estime oportunos, frente a las irregularidades en que se haya podido incurrir”²⁹.

En tal sentido, el que la decisión judicial de interceptación de comunicaciones se adopte en las denominadas diligencias preliminares, no implica,

²⁷ El mismo artículo de la ley española de enjuiciamiento criminal agrega: “En casos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas criminales o elementos terroristas o rebeldes, la medida de observación de las comunicaciones podrá ser ordenada por el Ministro del Interior, o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada”. López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1152.

²⁸ Ob. cit. Pág. 1165.

²⁹ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1175.

per se, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues lo relevante a estos efectos es la existencia de la actuación procesal y la posibilidad de control jurisdiccional de la intervención. La intervención del Juez debe darse tanto a la hora de autorizar la medida, mediante auto motivado, como durante su desarrollo y después de la misma, es decir, debe quedar constancia del control judicial durante todo el tiempo en que se prolongue la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones.

En tercer lugar, la autorización del juez debe especificar los números de teléfono sobre los que se realizará la interceptación policial. Una intervención sobre un número distinto del autorizado provoca la nulidad e ineficacia probatoria de tal intervención.

Muy relevante sobre este tema es la Sentencia No. 467 proferida por el Tribunal Supremo Español el 3 de abril de 1998, en la cual se refiere a la hipótesis de interceptación que recae sobre un teléfono público, en cuyo caso la policía ha de tomar las cautelas para evitar la escucha de conversaciones ajenas al objeto de la investigación.

Señala tal providencia: “tal como lo refirieren los policías y testigos en el plenario, se tomaron las precauciones para que la intervención no alcanzara a personas no sometidas a investigación, efectuando periódicas y discretas vigilancias por los alrededores del bien donde estaba ubicado el teléfono intervenido, y avisando mediante equipos de comunicación portátiles a sus compañeros, cuando los investigados entraran al establecimiento, en orden a que prestaran atención de la eventual conversación que pudiera producirse de forma inminente”³⁰.

La cuarta especificación es la relativa a la temporalidad o plazos, esto es, a la limitación temporal de la medida de interceptación, que no podrá aplicarse en forma indefinida o excesiva, lo que implica la periódica dación de cuenta al instructor de los hallazgos efectuados por la policía judicial.

“Una intervención indefinida o permanente en el tiempo, o al menos su mera posibilidad, es decir, un sistema en el que previamente no se limite por

³⁰ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 999.

ley el máximo de tiempo que puede subsistir la medida, pugna claramente con la defensa del derecho fundamental involucrado, pues supone una negación absoluta del mismo, siendo ello desproporcionado e irracional. Es necesario por tanto, para la admisión legítima de la interceptación telefónica, que el sistema prevea una limitación de la medida en el tiempo, incluyendo desde luego la posibilidad de prórrogas en algunos eventos concretos y con la debida motivación”³¹.

³¹ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1129.

Capítulo Tercero

EL OBJETO DE LA INJERENCIA: Interceptación de comunicaciones telefónicas, radiográficas, figuras afines, información de inteligencia obtenida por rastreo del espectro electromagnético, espionaje acústico e interceptación del correo electrónico

Conviene advertir, en este punto, y como bien lo destaca la doctrina, “que únicamente es posible interceptar, para efectos investigativos, comunicaciones telefónicas, radiofónicas¹ o cualesquiera otras que utilicen el espectro electromagnético, a través de cualquier medio técnico que permita captar la conversación a distancia entre el emisor y el receptor que utilizan la vía electromagnética. Ello excluye entonces la posibilidad de llevar a cabo el ‘espionaje acústico’, es decir, la captación de conversaciones entre presentes, a través de escuchas o micrófonos reinstalados en espacios que ampara el derecho a la intimidad, lo que representa una invasión demasiado intensa a los derechos fundamentales, que impide preservar el espacio inviolable donde ha de desarrollarse el libre desarrollo de la personalidad”².

¹ “Por telecomunicaciones hay que entender legalmente toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioactividad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. Bajo la denominación de radiodifusión se designa toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas. Es un medio abierto al que acceden los que dispongan por lo menos de un equipo mínimo suficiente de libre comercio, como es el caso de la radiodifusión de aficionados, que no requiere el acceso a códigos o claves reservados o secretos. En todo caso, las escuchas telefónicas constituyen fundamentalmente una prueba de carácter instrumental. Por sí solas, generalmente son insuficientes, pues sería necesario realizar tal cantidad de inferencias que su valor resulta muy escaso. Ahora bien, como prueba medial, como puente para obtener información que permita lograr la prueba directa, resulta de gran utilidad. En este punto, la autenticidad del documento puede hacerse por medio de peritos. En otras ocasiones podría acudirse a la prueba testifical, por las declaraciones que presten en el juicio las personas que actuaron en el momento en que la grabación reprodujo, o los propios policías o funcionarios o empleados que practicaron la intervención del teléfono”. López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 220.

² El planteamiento aparece en Guerrero Peralta Óscar Julián. Ob. cit. Pág. 375.

En punto de la interceptación de comunicaciones telefónicas, es preciso señalar algunas diferencias entre la diligencia reservada bajo estudio, y otras figuras cuya naturaleza, características y consecuencias procesales son distintas. En efecto, la interceptación de comunicaciones telefónicas, radiográficas y afines muestra sustanciales diferencias con el “rastreo del espectro electromagnético” que se lleva a cabo en desarrollo de labores de inteligencia militar o policial, para obtener y captar informaciones, con la finalidad exclusiva de prevenir la comisión de delitos, y lograr por esta vía la preservación del orden público.

Así mismo, es diferente al denominado “espionaje acústico” como figura que permite a la policía judicial, en el decurso de las pesquisas, grabar conversaciones entre presentes, a través de engaños simples o cualificados, y utilizando para tal efecto dispositivos y tecnología que permiten los registros de voces. La idea de intervención telefónica implica captar y grabar, por medio de la tecnología adecuada, una conversación entre personas que establecen contacto verbal a distancia y no de las que se producen en un mismo ámbito temporo-espacial.

De igual forma, como diligencia de investigación que restringe el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la interceptación telefónica es un método que difiere de los registros y archivos que conservan las empresas operadoras de telefonía celular o de “buscapersonas” (beeper), con respecto a los mensajes de texto que un usuario transmite a los proveedores del servicio, y estos a su turno, al destinatario del respectivo mensaje.

1. El rastreo del espectro electromagnético como labor de inteligencia

Los organismos de inteligencia militar y policial ostentan atribuciones para recopilar información sobre las personas, respetando los derechos fundamentales, y manteniendo la reserva absoluta sobre tales datos, para ser utilizada con fines exclusivos de prevención del delito. La reserva de tal información cobija incluso, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al titular de los datos obtenidos, y en tal sentido frente a los mismos no operan las garantías relacionadas con el hábeas data.

Son diversas las vías a que acuden los organismos de inteligencia para obtener informaciones personales y conformar sus registros: los datos suministrados por informantes y colaboradores policiales son una fuente esencial de las mencionada labor, al igual que las entrevistas, utilización de la videovigilancia, cámaras ocultas en espacios no protegidos por el derecho a la intimidad, y también, de acuerdo con los protocolos de inteligencia militar y policial, el rastreo del espectro electromagnético en lugares y sectores donde, de acuerdo con información previamente evaluada, es posible presumir, con base en motivos fundados, que grupos al margen de la ley utilizan ilegalmente el espectro electromagnético para ejecutar la comisión de delitos de alto impacto.

Los registros que los organismos de inteligencia realizan a través del rastreo al espectro electromagnético no tienen carácter selectivo, por cuanto tal medida está encaminada a captar comunicaciones entre miembros de grupos al margen de la ley, que abusan del espectro electromagnético, utilizando frecuencias no autorizadas para coordinar delitos de especial gravedad como el terrorismo, narcotráfico, secuestros, violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, atentados contra la existencia y seguridad del Estado, y crímenes de lesa humanidad, entre otros.

La información que por este medio se obtiene, como antes se indicó, tiene como finalidad esencial la adopción de medidas orientadas a la prevención de la criminalidad de alto impacto, y es información de inteligencia que se almacena, procesa y conserva, con carácter de reserva absoluta, en los registros y bases de datos que en dichos organismos existen, con miras al diseño y puesta en marcha de acciones orientadas a la protección de los ciudadanos en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades que la Constitución les reconoce.

No se trata entonces, en principio, de una información que vaya a ser judicializada, sino que se utiliza para prevención de delitos específicos, y para alimentar las bases de datos y ficheros policiales automatizados, que constituyen el sustento fundamental de las labores de inteligencia.

Nótese entonces cómo el rastreo del espectro electromagnético para obtener información de inteligencia es una medida que difiere en forma sustancial de la interceptación de comunicaciones telefónicas que ordena un funcionario judicial, con objeto de buscar pruebas, en el marco de un procedimiento penal

formal, y con respecto a unos abonados telefónicos concretos. La labor de inteligencia antes mencionada no se orienta específicamente a la búsqueda de pruebas, ni se dirige a la interceptación de llamadas telefónicas y de comunicaciones concretas, sino de todas las que llevan a cabo en determinados sectores, previamente determinados con base en información confiable, grupos al margen de la ley, que abusan del espectro electromagnético para la planeación y comisión de delitos.

El artículo 75 de la Constitución Política señala que “el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado. El rastreo del mismo por parte de las autoridades de inteligencia, con objeto de obtener información para prevenir delitos, se sustenta, bajo tal perspectiva, en la posibilidad de control estatal de los grupos que abusan de este bien, mediante la utilización de frecuencias no autorizadas ni comerciales, para planear delitos a través de comunicaciones de telefonía móvil, y por lo general radiográficas, o mediante cualquier mecanismo técnicamente idóneo para difundir el pensamiento por estas vías.

Así mismo, tal procedimiento se sustenta en el artículo 2-2 de la Constitución, según el cual “ 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 para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

“Los órganos de seguridad del Estado, internamente pueden y deben contar con toda la información necesaria para el normal, legítimo y democrático ejercicio de su función de defensa del orden público y de las instituciones; lo que no es posible, de ninguna manera, es emitir juicios de valor apriorísticos sobre los datos suministrados por informantes permanentes o esporádicos, u obtenidos a través de labores de inteligencia, es decir, no se deben tener como falsos o verdaderos, sin haber realizado un proceso previo de verificación”

Ante la carencia de una ley que regule integralmente el trabajo de inteligencia militar y policial en Colombia, el rastreo del espectro electromagnético para las finalidades ya anotadas, en la práctica se ha llevado a cabo con fundamento en las dos normas constitucionales antes citadas (arts. 2-2 y 75 de la C.P.), y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se refiere a las facultades de los organismos de inteligencia para recopilar información sobre las personas.

La jurisprudencia más relevante en torno a este punto se inicia con el fallo de la Corte Constitucional T-444 de junio 7 de 1992³, donde afirmó: “es necesario distinguir entre las etapas de recolección y evaluación de la información, la investigación previa y la etapa final de juzgamiento. La labor de inteligencia tiene como finalidad detectar y realizar el seguimiento de conductas determinadas en la ley como punibles y prestar apoyo en la labor de investigación a la rama judicial del poder público. Esta función requiere el máximo de discreción que redundará en el éxito de la posterior sanción penal, pues la desaparición de las pruebas o su deterioro normal por el transcurso del tiempo inciden en el desarrollo del proceso. Razones suficientes asisten al Estado para mantener reserva en tan delicada labor y poseer no solo a nivel nacional sino internacional, la información que le permita actuar rápidamente frente a las conductas delictivas”.

“Sobre la fase interna del manejo de la información, por parte de los organismos de seguridad del Estado, la referida sentencia de la Corte Constitucional establece una diferencia entre recopilación de la información y el resultado de la misma.

“En la recopilación de la información los órganos del Estado poseen amplia facultad, y solo están limitados por los principios de respeto a los derechos humanos, el debido proceso y por una reserva absoluta; por lo cual la misma, en principio, no puede ser divulgada, ni dada a la publicidad, y ni siquiera la persona a quien concierne la información tiene derecho a conocerla”.

“En cuanto al resultado, este sólo puede ser conocido por el interesado directamente cuando forme parte de un proceso ante la jurisdicción penal, disciplinaria o fiscal, y allí pueda, a través de los principios de contradicción de la prueba, cuestionar su legalidad a la luz del análisis probatorio que deberá realizar el funcionario competente”.

³ Los hechos que originan el fallo son los siguientes: “el 15 de junio de 1991, la Brigada 13 del Ejército Nacional recibió unas llamadas telefónicas anónimas que informaban sobre una reunión de integrantes del ELN en un centro pastoral de Facatativá. El Ejército pidió entonces autorización para el allanamiento, que fue concedida por el Juzgado 5 de Instrucción Penal Militar; en el mismo resultaron detenidas 11 personas, al igual que papelería y agendas con información sobre el grupo guerrillero. Entre las detenidas estaba la accionante, a quien se le dictó medida de aseguramiento por el delito de rebelión, existiendo además constancia de antecedentes en el expediente, allegada por los organismos de seguridad del Estado, en donde la califican de “rebelde”, integrante del ELN, aunque no pesaba sobre ella sentencia condenatoria por ese acto. La accionante estima que tal registro vulnera sus derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y al debido proceso. La Corte considera que si los organismos de inteligencia del Estado tienen reseñada de “rebelde” a la petente, ello es conforme a derecho, siempre y cuando no sea dado a conocer por fuera de los organismos.

Así, la recopilación y evaluación internas son absolutamente reservadas; ellas son el soporte científico del resultado; a través de ellas se detecta la información, y de su reserva se deriva precisamente el éxito investigativo.

“Sobre los registros y antecedentes de los archivos reservados podrá el interesado ejercer su derecho al hábeas data (conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido en los bancos de datos de los registros de inteligencia y seguridad del Estado), únicamente cuando la información ha salido de ellos, y se encuentra ya en manos de la autoridad competente para adelantar procesos judiciales. Ello, por cuanto de los resultados o los soportes de la información son titulares las personas cuyos datos han sido reportados, y en consecuencia, la garantía del hábeas data puede ser ejercida desde la investigación previa.

En la misma línea jurisprudencial, la referida sentencia fue complementada por la T- 525 de 1992⁴, con ponencia del magistrado doctor Ciro Angarita Barón, en la cual, tras reiterar la facultad que ostentan los órganos de inteligencia para recopilar información de las personas, indica que tal actividad no es un fin en sí misma, “sino que debe estar dirigida a poner a disposición de los jueces a los presuntos delincuentes y que, en atención a la presunción de inocencia consagrada en los artículos 29 y 248 de la Carta, toda información relativa a las personas no sancionadas judicialmente debe adoptar formas lingüísticas condicionales o dubitativas, que denoten la falta de seguridad sobre la culpabilidad”.

Es también ilustrativa al respecto la sentencia T-066⁵ dictada por la misma Corporación Judicial el 5 de marzo de 1998, con ponencia del Magistrado

⁴ El 27 de enero de 1992 el periódico *El Espectador* publica un informe titulado “Las Guerras de la Guerrilla” en donde se afirma que el peticionario, con el alias de Iván Morales, era uno de los cerebros de la agrupación subversiva disidente del EPL que no tomó parte de los acuerdos de desmovilización. El peticionario solicitó explicación al periódico, y allí se le informa de un oficio solicitado para la elaboración del artículo, proveniente de las Fuerzas Militares de Colombia, en el cual el afectado aparece como uno de los cabecillas del grupo no desmovilizado EPL. El 28 de enero de aquel año el periódico rectifica la noticia, e informa que el señor Mejía labora como profesor en la ciudad de Medellín y lideraba el proceso de reinserción de la agrupación ex guerrillera.

⁵ En mayo de 1997 la revista *Semana* publicó un artículo titulado “Los alcaldes de la guerrilla”, en el cual acusa a 138 alcaldes del país de tener vínculos directos con la subversión, y a otros 412 de ser sus colaboradores, con base en información de inteligencia militar. El accionante interpone acción de tutela en procura de lograr el amparo de sus derechos a la honra, buen nombre y vida, pues el hecho de que se le tilde de mantener vínculos con grupos al margen de la ley representa un inminente peligro para su vida.

doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en cuyo texto indica: “se pregunta la Corte si los organismos de seguridad del Estado están autorizados para recopilar información sobre las personas. Este interrogante ha de responderse de manera afirmativa, con fundamento en la obligación del Estado de velar por la vigencia del orden constitucional y brindarles a los asociados las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades, y en un ambiente de paz.

Mas esta facultad no es ilimitada (...), pues en el proceso de acopio de información se deben respetar los derechos humanos y el debido proceso; además, lo órganos de seguridad deben mantener la más estricta reserva sobre los datos obtenidos, es decir, que no pueden difundir al exterior la información sobre las personas, salvo el único evento de un antecedente penal o contravencional, el cual permite divulgar a terceros la información oficial sobre una persona”⁶.

Tal forma de proceder, sin embargo, implica un riesgo para los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues al no encontrarse establecidos en la ley, con precisión y claridad, los presupuestos y límites de dicha labor de inteligencia electrónica, la discrecionalidad de las autoridades policiales y militares puede conducir a frecuentes desbordamientos y vulneración de garantías, a lo cual se agrega que el desarrollo de una competencia tan delicada no puede sustentarse en normas constitucionales que constituyen conceptos jurídicos indeterminados, como el artículo 2-2 de la Carta Política, o en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues tal perspectiva de análisis es desconocedora, igualmente, del artículo 122 de la misma Constitución, según el cual “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”⁷.

⁶ La jurisprudencia antes indicada también constituye la fuente de las denominadas “labores previas de verificación, que aparecen reguladas en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos: ‘la Policía Judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios, y solo podrán servir como criterios orientadores de la investigación”.

⁷ La ley 684 de 2001, “por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones”, tampoco regula específicamente el tema de la inteligencia electrónica. A raíz de los recientes sucesos sobre interceptaciones ilegales sistemáticas realizadas en la DIPOL (Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional) contra opositores del gobierno y periodistas, se ha insistido sobre la necesidad de aprobar una ley que regule integralmente las labores de inteligencia, incluyendo lo relativo al rastreo del espectro electromagnético.

Sobre el rastreo del espectro electromagnético la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 10 de julio de 2007, postula y desarrolla por unanimidad una tesis que en lo sustancial difiere de la postura anteriormente planteada, pues el máximo Tribunal de la justicia ordinaria estima que las informaciones obtenidas mediante rastreo al espectro electromagnético son judicializables, y pueden constituir por tanto criterios orientadores de la investigación penal. (Rad. 26.118).

En la referida decisión la Sala Penal de la Corte profirió resolución acusatoria contra el Senador AGR como determinador de la Masacre de Macayepo (Bolívar), ocurrida el 16 de octubre de 2000. El proceso se originó en virtud de una conversación telefónica obtenida a través de rastreo al espectro electromagnético, que llevaron a cabo oficiales de la DIPOL (Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional) en Sucre, en la cual el Senador AGR y el ganadero JG, conversan sobre diversos temas relacionados con grupos al margen de la ley que operan en dicho Departamento, y sobre el accionar de las autoridades policivas y militares orientadas al control de tales estructuras.

Esta información, tras ser sometida al respectivo proceso de análisis, fue trasladada a la Fiscalía como noticia criminis para iniciar la respectiva investigación penal. El diálogo entre el Congresista AGR y el ganadero JG, que grabó la SIPOL de Sucre, permite inferir, según las autoridades policivas, que los paramilitares planeaban un desplazamiento próximo al Corregimiento de Macayepo y la posibilidad de agresiones contra sus habitantes, y su texto fue dado a conocer públicamente en la edición de la Revista *Semana* 1048 del 3 de junio de 2002.

En su providencia, la Corte advierte que “el Comandante del Departamento de Policía de Sucre, a través de una comunicación secreta del 7 de octubre de 2000, le remitió al Director Nacional de Inteligencia de esa Institución el audio de una conversación telefónica que había sido monitoreada el día anterior, a las 6:55 p.m., con un radio escáner ICOM IC-R1, por personal de la oficina de inteligencia seccional (SIPOL). Explicó allí que en el diálogo, captado como ‘señal incidental’ en la frecuencia 843.910.0, participaron el ganadero JG, el senador AGR y ‘un funcionario del servicio de salud’ de nombre “Nelson”.

El Comandante de Policía adicionalmente le manifestó al Director de Inteligencia de la Policía Nacional que sometida la conversación a análisis, se obtuvieron, entre otras interpretaciones y conclusiones que el grupo de paramilitares que operaba en la región del Golfo de Morrosquillo, planeaba desplazarse durante este fin de semana hasta la región del corregimiento de Macayepo (Bolívar), lo que hacía prever posibles acciones contra sus habitantes por parte de estos grupos al margen de la ley”.

“El 9 de octubre de 2000, en efecto, cuando los paramilitares se dirigían a Macayepo (Carmen de Bolívar), procedentes de San Onofre (Sucre), se encontraron con guerrilleros de las FARC, y se produjeron combates entre los bandos. Luego de los enfrentamientos entre guerrilla y paramilitares, estos últimos, entre 100 y 200 fuertemente armados, vestidos de camuflado y varios con la cara cubierta, incursionaron a pie en la primera población, y allí empezó su correría criminal que duró hasta el martes 17 de octubre de 2000, y que se extendió a cinco veredas de la región.

Las víctimas de la masacre fueron 12 campesinos de la región, que ultimaron los hombres del grupo armado ilegal al mando de Rodrigo Antonio Pelufo (alias “Cadena”), utilizando para tal efecto armas contundentes, motosierras y armas de fuego.

En las versiones de AGR y JG ante las autoridades, incluidas las intervenciones del Senador en el presente proceso, aparte de aceptar que son amigos de años, no negaron que la plática haya tenido ocurrencia. Advertieron, sin embargo, que la misma correspondía a dos charlas telefónicas sostenidas en diferentes fechas, enfatizando en que la primera, es decir, aquella que los podía implicar en los hechos criminales de Macayepo, no tuvo lugar el 6 de octubre de 2000, como lo afirmó la Policía, sino en febrero de 2000 o en octubre de 2001. Adicionalmente, vincularon esa conversación a la circunstancia de que el último había sido víctima de un hurto de ganado y simplemente le pedía el favor al Congresista para que lo ayudara con las autoridades a su recuperación (e igual a otros ganaderos que habían sido afectados con el mismo delito), brindando una serie de argumentos defensivos en torno al contenido de la conversación.

El senador García aludió en sus intervenciones ante la Corte, además, a la ilegalidad de la grabación, originada en que se intervinieron sus comunicaciones telefónicas sin orden judicial”.

Sobre el tema concreto de la licitud de las conversaciones grabadas, la naturaleza y alcance probatorio de las mismas, la Corte señaló:

“Los oficiales que tuvieron que ver con el asunto explicaron que la conversación se captó a través del monitoreo del espectro electromagnético, como ‘señal incidental’, que es un procedimiento usual en materia de inteligencia y tiene como propósito el de contribuir a prevenir y contrarrestar acciones de la delincuencia atentatorias de la seguridad ciudadana.

Se debe puntualizar que en el presente caso la Corte advierte que la actividad desarrollada por los organismos de inteligencia del Estado no puede confundirse con una ‘intercepción de comunicaciones’, que como es natural entender, siempre está sujeta a reserva judicial.

En efecto, de acuerdo con el artículo 218 de la Constitución Política la Policía Nacional tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz.

En desarrollo de esta misión constitucional, le es permitido adelantar todas las actividades necesarias para prevenir la comisión de delitos, función que se diferencia de la que desarrollan los órganos de la jurisdicción penal y los cuerpos de policía judicial que le sirven de apoyo, cuyo objeto, en cambio, se encamina a sancionar a los responsables de la ejecución de conductas punibles en particular.

Una de tales actividades a la que pueden acudir los organismos de inteligencia con el anunciado propósito de prevenir la comisión de delitos es la de rastreo indeterminado y captación accidental de comunicaciones, producto del control sobre el espectro electromagnético que le corresponde al Estado en términos del artículo 75 de la Constitución Política.

De manera que se trata de un componente importante de esa actividad del Estado orientada al cumplimiento de sus fines superiores –en especial la preservación del orden público que asegure la convivencia pacífica– aunque

no puede desconocer la Corte que en ocasiones se ha abusado de su utilización para espiar comunicaciones de personas determinadas de las que no se deriva ninguna circunstancia que las comprometa en maquinaciones criminales y que por supuesto resulta una intromisión inadmisible en la intimidad.

Bajo tales supuestos, las actividades que en tal sentido desarrolle la Policía Nacional resultan lícitas, siempre que pueda concluirse razonablemente que se trata ciertamente de un rastreo indeterminado, como aquí ocurrió por la captación incidental de un diálogo privado del cual era deducible sin mucho esfuerzo que los pobladores del Corregimiento de Macayepo podrían ser atacados por los paramilitares.

Desde el punto de vista examinado no es reprochable que se haya captado accidentalmente la conversación, en cuanto de su contenido derivada nítidamente una información que podía servir al propósito de precaver los hechos criminales que se fraguaban, que es lo que de hecho pasó, aunque sin éxito.

Y, por supuesto, si las labores preventivas no fueron eficaces para impedir la comisión del delito que se fraguaba, el hallazgo debió ponerse inmediatamente en conocimiento de las autoridades judiciales, en desarrollo del deber legal de denunciar de los servidores públicos que “por cualquier medio” conozcan de la comisión de una conducta punible investigable de oficio consagrado en el art. 25 del Decreto 2700 de 1991 vigente en esa época.

En cualquier caso, para lo que interesa a este proceso, la conversación captada por medio del rastreo indeterminado del espectro electromagnético, como labor de inteligencia que es, al ser incorporado a una actuación penal se traduce en un informe de esa naturaleza, que como tal no es prueba de los hechos que allí se consignan, pero puede servir de criterio orientador de la investigación, conforme a las previsiones del art. 314 de la Ley 600 de 2000.

De suerte que, si los interlocutores aceptaron el contenido de la conversación, aunque con las glosas atrás precisadas, el informe de inteligencia resulta confirmado en cuanto tiene que ver con la real ocurrencia del suceso que allí se puso de presente, sin que entonces deba desecharse o se esté ante algún impedimento para que sea considerado en orden a los fines que aquí interesan.

Si las captaciones incidentales de comunicaciones en las que se revelen circunstancias que signifiquen un riesgo para la seguridad ciudadana es una actividad lícita de la inteligencia estatal, el resultado de ella, esto es, el medio físico que contenga la información y su análisis, no puede considerarse ilícito desde el punto de vista judicial.

Es deber de la autoridad de inteligencia en esos casos, por lo tanto, trasladar esa información sin demora a la autoridad judicial competente a través del respectivo informe, que al igual que los de policía judicial solo podrá servir como criterio orientador de la investigación, y en ningún caso como evidencia de la responsabilidad penal de quienes resulten implicados en virtud del producto de inteligencia”.

Estima la Corte, por otra parte, “que el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones no es absoluto, pues como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, encuentra límites en los derechos de los demás, en el interés general y en el imperio del orden jurídico. Además, el rastreo del espectro electromagnético como práctica de inteligencia que se reivindica como lícita, no supone la interceptación de las comunicaciones privadas de alguien en particular –para lo cual es necesario orden judicial previa, de conformidad con el art. 15 constitucional–, sino que se trata de un rastreo indeterminado del espectro electromagnético en busca de información que permita evitar atentados criminales contra la población, y sería absurdo despojar a las autoridades de un elemento adecuado para la lucha contra el crimen desde el punto de vista preventivo.

Así pues, el oficio que le remitió el Comandante de la Policía de Sucre el 7 de octubre de 2000 a la Dirección Nacional de Inteligencia de la Policía Nacional, la transcripción de la conversación y su análisis, los cuales se trasladaron a este expediente de otras investigaciones, integran un informe de inteligencia y como tal, aunque no procede tenerlo como prueba de responsabilidad penal, podía servir en el proceso para orientar la investigación y como fuente para ordenar pruebas e interrogar a procesados y testigos”.

En la resolución acusatoria destaca adicionalmente la Corte que “de la conversación grabada era deducible que se planeaba un atentado contra la población de Macayepo, y la misma, como ya se dijo, fue obtenida a través del control del espacio electromagnético, mediante la utilización de un escáner para

captar al azar conversaciones indeterminadas en las que intervienen personas que abusan de tal espectro para planificar la comisión de delitos graves”.

Considera la Sala Penal, en conclusión, que nada lleva a dudar de la veracidad del contenido de los documentos resultantes de la labor de inteligencia realizada por la policía, los cuales pueden ser utilizados como criterios orientadores de la investigación penal, habida cuenta de que la señal se captó incidentalmente, por efecto del rastreo al referido espectro.

Agrega que “una sola mención a “Macayepo” aparece en la conversación, y está asociada, sin duda alguna, a un desplazamiento armado de “esta gente” o de “los amigos estos míos”, que son los mismos paramilitares, como ya se advirtió. Y no obstante que la hizo el ganadero JG, en manera alguna cabe estimarla ajena al senador AGR. Este, promotor y financiador de ese tipo de grupos armados en su departamento como ya se concluyó, coincidía con su interlocutor en la necesidad de que la banda paramilitar funcionara, había hecho gestiones y las seguiría haciendo para allanarles el camino y sabía a qué iban a Macayepo, pues hacía parte del plan criminal urdido en contra de sus pobladores.

Finalmente anota que “se descubre con la conversación, de otra parte, porque sus respuestas así lo indican, que AGR, además de ser muy cercano a su interlocutor, era co-determinador de la avanzada paramilitar sobre Macayepo. El “nosotros” utilizado por JG lo incluye, y eso significa que ambos, y seguramente otros que se desconocen, dieron la orden a los “paramilitares” de dirigirse a Macayepo a matar personas que consideraban informantes de la guerrilla y aliadas de esta en el hurto de ganado de que habían sido víctimas, como lo puntualizó CP en el testimonio que rindió ante la Corte en la ciudad de Montreal, citando como fuente de conocimiento a “Germán”, el capataz de JG, quien lo buscó para pedirles que los ayudara en el asunto y le comunicó que “Joco” estaba “cuadrando” con Álvaro “meter la gente arriba” para cometer la masacre.

En nuestro criterio no se estima plausible la tesis construida por la Sala Penal en este punto, pues además de no estar en armonía con los parámetros establecidos por el principio de proporcionalidad para la injerencia legítima en los derechos fundamentales de los ciudadanos, autoriza lo que materialmente son interceptaciones telefónicas exploratorias, simuladas como diligencias de

rastreo del espectro electromagnético y hallazgos incidentales obtenidos por esta vía.

El rastreo del espectro electromagnético, como se indicó al inicio de este capítulo, se considera una actividad lícita, como labor de inteligencia orientada a obtener información necesaria y útil para adoptar medidas relacionadas con la prevención de los delitos. Su fundamento deriva de la Constitución (arts 2-2 y 75 de la CN), y de algunas sentencias de la Corte Constitucional, donde dicha Corporación ha señalado que los organismos de seguridad del Estado, y concretamente las autoridades en desarrollo de labores de inteligencia pueden recolectar información sobre las personas, y evaluarla, para el normal, legítimo y democrático ejercicio de su función de defensa del orden público y de las instituciones, y concretamente para adoptar medidas relacionadas con la prevención de hechos punibles de especial impacto, que interfieran las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades⁸.

La prevención de los delitos y la captura de los autores y partícipes de las conductas criminales es por tanto el cometido preferente y razón de ser del rastreo al espectro electromagnético como labor de inteligencia, que por lo general tiene por objeto las comunicaciones radiofónicas. No parece razonable entonces que las informaciones obtenidas por esta vía se valoren como pruebas aptas o idóneas para desvirtuar la presunción de inocencia, como lo admite inicialmente la Corte en la providencia bajo estudio, reconociendo sin embargo la posibilidad de utilizar las grabaciones obtenidas como criterio orientador de la investigación penal.

Sobre el tema conviene aclarar que cuando en el decurso de un rastreo indeterminado al espectro electromagnético, aparece el hallazgo incidental de un delito, es razonable el argumento de la Corte, según el cual surge para las autoridades de inteligencia el deber constitucional de colaborar con la administración de justicia, y en tal sentido resulta imperativo que formulen la respectiva denuncia de los delitos perseguibles de oficio, trasladando la información obtenida “por cualquier medio”, al funcionario judicial competente para tramitar la investigación respectiva.

⁸ Ver sentencias T- 444 de junio 7 de 1992 y T- 066 de 1998, ambas de la Corte Constitucional.

Según la Corte “las informaciones obtenidas por rastreo del espectro electromagnético constituyen criterios orientadores de la investigación, con fundamento en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, donde se regulan las labores previas de verificación. La referida disposición legal, sin embargo, no constituye un sustento argumentativo válido para la posición de la Corte, pues en el campo semántico de la misma se indica simplemente que las autoridades de policía judicial pueden ordenar labores previas de verificación, en cuyo desarrollo, podrán exclusivamente allegar documentación, realizar análisis de información, al igual que entrevistas y exposiciones a quien considere pueda tener conocimiento de la posible comisión de la conducta punible, las cuales no tendrán valor de testimonios ni indicios, y solo podrán servir como criterios orientadores de la investigación.

Así pues, el artículo 314 de la ley 600 de 2000 indica únicamente, con respecto a las exposiciones o entrevistas recaudadas en desarrollo de labores previas de verificación, que estas se consideran criterios orientadores de la investigación penal, luego no parece lógico que a partir de esta norma la Corte equipare las entrevistas a la información obtenida por rastreo del espectro electromagnético, para inferir que son equivalentes, y están dotadas de la misma potencialidad como fuente para ordenar pruebas.

Pero aún admitiendo la posibilidad de crear por vía de jurisprudencia una norma sobre la naturaleza y efectos que ha de conferirse a los hallazgos incidentales obtenidos a través de rastreo del espectro electromagnético, es ostensible que la Corte, en la resolución acusatoria donde profiere acusación por la Masacre de Macayepo, no utiliza las grabaciones entre el Senador y el Ganadero únicamente como criterio orientador de la investigación, pues en el texto de la providencia, efectivamente y de manera directa, valora las conversaciones interceptadas, como la evidencia central de responsabilidad de quien resulta implicado en virtud del producto de la labor de inteligencia.

En efecto, la determinación para cometer la masacre de Macayepo es deducida por la Corte, fundamentalmente, de las expresiones que aparecen en la grabación, y concretamente de la expresión “nosotros” que utiliza el ganadero en el texto de la charla, lo cual, según la providencia, significa que ambos (Senador y Ganadero), y seguramente otros que se desconocen, dieron la orden a los “paramilitares” de dirigirse a Macayepo a matar personas que

consideraban informantes de la guerrilla y aliadas de esta en el hurto de ganado de que habían sido víctimas”.

Así las cosas, todo parece indicar que la Corte sustenta materialmente la resolución acusatoria, en una prueba que no ostenta el carácter de interceptación de comunicaciones legalmente decretada por autoridad judicial, y que por tanto es nula de pleno derecho, pues si bien indica que la información obtenida por rastreo del espectro electromagnético es simple fuente idónea para decretar otras diligencias, lo que se observa palmariamente es una apreciación del texto de las conversaciones como argumento esencial para sustentar la decisión, lo cual constituye un precedente inquietante en punto de las injerencias en los derechos fundamentales en desarrollo de labores de inteligencia y de la investigación penal propiamente dicha.

2. Espionaje acústico y comunicaciones entre presentes

La interceptación de comunicaciones telefónicas y cualesquiera otras que utilicen el espectro electromagnético implica la captación por un medio técnico de conversaciones a distancia entre el emisor y el receptor. En tal sentido, la interceptación de comunicaciones como diligencia reservada en el marco del proceso penal excluye lo que en otras legislaciones se denomina “captación de conversaciones entre presentes”, la utilización de escuchas o micrófonos reinstalados en espacios de intimidad y el denominado “espionaje acústico”.

En tal sentido, en el marco de la noción de interceptaciones telefónicas, no se encuentra incluida la operación consistente en grabar conversaciones que las personas sostienen en privado, es decir, fuera del alcance normal de otros particulares, en la oficina o al aire libre, en procura de la intimidad o el secreto de las comunicaciones, a través de micrófonos ocultos o ubicados para que capten el audio de una determinada área (micrófonos discrecionales)⁹.

En países como Estados Unidos, en un sentido amplio, el “término escuchas incluye tanto la interceptación telefónica de líneas, como la colocación de

⁹ Queralt, Joan Josep. “Introducción a la Policía Judicial”. Barcelona: J.M. Bosch Editor. Tercera edición. 1999. Pág. 221.

micrófonos para escuchar conversaciones sin consentimiento de ninguno de los participantes en el diálogo. Han sido desarrollados instrumentos electrónicos sofisticados conocidos comúnmente como ‘bugs’, o dispositivos minúsculos que captan automáticamente sonidos y conversaciones en cualquier espacio y los transmiten al sitio donde se encuentra un aparato receptor que registra el contenido del diálogo. Un micrófono colocado en un libro, en una lámpara, en lugares ocultos de una habitación, o fabricado en botones, lapiceras, gemelos, incrementa el radio de acción de estos transmisores inalámbricos”¹⁰.

En dicho país, “la legalidad de tales interceptaciones en sentido amplio supone que las autoridades de persecución penal obtengan la respectiva orden de un Magistrado neutral o imparcial, que ha de fundarse en la causa probable de que un delito se ha cometido o está siendo cometido con sus diversas particularidades; que determinen el lugar sobre el que recaerá la medida (el teléfono a ser interceptado o la ubicación del dispositivo de escucha); que no se continúe la diligencia una vez obtenida la información, y que no existan otros medios para lograr la información”. Después de haber obtenido la autorización, el gobierno tiene la obligación de proteger el material interceptado de alteraciones, minimizar la actividad interceptativa, hacerla cesar en el tiempo convenido, y obtener un permiso para extenderla¹¹.

En algunos Estados se ha señalado también que las comunicaciones canalizadas a través de radiotelefonía, o incluso por teléfonos inalámbricos no están en principio protegidas por el derecho fundamental que cobija el secreto de las mismas, en la medida en que los procedimientos técnicos que utilizan (ondas de radio) son fácilmente interceptables, y por tal motivo, quienes intervienen en la comunicación por este medio carecen de una expectativa razonable de privacidad, ya que las señales de estos aparatos disfrutan de una limitada seguridad, y pueden ser interceptadas incluso con solo girar, en el área concreta, el dial de un radio AM/FM¹².

No parece razonable ni admisible un planteamiento de esta índole, pues supondría condicionar la protección de los derechos fundamentales a la inti-

¹⁰ Montoya, Mario Daniel. “Informantes y técnicas de investigación encubiertas”. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc. Segunda edición. 2001. Pág. 345.

¹¹ *Ibidem*, pág. 348.

¹² Montoya, Mario Daniel. *Ob. cit.* Págs. 363 y ss.

midad y el secreto de las comunicaciones, al conocimiento especializado que los titulares de tales derechos ostenten con respecto a los aparatos y técnicas de comunicación que utilizan, lo que implica desvirtuar y desconocer en la práctica el contenido esencial de tales derechos.

El espionaje acústico, por su lado, conduce al registro de conversaciones obtenido por la policía, cuando emplea a un particular para investigar a un sospechoso, cuyos diálogos telefónicos ella espía a través de un segundo oyente. Aunque se utiliza la comunicación telefónica como medio para obtener información de un sospechoso, aquella no es interceptada ni grabada, pues lo que otorga entidad a la figura es el engaño en que induce un particular a un interlocutor telefónico, a efecto de obtener datos que son relevantes para el trabajo policial, con quien colabora el participante en el diálogo.

En tal sentido, la policía sonsaca información al inculcado a través de conversaciones aparentemente privadas, sin instrucción sobre sus derechos y sin el riesgo de prohibición de utilización probatoria. “La Gran Sala del Tribunal Supremo Alemán consideró admisible la utilización de dicha técnica en la investigación policiva, al considerar que no vulnera la garantía de no autoincriminación, pues el contexto en que se desarrolla el espionaje acústico no constituye un interrogatorio formal donde deba cumplirse en forma imperativa con el deber de advertencia, o la instrucción al inculcado sobre sus derechos. Adicionalmente, anota el Tribunal que el derecho a no declarar contra sí mismo se vulnera cuando la policía obtiene la versión del imputado a través de coacción o engaño cualificado, y no mediante un engaño simple que determina un error del investigado que entrega la información, como ocurre en el espionaje acústico”¹³.

Concluye entonces el Tribunal Supremo que la referida técnica de investigación policial resulta admisible, pues “no existe ningún principio según el cual no puedan llevarse a cabo de manera secreta interrogatorios especiales del inculcado, sin el descubrimiento del propósito de investigar”.

Roxin cuestiona la decisión del Tribunal Alemán que considera probatoriamente utilizable la información obtenida mediante la técnica de espionaje

¹³ Ver Roxin, Claus. “Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal”. Procuraduría General de la Nación. Versión castellana de Óscar Julián Guerrero Peralta. 2004. Págs. 169-179.

acústico. Estima el destacado profesor Alemán que “si la policía no puede sonsacar información al inculpado sin la instrucción sobre sus derechos, mucho menos resulta admisible que inste a quien no es policía para ello, pues lo que no puede hacer la policía directamente, tampoco puede hacerlo empleando particulares”¹⁴.

Anota el Profesor Roxin que en el espionaje acústico subyace un engaño, pues “el espía de manera subrepticia se ha granjeado la confianza de su compañero de conversación, ocultando su compromiso con el servicio policial, y así le instó a través de diálogos aparentemente privados a dar datos para probar su propia culpabilidad. Dice que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si la policía se procura informaciones a través de la introducción en una celda de un espía que la obtiene, ellas son inutilizables, y entonces lo deben ser igualmente en el caso donde quien la sonsaca lo haga telefónicamente”.

Y agrega: “la gran Sala se inclina abiertamente a aceptar una prohibición de utilización probatoria, si el Estado se sirve de un engaño cualificado a efecto de obtener afirmaciones autoinculpatorias. Como ejemplos se nombran: el espía introducido en una celda, las grabaciones de la palabra hablada realizadas con violación de una prohibición legal, los casos denominados “Romeo” (si un policía o un particular encargado por él entabla una relación sentimental con el inculpado para poder sonsacar información en esta forma), y los procedimientos en los que se obtiene información de un inculpado a través de engaños efectivos en un interrogatorio anterior, en el cual se había expresamente explicado que no se deseaba suministrar ningún dato a la causa”.

Todos estos engaños, que la jurisprudencia considera cualificados, son, a juicio de Roxin, equiparables al que se aplica en el decurso del espionaje acústico, pues el factor decisivo es que una persona que investiga se granjea la confianza del inculpado, bajo la máscara de un particular, y por ello considera que la sentencia del Tribunal Supremo, que avala dicha técnica probatoria, no es plausible.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo “el principio de no autoincriminación sólo tiene por objeto que la declaración o colaboración con el proceso

¹⁴ Roxin, Claus. “Pasado, Presente y futuro del Derecho Procesal penal”. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios para el Ministerio Público. Versión castellana de Óscar Julián Guerrero Peralta. 2004. Pág. 172.

penal esté libre de coacción, y no se orienta en cambio a la protección contra las autoinculpaciones originadas estatalmente y condicionadas por error. Tal razonamiento dirige a la Sala a permitir el espionaje acústico mediante engaños habituales a través de autoridades de investigación, y solo con una limitación importante: que se trate de la aclaración de un delito de significativa importancia, y que la investigación de los hechos, bajo las condiciones de otros métodos de indagación¹⁵, hubiera sido esencialmente más difícil o se hubiera llegado a un resultado significativamente menor”. Esto tiene que ver con el principio de proporcionalidad para la procedencia de la medida restrictiva de derechos fundamentales, y esencialmente con los subprincipios de proporcionalidad en sentido estricto y necesidad.

Así las cosas, es de advertir que la tendencia del derecho comparado es a prohibir tanto la actividad probatoria con base en grabación de conversaciones entre presentes, en ámbitos de intimidad, como la utilización de micrófonos o dispositivos electrónicos que registren conversaciones en los mismos espacios, o el denominado espionaje acústico, por constituir injerencias demasiado intensas en el derecho fundamental a la intimidad.

Al respecto, señala el Profesor Óscar Julián Guerrero: “La reciente reforma constitucional germana, que permitía la injerencia de espionaje acústico en los espacios domiciliarios, planteó el debate de forma aguda, y la decisión de inconstitucionalidad sobre las normas pertinentes de la ordenanza procesal penal, confirman la necesidad de preservar un mínimo de privacidad en las condiciones de la vida moderna”. La decisión del Tribunal Constitucional, sobre el punto concreto, recuerda que “el desarrollo de la personalidad requiere espacios reservados en los que el individuo se pueda expresar autónomamente sin miedo a ser vigilado, y comunicar confiadamente sus opiniones y sentimientos personales. Precisamente en un mundo en el que ha llegado a ser posible perseguir y grabar cualquier movimiento o comunicación de una persona, la vivienda privada sirve al individuo como el último refugio, en el que puede manifestar, sin ser observado, sus pensamientos. Ella (la vivienda particular) es por tanto, como lugar, medio para preservar la dignidad humana”¹⁶.

¹⁵ Roxin, Claus. Ob. cit. Pág. 172.

¹⁶ Guerrero Peralta, Óscar Julián. “Fundamentos Teóricos Constitucionales del nuevo sistema penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición ampliada. 2007, págs. 384-385.

3. Registros y archivos que conservan las empresas operadoras de telefonía celular o de “buscapersonas” (beeper)

Las empresas operadoras de telefonía celular y beeper realizan la operación técnica que permite la remisión por su conducto de un mensaje de texto entre un remitente y un destinatario concreto, usuarios por lo general del servicio que ellas prestan.

Tales registros y archivos constituyen documentos privados que es posible obtener por orden judicial, y para efectos de dilucidar un delito, y sus autores y partícipes, en el marco de una investigación penal y disciplinaria. La aducción de tales documentos al proceso implica desde luego una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o a la intimidad, de acuerdo con el contenido que aparezca en el texto del mensaje que se aduce como elemento de convicción. Sin embargo, como ya se indicó, no se trata de una interceptación de comunicaciones telefónicas en sentido estricto, sino de un documento que aparece en los archivos de una empresa operadora de telefonía que realizó una operación técnica, a través de la tecnología idónea para efectos de enviar, utilizando el espectro electromagnético, el mensaje escrito que el receptor emite con destino a la operadora, y esta a su turno, remite al destinatario final.

Por tratarse de una diligencia investigativa que interfiere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o a la intimidad, la recuperación y aducción al expediente del mensaje de texto debe ser ordenada por autoridad judicial, y con cumplimiento de los requisitos y límites que fija el principio de proporcionalidad.

Un caso que ilustra el contenido y naturaleza de la prueba antes mencionada fue fallado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 14 de marzo de 2007, con ponencia del Magistrado doctor Julio Enrique Socha Salamanca. En dicha sentencia la Corte decide no casar, y confirma por ende, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Antioquia, donde condena al Mayor del Ejército Álvaro Cortés Murillo a 109 meses de prisión, como autor responsable del delito de concierto para delinquir, por auspicio, colaboración y apoyo a grupos armados de justicia privada al margen de la ley, y específicamente al grupo de autodefensas liderado en el Oriente antioqueño por Ricardo López Lora, alias la “Marrana”. (Rad. 22300).

En desarrollo del proceso penal contra el Mayor Cortés Murillo se pudo establecer, con base en diversos medios de prueba, que este, en su condición de comandante operativo o jefe de operaciones del grupo de caballería mecanizado “Juan del Corral” con sede en Rionegro, desde su teléfono le enviaba mensajes de texto a López Lora, advirtiéndole de operativos militares que se habrían de practicar en el sector donde operaba su grupo ilegal, a fin de que tomara las medidas encaminadas a evitar su captura y la aprehensión de los miembros de su grupo. En otros mensajes de texto, recuperados de la operadora de telefonía, y allegados al expediente, el mayor del Ejército solicitaba colaboración a alias la “Marrana”, para llevar a cabo algunas actividades, al parecer homicidios selectivos y de limpieza social.

Merced precisamente a la captura de López Lora, el 23 de enero de 1998, en el municipio de La Ceja, fue hallado en su poder un beeper o buscapersonas de la empresa Electrónica Bolivariana, distinguido con el Código 70003, cuyo rastreo permitió comprobar que por lo menos el Mayor del Ejército Nacional Álvaro Cortés Morillo, jefe de operaciones del “Grupo de Caballería Mecanizado No. 4 Juan del Corral”, con sede en la vereda “Mampuesto” de Rionegro, era uno de quienes sostenía un contacto permanente con López Lora, para facilitar los movimientos de su séquito y auspiciar y fomentar de esta forma su accionar delictivo. En los registros de ese beeper, por ejemplo, se halló una importante serie de evidencias que demostraban la vinculación del Mayor Cortés Morillo con la organización criminal, a partir del año de 1997.

Según la sentencia, “Entre el 19 de julio y el 11 de diciembre de 1997 se enviaron siete mensajes al beeper 70003, solicitando comunicación urgente con “Poncho” a los teléfonos 5300223 y 5300057, instalados ambos en el “Grupo Mecanizado Juan del Corral” de Rionegro. El primero en la oficina de operaciones de la cual era jefe el mayor Cortés Morillo y el otro en la sección de inteligencia.

Igualmente, de los abonados 8220920, 8220921 y 8220922 instalados en la Junta de Acción Comunal, Hotel Cacique y Bomba de Gasolina del corregimiento “La Piñuela” del municipio de Cocorná, entre el 2 de octubre y 7 de noviembre de 1997, se enviaron siete mensajes al beeper aludido mediante los cuales “Poncho” le solicita a “Robert” comunicarse vía telefónica con esos abonados, constando el proceso que por orden del coronel Luis Alfonso Zapa-

ta García, comandante del Batallón Juan del Corral, el mayor Álvaro Cortés Morillo fue trasladado en “comisión indefinida” a la base militar situada en la vereda “La Piñuela”, del 22 de septiembre al 18 de noviembre de 1997, es decir, durante el tiempo que el jefe del grupo paramilitar fue requerido a través de aquel medio para que se comunicara con “Poncho” a los números de teléfono citados.

De aquellos mensajes destaca los emitidos el 4 de agosto y el 7 de noviembre de 1997, porque en el primero se le solicita a alias “Rober” llamar al mayor Cortés al 5300223, el cual se pudo establecer se encontraba instalado en la jefatura de operaciones del Grupo Mecanizado “Juan del Corral” del Ejército Nacional, que estaba a cargo del procesado. Y, en el otro mensaje, no obstante pedir comunicación con “Poncho” a los teléfonos 8220921 u 8220922 de la “Piñuela”, se añade “espero llamada, preguntar por Álvaro” (subrayas del ad quem).

También destaca que en el lapso comprendido entre el 4 de agosto y el 4 de septiembre de 1997, durante el cual el mayor Cortés Morillo disfrutó de vacaciones, se interrumpieron los mensajes al beeper 70003, que en forma sistemática y continua le dirigió “Poncho” a “Robert”, los cuales se reanudaron a partir del 7 de septiembre siguiente, es decir, tres días después de que aquel oficial se reintegró a sus labores, utilizando el mismo sistema electrónico.

Lo anterior constituyó, para el Tribunal, una alta probabilidad de que el mayor Cortés Morillo sea la persona que utilizó el seudónimo de “Poncho” para comunicarse con el jefe del grupo ilegalmente armado que operaba, por aquella época, en la región oriental del departamento de Antioquia, con lo cual se desdibujan las hipótesis aludidas por aquel en la indagatoria, en el sentido de haber sido objeto de persecución. Al respecto, recuerda que con base en el decomiso del beeper utilizado por Ricardo López Lora (a. “Rober” o la “Marrana”), elemento que pertenecía a Electrónica Bolivariana, se obtuvieron las planillas de los registros de los mensajes, por lo que es utópico afirmar la existencia de cualquier montaje o manipulación de terceros para perjudicar injustamente al procesado, pues se trata de prueba indiciaria preconstituida involuntariamente durante la comisión del delito.

Seguidamente, establece con categoría de certeza que “Poncho” sí era el mayor del Ejército Álvaro Cortés Morillo. En tal sentido, puntualiza que mediante Resolución No. 000898 se ordenó su traslado al Grupo de Caballería Mecanizado “Juan del Corral” de Rionegro, al Batallón de Contraguerrilla “Macheteros del Cauca” con sede en Palmira, Valle, en calidad de comandante, cargo que empezó a desempeñar el 5 de enero de 1998 y el 15 del mismo mes y año, compró al soldado Horacio Bautista Lizcano el teléfono celular número 4931380 de COMCEL, el cual suministró a Ricardo López Lora, a través del beeper aludido más arriba, con el siguiente mensaje: “Rober, llama al 93.493.13.80. Desea hablarte Poncho. Saludos”.

Juzga de lo anterior que si desde que el mayor Cortés viajó de Rionegro, Antioquia, a Palmira, Valle, no se registraron otros mensajes en el aludido beeper, solo hasta el 28 de enero en los términos resaltados, él fue quien se identificó con el seudónimo de “Poncho” en los diferentes mensajes y califica de inverosímil la hipótesis que plantea de que maliciosamente alguien pretende perjudicarlo, por ejemplo, un superior suyo que haya venido actuando ilegalmente, pues sus enemigos del Oriente Antioqueño sin saber que había comprado el celular al soldado Horacio Bautista Lizcano no podían estar detrás de su número entre el 15 y el 28 de enero de 1998, para simular el aludido mensaje. Además, nadie en el Batallón Macheteros del Cauca estuvo en condiciones físicas de enterarse del decomiso del beeper el 23 de febrero, como tampoco en condiciones de enterarse de que durante el último semestre de 1997, “Poncho” y “Rober” tuvieron aquellas comunicaciones en el Departamento de Antioquia.

Afirma que es verdad inconcusa que el mayor Cortés Morillo era quien utilizaba el seudónimo de “Poncho”, y que es falsa la afirmación de última hora de que el mismo era utilizado por el cabo Juan Carlos Loba Bonilla, integrante, por aquella época, del Grupo de Caballería Mecanizado “Juan del Corral” de Rionegro, como lo manifestara Ricardo López Lora en ampliación de su testimonio y que pretendieron confirmar algunos suboficiales que declararon a solicitud de la defensa.

Por otra parte, los requerimientos que el mayor Cortés le hizo a Ricardo López Lora evidencian promoción y fomento a la agrupación criminal, en su condición de militar. El contacto permanente, la naturaleza y contenido de los mensajes por espacio aproximado de seis meses, demuestra por sí mismo que

no se trató de una relación lícita ni socialmente adecuada, pues el disimulo de los seudónimos y el “tapujo” de los mensajes cifrados dejan al descubierto la picardía y la malicia.

“La patente simetría que se advierte entre el contenido de algunos de aquellos mensajes y varias operaciones dispuestas por el Coronel Luis Alfonso Zapata, como Comandante del Grupo Mecanizado Juan del Corral de Rionegro, constituye una prueba certera e irrefutable sobre la forma mancomunada como actuaban el mayor Cortés, en su calidad de Jefe de Operaciones del batallón, y Ricardo López Lora, director del grupo ilegalmente armado”.

Así, concluye el ad quem que los mensajes enviados por el mayor Cortés a Ricardo López Lora tenían la finalidad de evitar la presencia simultánea de las tropas regulares con el grupo de autodefensas a la misma hora en sitios pre-determinados del Oriente Antioqueño, al punto que el coronel Zapata sostuvo que el grupo de antisociales comandado por López Lora tenía un infiltrado en el batallón bajo su mando.

Destaca que de otros mensajes enviados al beeper de López Lora, como el de 2 de octubre de 1997, en el cual “Poncho” le solicita enviar tres obreros a La Piñuela para un trabajo, pedimento en el cual insiste en otros dos mensajes de la misma fecha, se desprende que estaban realizando actos ilícitos violatorios de la ley penal, pues otro sentido no tiene la nota de urgencia de tres obreros del grupo ilegal para realizar un trabajo, cuya naturaleza no se anunció.

Como corolario, afirmó el Tribunal, existe certeza de que el procesado permitió su deber jurídico que como militar tenía de impedir la consumación de conducta punible y a través de precisas y claras acciones de manera voluntaria fomentó y promocionó el grupo ilegalmente armado de autodefensas que operaba en el oriente del Departamento de Antioquia.

Según la Corte: “en el caso bajo examen, el Tribunal tuvo en cuenta las anteriores premisas y, con fundamento en ellas, dedujo con categoría de certeza que el procesado hizo parte en el concierto para delinquir que se le atribuyó en la acusación, en cuanto auspició y facilitó las labores del grupo ilegal de autodefensas que dirigía el confeso paramilitar Ricardo López Lora (a. “Robert” o la “Marrana”), mediante el envío de mensajes al beeper con código 70003 de la empresa Central Electrónica Bolivariana, en los cuales anunciaba los mo-

vimientos de las tropas regulares del Grupo de Caballería Mecanizado “Juan del Corral” con asiento en la vereda Mampuesto del municipio de Rionegro, Antioquia; o le solicitaba enviar hombres del ilegal grupo a lugares determinados para realizar trabajos, no se sabe de qué linaje.

Para tal fin el ad quem partió de la existencia demostrada de los siguientes hechos indicadores acreditados en el proceso, de los cuales dedujo la coparticipación del procesado en el ilícito: 1. Que el beeper con código 70003 fue incautado a Ricardo López Lora. 2. Los reportes de la empresa prestadora del servicio de beeper, en los cuales se informa la fecha, hora y contenido de los mensajes enviados por alias “Poncho”. 3. Durante el tiempo que el procesado estuvo a cargo de la Oficina de Operaciones del Grupo Mecanizado “Juan del Corral” se enviaron múltiples mensajes a aquel beeper. 4. En el período de vacaciones que el mayor Cortés disfrutó durante el lapso del 4 de agosto al 4 de septiembre de 1997, se suspendió el envío de esos recados. 5. Cuando el mayor Cortés fue remitido por orden de operación indefinida expedida por el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado “Juan del Corral” al corregimiento “La Piñuela” del municipio de Cocorná, al beeper de Ricardo López Lora, entre 2 de octubre y 7 de noviembre de 1997, llegaron siete mensajes en los se le solicitaba comunicarse con “Poncho” a los abonados 8220920, 8220921 y 8220922 instalados en la Junta de Acción Comunal, Hotel Cacique y Bomba de Gasolina del citado corregimiento y uno de ellos de forma expresa le dice que pregunte por Álvaro.

Hechos de los cuales dedujo la probabilidad de que el sujeto denominado “Poncho” es el mayor del Ejército Nacional Álvaro Cortés Morillo; empero, a tal conclusión le atribuyó la categoría de certeza al articularlos con lo ocurrido después de que el citado oficial fue trasladado al Comando del Batallón Macheteros del Cauca, situado en Palmira, Valle, desde donde restableció la relación con el mencionado paramilitar mediante mensaje que le envió el 28 de enero de 1998, solicitándole se comunicara con “Poncho” al celular 4931380, el mismo que él le compró a un soldado de esta unidad militar.

Bajo tal perspectiva, es evidente que los mensajes de texto aportados al proceso penal, obtenidos como registros que conservaba la Central Electrónica Bolivariana, empresa prestadora del servicio de beeper, y que envió el mayor Cortés Murillo al teléfono de López Lora, constituyen la prueba esencial y

determinante, para acreditar por vía indirecta, la responsabilidad del mayor del Ejército en el fomento y colaboración con grupos paramilitares del Oriente Antioqueño. Esta prueba, sin embargo, por lo ya explicado, es distinta en su naturaleza a la interceptación de comunicaciones telefónicas, radiográficas y afines que se realizan a través del espectro electromagnético.

4. La interceptación del correo electrónico

Un mensaje enviado por correo electrónico o e-mail es una comunicación privada, que a la luz del artículo 15 de la Constitución solo puede ser interceptada o registrada mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. La ley 527 de 1999, “mediante la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, indica que el correo electrónico es un ejemplo de mensaje de datos, al que se le atribuye el mismo valor jurídico y probatorio que a los documentos tradicionales, según el principio de equivalencia funcional que aparece en el artículo 6 del referido estatuto. Otros ejemplos de mensajes de datos son el intercambio electrónico de datos, Internet, el telegrama, el télex o el telefax.

Teniendo en cuenta que la ley 527 de 1999 asimila el correo electrónico al mensaje de datos, su recaudo y aducción para efectos de la actividad investigativa en el proceso penal, se lleva a cabo, en principio, con base en las facultades de la autoridad judicial para retener correspondencia privada, postal y telegráfica que el implicado en un hecho punible reciba o remita. Sin embargo, tal forma de proceder aplica cuando el mensaje ya surtió su trámite a través de la empresa operadora, y se recuperan los registros para efectos de obtener evidencia física o elementos materiales de prueba con destino a la investigación penal o disciplinaria.

Un supuesto distinto se presenta cuando se procede por orden judicial a la interceptación de la comunicación que se establece y desarrolla vía e-mail, pues en tal caso las conversaciones están siendo monitoreadas en el momento mismo en que se producen. En dicho evento se trata de una verdadera interceptación de comunicaciones electrónicas, canalizadas a través del espectro elec-

tromagnético¹⁷, que se realiza de conformidad con los presupuestos y límites establecidos en los artículos 301 de la ley 600 de 2000 y 235 de la ley 906 de 2004. (Códigos de Procedimiento Penal).

“Es necesario puntualizar que las normas del Código de Procedimiento Penal se refieren a la posibilidad de interceptar comunicaciones similares a las telefónicas y radiofónicas, en las cuales se incluye el correo electrónico. Sin embargo, la grabación magnetofónica no sería en este caso la herramienta apta para la interceptación del correo electrónico, y por ello se debe proceder a la creación de los registros y archivos que correspondan, de acuerdo a la tecnología idónea para tales efectos. En todo caso los proveedores de servicios de correo deberán realizar la interceptación en el término perentorio establecido por el legislador” .

“Otro problema importante para tener en cuenta es que muchos de los servidores y plataformas tecnológicas de los proveedores de servicios de correo electrónico están ubicados en el extranjero, lo cual implicaría una dificultad para que el Fiscal o Juez colombiano solicite con carácter imperativo la operación técnica de interceptación del e-mail al proveedor extranjero. La sana lógica indicaría que será el origen del mensaje de datos definido en la ley 527 de 1999 el que determine la conexión del mensaje a un territorio determinado, y por ende la aplicación necesaria de las órdenes judiciales respectivas del país de origen”¹⁸. En cualquier caso, a través de los convenios de cooperación internacional en materia de intercambio de pruebas y apoyo a la policía judicial, es posible el manejo adecuado de la problemática antes planteada.

“No se debe olvidar que la denominada “ley patriótica” (U.S. Patriot Act), que se expidió en los Estados Unidos luego de los sucesos del 11 de septiembre, permite la aplicación extraterritorial de la ley americana, por ejemplo, para la interceptación de correo electrónico de ciudadanos colombianos, incluso si sus cuentas han sido abiertas en Colombia, en el desarrollo de investigaciones por actos que afecten la seguridad nacional de ese país. Estos mensajes de

¹⁷ Un sector de la doctrina considera que las comunicaciones a través de correo electrónico no utilizan el espectro electromagnético, por ser “de valor agregado”. Al respecto no hay consenso, según el artículo “límites a la interceptación del correo electrónico”. En *Ámbito Jurídico*. Columnas de opinión, 2002.

¹⁸ “*Ámbito Jurídico*. Columnas de opinión. “Límites a la interceptación del correo electrónico”. Legis. 2002. Pág. 3.

datos pueden utilizarse como pruebas eficaces ante los Tribunales norteamericanos”¹⁹.

En tal sentido, la interceptación del e-mail constituye una forma de intervención en las comunicaciones electrónicas, que como medio de prueba en la investigación penal, se rige por las normas del Código de Procedimiento Penal que regulan los presupuestos y límites de la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares.

¹⁹ *Ibidem*, Pág. 3.

Capítulo Cuarto

DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

1. En la Constitución de 1886

Conviene anotar, en primer término, que los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no consagran, en términos generales, la obligación para los Estados partes de establecer en sus Constituciones o leyes ordinarias la reserva judicial como requisito para que proceda la afectación de los derechos fundamentales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, adoptada el 10 de diciembre de 1948, dispone por ejemplo en su artículo 9 “que nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”, y en su artículo 12 que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, domicilio o en su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias”:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de New York), por su parte, señala en su artículo 9, numeral 1: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de la libertad salvo causas fijadas por ley, y con arreglo al procedimiento establecido en esta; y en el artículo 17 reproduce textualmente el artículo 12 de la Declaración Universal sobre Protección del Derecho a la Intimidad y al Secreto de las Comunica-

ciones, Honra y Reputación, con la misma referencia del derecho a que la ley provea protección frente a injerencias o ataques de dichas libertades.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 se limita a recordar en su artículo IV que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar, a la inviolabilidad del domicilio (artículo IX), y derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia (artículo X), entre otros, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) prevé en su artículo 11 que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, y luego reitera la fórmula de los artículos 9 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de DD.HH., respectivamente, sobre derecho a la honra, intimidad, y derecho a la protección legal contra injerencias o ataques a dichas libertades.

No disponen pues los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, en forma expresa, la exigencia de reserva judicial como requisito para que procedan diligencias de investigación lesivas de derechos fundamentales, y simplemente señalan que el Estado deberá adoptar medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de injerencias, ataques y lograr por esa vía la tutela judicial efectiva de los mencionados derechos.

Cabe destacar que los referidos instrumentos internacionales se refieren a la protección contra las injerencias tanto ilegales como arbitrarias. “El término ‘ilegales’ significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos en la ley, la que a su vez debe conformarse y estar acorde con las disposiciones, propósitos y objetivos del pacto. Con la expresión ‘injerencia arbitraria’ se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley sea razonable a las circunstancias particulares del caso”¹.

Lo anterior significa que incluso la Constitución o la ley de los Estados partes, al reconocer o regular las materias relativas a los derechos fundamentales, deberán tomar en consideración los objetivos de los tratados internacio-

¹ Compilación de instrumentos internacionales. ONU. Comité de derechos humanos. Observación general No. 16. Derecho a la intimidad, honra y dignidad. 31 de marzo de 1994. Pág. 251.

nales sobre Derechos Humanos, fijando las medidas para hacer efectivos los mismos, en cuanto estos son parte integral del bloque de constitucionalidad², y en tal sentido condicionan la actividad legislativa y en general la actuación de los poderes públicos de los Estados que han contraído obligaciones a partir de la ratificación de tales instrumentos.

Las Constituciones Estatales, al igual que las normas de rango legal, prevén como regla genérica que la afectación de los derechos y libertades en el contexto de la actividad probatoria solo procede en virtud de la autorización de un Juez, o se exige, por lo menos, que las medidas de esa índole estén sometidas a un control judicial posterior, para que puedan estar dotadas de aptitud probatoria. Según Cuéllar Serrano “la condición de la judicialidad como requisito de la proporcionalidad, en los casos en que la Constitución Española impone la decisiva intervención de un órgano judicial para la limitación de los derechos fundamentales (libertad, inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad de expresión, derecho de asociación e intervenciones corporales), se basa en el hecho de que son precisamente los órganos judiciales los constitucionalmente previstos para garantizar la eficacia de esos derechos y, por ello, queda en todo caso sometida a su juicio la decisión sobre la proporcionalidad de las medidas limitativas, desde la perspectiva del caso concreto, sin que el legislador se encuentre autorizado para privar a los jueces de un margen de apreciación en estas materias que les permita calibrar el peso de los intereses en conflicto estableciendo normas de efectos automáticos”³.

² El conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de constitucionalidad, aunque no todas ellas gocen de idéntica jerarquía normativa. Es posible distinguir dos sentidos del concepto bloque de constitucionalidad: *strictu sensu*, conformado por principios y normas integrados normativamente a la Constitución por diversas vías, y que tienen rango constitucional, como su articulado y el preámbulo; y *lactu sensu*, que se refiere a aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional. En este segundo grupo se ubican aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Las disposiciones referentes al derecho a la libertad no hacen parte del concepto, en cuanto pueden ser limitadas en los estados de excepción, a diferencia de lo que ocurre con las que consagran el debido proceso, legalidad y presunción de inocencia (Convenios de Ginebra, protocolos I y II, ciertas normas del Pacto de San José, los tratados sobre límites del territorio como parte del concepto de soberanía), las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias. Estas dos últimas ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, deberá retirarla del ordenamiento jurídico. (sentencias C-191 de 1998, C-582 de 1999, y C-774 de 2001 de la Corte Constitucional).

³ González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Pág. 109.

La intervención del Juez resultaría por lo tanto indispensable para tales efectos, salvo casos excepcionales donde la Policía Judicial ostenta facultades para tomar determinaciones que restrinjan derechos de los ciudadanos, como las capturas administrativas, o la captura y registro domiciliario en caso de flagrancia.

Bajo la anterior perspectiva, como garantía que el sistema democrático proporciona, es al Juez a quien corresponde el ejercicio de las facultades jurisdiccionales para la restricción intensa de derechos, sin que resulte incompatible con la legislación internacional que en algunos eventos concretos la ley confiera tales atribuciones a autoridades administrativas para la atención de asuntos específicos, como sucede con el caso de las otorgadas al Procurador General de la Nación, para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial del Ministerio Público.

Era en tal contexto que la Constitución Política de 1886, para efectos de las diligencias investigativas que implicaban injerencias en los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y en la intimidad, no exigía como presupuesto indispensable la orden de autoridad judicial competente, sino de “autoridad competente”, lo cual dejaba expedita la posibilidad de que el gobierno ordenara interceptaciones telefónicas, sobre todo con amparo en decretos sobre estado de sitio que hubieren previsto la legitimidad de tal restricción.

Así, la norma Constitucional (Arts. 23 y 38 de la Constitución de 1886)⁴ no hacía referencia alguna, para efectos de ordenar las medidas, a la autoridad judicial, sino a la autoridad competente, con lo cual se abría la posibilidad para que en tiempo de paz, y con mayor razón en época de perturbación del orden público, las autoridades administrativas y concretamente el Gobierno, en virtud de la ley material (decretos legislativos), tuvieran la opción de ordenar en algunos casos la restricción transitoria (interrupción de su ejercicio)

⁴ El artículo 23 disponía “Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las Leyes”; y el artículo 30 señalaba que las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados, sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la Ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

de ciertas garantías constitucionales, individuales o colectivas, incluso sin la intervención del juez.

El artículo 23 de la Constitución de 1886 disponía: “Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las Leyes, por lo que podía ser un inspector de policía, un corregidor o cualquier autoridad administrativa, porque no se exigía que esa autoridad competente fuera judicial. El artículo 30 de la misma Carta Política señalaba que: “las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la Ley, y con el único objeto de buscar pruebas Judiciales”.

En tal sentido, la Constitución Política de 1886 permitía que otras autoridades, diferentes a la jurisdiccional, decretaran la interceptación de comunicaciones telefónicas, lo que condujo en múltiples ocasiones a la injerencia arbitraria del ejecutivo en los derechos fundamentales.

Al amparo de esta línea de interpretación, en el denominado estatuto para la defensa de la Democracia, expedido mediante decretos legislativos de estado de sitio, se autorizaba a las autoridades administrativas, y concretamente a las de policía judicial, para ordenar la interceptación de comunicaciones telefónicas, como medida orientada al restablecimiento del orden público, siendo válidos los medios de convicción y evidencia física que se recaudara por esta vía.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de mayo 18 de 1994, referencia: Expediente 7926, y con ponencia del Magistrado Dr. Edgar Saavedra Rojas, señaló:

“La demandante enfoca la ilegalidad de la orden de interceptar los teléfonos de los sindicatos, con base en la ausencia de un auto motivado proveniente de una autoridad judicial competente, desconociendo la realidad jurídica vigente en el momento de la práctica de esa diligencia.

En verdad no existió auto motivado ordenando la interceptación telefónica. El expediente muestra solo una autorización del juez de Instrucción Criminal contenida en un oficio, lo que no subsanaría la ilegalidad de la prueba, en condiciones normales, pues evidentemente una interceptación telefónica debía ordenarse mediante auto motivado, conforme lo establecía el art. 367 del Decreto 050 de 1987, aun cuando no fuera necesaria su notificación; ello implica que a la luz de esta disposición bien podría afirmarse que la práctica de la interceptación ejecutada por el Jefe del Grupo de Información de la Sijín, a pesar de haber sido autorizada informalmente por un juez de la República, no cumplió las exigencias previas que para ello establecía el legislador, en aras del derecho a la intimidad, como claro desarrollo del art. 38 de la Carta de 1886.

Por otra parte el mismo estatuto procesal penal vigente para la época de los acontecimientos contempló como principio general, en materia probatoria, que toda decisión judicial, fueran autos o sentencias, debería fundarse en ‘pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso’ (art. 246). Así mismo, el art. 252 imponía que ‘ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas o aportadas al proceso serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia’ ”.

Desde esa óptica legislativa, fácilmente se podía colegir que la práctica de una de las pruebas relacionadas en el art. 367, sin previo auto motivado, resultaba manifiestamente ilegal.

Sin embargo, conviene recordar que en razón de la conmoción interior o estado de sitio se mantuvo al país por varias décadas en una inestabilidad legislativa, durante la cual el ejecutivo creaba una normatividad especial por cada suceso desafortunado, modificando la estructura procesal, no solo en cuanto a ritualidad, sino también en cuanto a jurisdicción y competencia, que habitualmente suspendían la vigencia de algunas garantías procesales.

Es así como a partir de enero de 1988 se profirieron una serie de decretos, entre ellos el 180 o Estatuto de la Defensa de la Democracia, en los cuales se aumentaron las penas para determinadas infracciones, se establecieron procedimientos y competencias, creando una jurisdicción especial que se denominó de orden público y se ampliaron las funciones de policía judicial para los organismos de seguridad del Estado.

Esta legislación extraordinaria nació de la necesidad de contrarrestar la acción de la delincuencia organizada y especialmente la dedicada al terrorismo y al narcotráfico, y por ello el Ejecutivo pretendió auxiliar a la rama jurisdiccional, entregando algunas facultades de investigación preliminar a la Policía Judicial. Entre esas atribuciones, el art. 47 del Decreto 180 de 1988 dispuso:

“El jefe del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, en sus indagaciones podrá ordenar a las oficinas telegráficas o telefónicas que se intercepten las comunicaciones o mensajes transmitidos o recibidos, si fueren conducentes para el descubrimiento o comprobación de los delitos definidos en este decreto”.

Anótese que el art. 52 del decreto excepcional suspendió las disposiciones que le fueran contrarias, y que el comentado art. 47 no fue declarado inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en la decisión del 3 de marzo de 1988, cuando realizó la revisión constitucional automática del precitado decreto de Estado de sitio, el cual por tener fuerza erga omnes era de imperativo cumplimiento y tuvo aplicación hasta el 15 de enero de 1991, cuando entró a regir el Decreto 2790 de 1990, que reformó la estructura y funcionamiento de la jurisdicción de orden público.

Entendidas así las cosas, en agosto de 1990, época en que se llevó a cabo la diligencia cuya ilegalidad pregona la recurrente, la Policía Judicial en sus indagaciones preliminares estaba facultada para interceptar comunicaciones telefónicas sin previa autorización judicial expedida mediante auto motivado; y si bien aquellos funcionarios acudieron a un juez en demanda de obtener una permisión de esa índole, ello solo revela el propósito de abundar en garantías.

Es de aclarar que la atribución estaba delimitada a la persecución de los hechos punibles contemplados en el propio Decreto 180 de 1988 y que los delitos por los cuales se profirieron las sentencias de las dos instancias no estaban relacionados en el listado de ese estatuto especial de represión; pero se debe tener presente que cuando el Cuerpo Técnico de Policía Judicial inició sus indagaciones, los informes de inteligencia que habían recaudado permitían inferir que se trataba de una banda organizada dedicada a cometer toda clase de delitos, incluyendo el porte de armas de corto y largo alcance y actividades relacionadas con el narcotráfico, como efectivamente lo demuestra la circunstancia de que las capturas las efectuó la unidad de Antiextorsión y Secuestro de

la Policía y que las diligencias preliminares fueron remitidas a los funcionarios de la jurisdicción de orden público.

Ahora bien, el hecho de que la Policía Judicial no hubiera logrado recaudar pruebas sobre delitos sancionados en el Decreto 180 de 1988, sino vinculados a la comisión de delitos comunes, como homicidios, porte ilegal de armas de uso personal, constreñimiento ilegal y falsedad de documentos públicos, de por sí no vicia la legitimidad de la actividad investigativa desarrollada inicialmente. Además de que la calificación jurídica de los hechos le corresponde a la rama jurisdiccional.

Así las cosas, la irregularidad atribuida por la impugnante a la diligencia de interceptación telefónica no existió”.

2. En la Constitución Política de Colombia de 1991

El artículo 15, numeral 3 de la Constitución Política reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones en los siguientes términos: “las comunicaciones y demás formas de comunicación privadas son inviolables y únicamente pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.”

“El derecho al secreto de las comunicaciones exige partir de la consideración del ser humano como un ser sociable. La sociabilidad es una de las características esenciales del individuo que lleva en la mayoría de los casos a compartir sus reflexiones, vivencias y experiencias con las personas que se encuentran a su alrededor”⁵. En la medida en que la ciencia y tecnología se desarrollan en el campo de los nuevos sistemas de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, la violación al secreto de las comunicaciones extiende su ámbito a los contactos que se desarrollan a través de la telefonía móvil, fax, correo electrónico, comunicaciones radiofónicas, entre otras.

El derecho al secreto de las comunicaciones presenta una doble dimensión: En primer término, comprende la libertad de comunicación, esto es, el derecho de poder comunicarse con otros sujetos sin interrupción ni suspensión alguna. En segundo término incluye el secreto del mensaje, entendido como

⁵ Rodríguez, Orlando Alfonso. “Prueba Ilícita Penal”. Ediciones Gustavo Ibáñez. 2003. Pág. 234.

el derecho a que terceros no conozcan el contenido de la comunicación. En consecuencia, aunque el contenido de la comunicación sea intrascendente y no se exteriorice en ella ningún dato que afecte a la vida privada de quienes se comunican, la captación de la comunicación constituiría una vulneración del secreto de las comunicaciones, pues se protege la opacidad de la propia comunicación, y no su contenido”⁶.

Fundamentalmente la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares afecta el secreto de las comunicaciones de quien está siendo investigado, y de manera eventual también interfiere el derecho a la intimidad de terceros no vinculados a la investigación penal, cuando se comunica por esta vía con algún implicado. “El núcleo de ambos derechos (secreto de las comunicaciones e intimidad) se inscribe en el concepto de vida privada, aunque los dos tengan un contenido diferente. En efecto, el derecho a la intimidad es de carácter material, y a través de él se protege el área más reservada del individuo; mientras que el secreto de las comunicaciones es de carácter formal, en cuanto protege la comunicación, independientemente de que su contenido sea o no reservado. Todas las comunicaciones son secretas aunque no sean íntimas”⁷.

En esta misma línea de conceptualización, contenido y alcance de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Política, la Corte Constitucional, al analizar el derecho a la privacidad de las comunicaciones entre las personas, expresó en la Sentencia C-586 de 1995 que “no obstante la carencia de un artículo expresa y exclusivamente encaminado a plasmarlo como derecho independiente, el que tiene toda persona a comunicarse, es un derecho fundamental claramente amparado por la preceptiva vigente.

Su núcleo esencial consiste en “la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología”. Y al referirse la Corte a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en particular, por agentes y representantes del

⁶ Rodríguez, Orlando Alfonso. Ob. cit. Pág. 236.

⁷ Guerrero Peralta, Óscar Julián. “Fundamentos Teóricos Constitucionales del Nuevo Sistema Penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición ampliada. 2007. Pág. 367.

Estado, indicó en la Sentencia C-657 de 1996 que “En todos los casos que la ley establezca se requiere orden judicial para interceptar o registrar las comunicaciones, lo que ‘implica una clara y terminante exclusión constitucional de la autoridad administrativa’. Tanto es cierto lo anterior en el caso que nos ocupa que ni siquiera en la Ley Estatutaria de los estados de excepción, que se refiere a las facultades del gobierno durante el estado de conmoción interior, se prescinde de la orden de autoridad judicial competente”.”

Así pues, el derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad, en cuanto no constituye un derecho absoluto, puede limitarse válidamente, bajo ciertos requisitos estrictos, condiciones y exigencias, y a través de la interceptación de comunicaciones telefónicas que ordena un juez, en aras de la averiguación libre de la verdad histórica como una de las metas del procedimiento penal y disciplinario.

La ley procesal debe reglamentar estas garantías, y para ello “establecer quién es la autoridad competente para ordenar la injerencia en el secreto de las comunicaciones, en qué casos y con qué justificación puede hacerlo, y además, la forma según la cual debe desarrollarse el acto, a efectos de preservar las garantías como tal, es decir, comprendiéndola como seguridad para el individuo, y regulándola racionalmente para que no pierda ese sentido”⁸.

Como antes se indicó, “establecer en qué casos y con qué justificativos funciona la facultad de interceptar comunicaciones, supone determinar las exigencias mínimas que autorizan la emisión de la orden. En este sentido parece necesario comprobar la existencia de una persecución penal concreta, cuyo objeto específico y delito investigado esté definido, un cierto grado de conocimiento sobre él, la probabilidad de que nos hallemos frente a un hecho punible, y la necesidad de la medida para impedir su resultado, su aprovechamiento o las consecuencias ulteriores, o para asegurar elementos de prueba sobre la infracción, y la persona del autor o del partícipe en él. Es como consecuencia de ello que la decisión de emitir la orden debe ser fundada, y que la orden misma debe determinar concretamente su finalidad de modo preciso, constatando en

⁸ Mayer B.J, Julio. “Derecho Procesal Penal”. Tomo. I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto. 1999. Pág. 681.

ella, por ejemplo, los abonados telefónicos a interceptar y las personas afectadas con la diligencia reservada”⁹.

La ley reglamentaria de la interceptación de comunicaciones telefónicas es ordinariamente la que regula el procedimiento penal, pues es la interesada por el caso concreto y por la forma de averiguarlo, y en tal sentido instrumentaliza los medios de prueba y las formas coactivas auxiliares para hacerlos efectivos. No se descarta sin embargo la conveniencia de que una ley de carácter estatutario pudiera abordar en forma integral y conjunta la reglamentación de los requisitos, condiciones y límites de todas las diligencias restrictivas de derechos fundamentales en la investigación penal y disciplinaria, incluyendo desde luego la regulación de las escuchas telefónicas.

A efectos de reglamentar los estados de excepción, y concretamente la conmoción interna, se promulgó la ley estatutaria 137 de 1994, que dispone en el artículo 38: Facultades: durante el estado de conmoción interior el gobierno tendrá además la facultad para adoptar las siguientes medidas (...) e) disponer con orden de autoridad judicial competente la interceptación o registro de comunicaciones, con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la comisión de delitos.

“Cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, la autorización judicial previamente escrita podrá ser comunicada verbalmente.

El artículo 5 del decreto legislativo No 2002 de 2002, por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación, y que se fundamenta en la ley estatutaria antes mencionada, indicaba: “interceptación o registro de comunicaciones: en ejercicio de sus funciones, la fuerza pública, el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS; y aquellos organismos que cuenten con atribuciones permanentes de policía judicial, podrán disponer, previa autorización judicial, la interceptación o registro de comunicaciones, con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la comisión de delitos”.

Y reitera, de manera similar a la ley estatutaria en que se sustenta: “cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un

⁹ Ibidem, pág. 682.

derecho fundamental en grave e inminente peligro, bastará la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”. La autoridad judicial ante la cual se eleve la solicitud deberá evaluarla de manera preferente y decidir de manera inmediata la procedencia de la misma. En todo caso, la autorización no podrá tomar más de 24 horas”.

Agrega la cláusula: “la autorización judicial permitirá que las autoridades mencionadas intercepten, registren o graben, en cualquier medio tecnológico, todo tipo de comunicación, con el objetivo de buscar pruebas para fines judiciales o de prevenir la comisión de delitos.

La Corte Constitucional, en sentencia C-1024 del 26 de noviembre de 2003, con respecto a la citada norma, declaró inexecutable la expresión “la fuerza pública”; el resto del artículo se declaró ajustado a la Constitución, “en el entendido de que la interceptación o registro de las comunicaciones puede practicarse por los organismos que ostenten atribuciones permanentes de policía judicial, sólo cuando existan hechos externos e inequívocos dirigidos a la comisión de delitos relacionados con las causas probables de perturbación del orden público”.

Consideró la Corte que la expresión fuerza pública incluye no solo a la policía nacional sino también a las fuerzas militares, que por no ostentar funciones de policía judicial, carecen de vocación para ejecutar materialmente las interceptaciones ordenadas por autoridad judicial competente. Añade la sentencia: “para efectos de restringir el derecho al secreto de las comunicaciones mediante una interceptación telefónica, intervienen las tres ramas del poder público: el legislador que señala los casos y de acuerdo con qué formalidades procede la medida, el Juez, que ante la situación concreta no puede proceder sino cuando la situación fáctica se enmarca dentro de la legislación, y el ejecutor de la orden impartida por el Juez, que es una autoridad de policía judicial, perteneciente a entidades que pueden estar adscritas al poder ejecutivo, como la policía nacional”¹⁰.

¹⁰ Procuraduría General de la Nación. “Estados de Excepción”. Mayo de 2004. Pág. 578.

Capítulo Quinto

LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

La interceptación de comunicaciones telefónicas, como antes se indicó, es una diligencia investigativa que interfiere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que reconoce el artículo 15, numeral 3 de la Constitución Política, según el cual “las comunicaciones y demás formas de comunicación privadas son inviolables y únicamente pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial¹, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”.

Se considera por tanto una diligencia reservada, en un doble sentido: porque únicamente la autoridad judicial (fiscales, jueces y procurador general en ejercicio de facultades jurisdiccionales), con apoyo en el principio de proporcionalidad, ostenta facultades para decretarla u ordenarla, y de otro lado, porque no se notifica a los sujetos procesales, cuando el funcionario que la dispone considera que ello interfiere en la búsqueda de la información, que a través de este medio se pretende, para efectos de aclarar la comisión de una conducta delictiva o falta disciplinaria. Su ejecución por tanto restringe, igualmente, y de manera legítima el derecho de defensa, que como todo derecho no ostenta carácter absoluto.

¹ En la Constitución de 1886, para llevar a cabo diligencias reservadas, no se requería orden de autoridad judicial, sino de autoridad competente. El artículo 38 *ibidem* indicaba: “la correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados y registrados, sino por la autoridad, mediante orden del funcionario competente”. En Rodríguez, Orlando Alfonso. Ob. cit. Pág. 239.

“Esencialmente la operación técnica de la interceptación y grabación de comunicaciones es un asunto deferido a los funcionarios de policía judicial, especialmente a aquellos que forman parte de la llamada ‘inteligencia técnica’, que utiliza medios electrónicos y cibernéticos para la recepción, ubicación y grabación, las cuales se trasladan al expediente. En muchos casos las grabaciones contienen asuntos puramente privados y ajenos por completo a los hechos objeto de la investigación, razón por la cual ellos no deben ser incorporados al proceso”².

“La Constitución, al reconocer la inviolabilidad de la correspondencia y cualquier forma de comunicación privada, no restringe la protección a las comunicaciones telefónicas, de manera que la injerencia tendrá los mismos requisitos cualquiera sea el modelo de comunicación, incluidas las técnicas de interceptación modernas, distintas a las que utilizan el espectro electromagnético”³.

Tanto la ley 600 de 2000 como la 906 de 2004, Códigos de Procedimiento Penal que actualmente se aplican de manera simultánea en virtud de la implementación gradual del sistema acusatorio, a la luz del artículo 15, numeral 3 de la Carta Política, regulan, en forma genérica, los presupuestos y formalidades para que proceda la interceptación de comunicaciones telefónicas.

1. En la ley 600 de 2000 y Códigos procesales anteriores. Insuficiencia de la regulación y déficit de garantías

En la ley 600 de 2000 (art. 301), las interceptaciones de comunicaciones se encuentran previstas como una providencia reservada que no se dará a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir el

² Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. Ob. cit. Pág. 165. Agrega el mismo doctrinante: “el funcionario de policía judicial debe estar muy atento al contenido de los mensajes, y debe someter estos al proceso de información. El mundo de la delincuencia, por regla general, usa lenguajes cifrados, en los que de manera precisa no se señala el nombre, un objeto o una actividad puntual, sino que se utilizan claves para referirse a ellos. Aquí se impone cierta habilidad y destreza en la interpretación de los mensajes, pues en muchas ocasiones las interceptaciones han facilitado, por una valoración adecuada, disponer de procedimientos para encontrar situaciones de flagrancia, y por ende pruebas.

³ *Ibidem*, pág. 368.

desarrollo de la respectiva investigación –que es lo que ocurre de ordinario– y que debe ser decretada siempre por funcionario judicial, quien por esta vía podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiofónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban, y se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizar la misma dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la orden.

Adicionalmente, la disposición procesal que reglamenta el tema señala que “cuando se trate de interceptación telefónica ordenada durante la etapa de investigación, debe ser remitida dentro de las 24 horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías. En todo caso, la diligencia deberá fundamentarse por escrito, y las personas que participen en ella se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor. Por otro lado, el funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación, y tales grabaciones se trasladarán al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario” (artículo 301 del C.P.P.-Ley 600 de 2000).

Como puede observarse sin mayor esfuerzo, la regulación de las escuchas telefónicas, como diligencia investigativa en la ley 600 de 2000 es genérica, indeterminada, insuficiente, y ofrece por tanto garantías muy escasas. Se limita a indicar que la diligencia debe ser acordada por funcionario judicial, quien con objeto de buscar pruebas podrá ordenar que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas y similares que se hagan o reciban, las que serán aducidas al proceso, a condición de que se relacionen con el tema de prueba que en el mismo sea objeto de debate. Como previsiones adicionales, la preceptiva dispone que las empresas encargadas de la operación técnica están obligadas a ejecutar la orden de interceptación dentro de las 48 horas siguientes al momento de su recibo, y deberán guardar la debida reserva, al igual que todos los funcionarios que tengan conocimiento de esta diligencia reservada, a fin de asegurar la eficacia de la misma.

Se establece un control por parte de la Dirección Nacional de Fiscalías, donde deberá enviarse la orden de interceptación dentro de las 24 horas si-

guientes a la emisión de la misma, cuando esta se ordene en el curso de la investigación. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que durante la investigación previa opera el mismo control de la Dirección Nacional de Fiscalías, pues se pretende que este opere sobre la decisión restrictiva del secreto de las comunicaciones que adopte el Fiscal en la fase de indagación o investigación formal, teniendo en cuenta la gravedad y magnitud de esta injerencia sobre los derechos fundamentales del implicado.

De acuerdo con sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de marzo de 2000, cuyo ponente fue el Magistrado Doctor Jorge Córdoba Poveda, “la norma señala que las interceptaciones que ordene el Fiscal durante la ‘investigación’ deben ser aprobadas por el Director Nacional de Fiscalías, lo cual no significa, a juicio de la Sala de Casación Penal de la Corte, que las decretadas en la investigación previa no requieran dicho aval como requisito de validez de la diligencia reservada. Anota que la discriminación se hace es en razón de la actividad funcional y por etapas del proceso penal, pues si la interceptación se llegare a ordenar en la etapa del juicio, obviamente bastaría la orden motivada y por escrito del Juez, sin necesidad de la intervención del Director Nacional de Fiscalías, pues este no tiene autoridad sobre los jueces.

Conforme a lo anterior, en la etapa de investigación previa también se precisa autorización del Director Nacional de Fiscalías para proceder a la interceptación de comunicaciones telefónicas, pues tal control funcional y jerárquico es incluso más importante en esta etapa, cuando apenas se ventilan imputaciones y sospechas, y porque sería preciso proteger con mayor rigor los derechos fundamentales de las personas involucradas”.

La norma establece, en tal sentido, un control de legalidad a cargo de la Dirección Nacional de Fiscalías, frente a las interceptaciones telefónicas ordenadas por los Fiscales durante la indagación o investigación previa. Diferente era la situación del contexto del Decreto 2700 de 1991, pues bajo tal normatividad procesal, la primera que se expidió en vigencia de la Constitución de 1991, la Dirección Nacional de Fiscalías ostentaba un control más amplio con respecto a las interceptaciones que pretendían decretar los fiscales, como quiera que materialmente la autorización o aprobación de la diligencia estaba supeditada al aval de dicha oficina.

Así, el artículo 351 del Decreto 2700/91, con relación a la interceptación de las comunicaciones telefónicas, disponía lo siguiente:

“El funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. Cuando se trate de interceptación durante la etapa de investigación, la decisión debe ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías. En todo caso la decisión deberá fundamentarse por escrito y las personas que participen en las diligencias se obligan a guardar la debida reserva. El funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la conversación telefónica llevada al proceso de grabación. Tales grabaciones se trasladarán al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario”.

En el mismo sentido, el artículo 47 del Decreto 2699 de 1991, que otorga carácter permanente a las normas sobre justicia de orden público, disponía que la interceptación de comunicaciones telefónicas debía realizarse previa autorización del Director Nacional de Fiscalías. En sentencia del 22 de octubre de 1996 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la mencionada disposición dijo: “lo que pretende la citada norma es que en tratándose de intervención judicial en la intimidad de las personas, al menos dos funcionarios intervengan en la decisión, a efectos de garantizar la debida utilización de tal medida. Esto es, que cuando la iniciativa surja de la policía judicial, sea el Fiscal a cargo del asunto quien lo autorice. Y que cuando sea el propio fiscal quien exponga en su decisión la necesidad de acudir a este mecanismo con miras a obtener pruebas que sirvan a los propósitos de los procesos que adelanta, sea la Dirección Nacional de Fiscalías la que imparta la autorización”.

Finalmente, la norma que regula las interceptaciones telefónicas en la ley 600 de 2000 prohíbe que se intervengan las comunicaciones entre el procesado y su defensor, y dispone finalmente que las autoridades de policía judicial, en colaboración con el funcionario judicial a cargo del proceso, deben adoptar las medidas orientadas a identificar las personas que intervengan en las conversaciones interceptadas.

En tal orden de ideas, fluye con claridad la insuficiencia y escasas garantías que ofrece una regulación de las escuchas que no dispone, en primer térmi-

no, que la orden judicial donde se ordene la medida deberá sustentarse con un juicio fáctico, es decir, en motivos fundados o indicios serios de los que pueda inferirse de manera razonable que a través de las líneas y abonados telefónicos que serán intervenidos, se llevan a cabo interacciones verbales que permitirán obtener pruebas de un delito específico que se está investigando, y con respecto a una persona concreta cuya conducta se indaga en desarrollo de las pesquisas. Tampoco se exige al juez una motivación jurídica de la diligencia con base en el principio de proporcionalidad, y concretamente de los subprincipios de idoneidad de la medida, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La ley 600 de 2000 se limita a disponer que la diligencia de interceptación debe ser ordenada por escrito, pero no precisa las exigencias de orden fáctico y jurídico que configuran una correcta y garantista motivación de la medida restrictiva del derecho fundamental. No se indica, por ejemplo, que sólo procede en investigaciones por delitos de especial gravedad, luego en principio el Fiscal ostenta discrecionalidad en punto del tema relativo a la proporcionalidad en sentido estricto.

Tan genérica resulta la regulación de esta diligencia en la ley 600 de 2000, que no prevé como presupuesto de legalidad de la injerencia, que el Fiscal señale en la providencia que la ordena, las especificaciones concretas. La primera referencia imprescindible es la delictiva, que busca concretar el hecho delictivo que será materia de investigación. Es decir, la autorización Judicial se otorga para determinar si se ha cometido un hecho delictivo concreto, y sobre tal hecho ha de centrarse la intervención telefónica. Así las cosas, “no es posible decretar una intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, con lo cual se prohíben las interceptaciones exploratorias, predelictuales o de prospección, y en tal sentido, no es razonable extender para ello una autorización en blanco”. La ley 600 de 2000, por lo genérico de la regulación del tema, constituye una normatividad que implica un riesgo cierto para los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues al amparo de la misma, y ante la indeterminación de sus postulados, podrían eventualmente ser auspiciadas interceptaciones de carácter exploratorio.

En segundo término, es preciso también que se determine en la resolución judicial, y en la medida de lo posible, cuál es la persona o personas sobre las que recae la investigación delictiva a través de las escuchas telefónicas (Espe-

cificación Personal)⁴; ello para evitar la afectación en derechos fundamentales de terceros ajenos a la investigación, quienes podrían resultar lesionados en sus libertades, y concretamente en su intimidad, ante la ausencia de una especificación personal de la diligencia reservada.

En tercer lugar, la autorización del juez debe especificar los números de teléfono sobre los que se realizará la interceptación Policial. Una intervención sobre un número distinto del autorizado provoca la nulidad e ineficacia probatoria de tal intervención.

La cuarta especificación es la relativa a la temporalidad o Plazos, esto es, a la limitación temporal de la medida de interceptación, que no podrá aplicarse en forma indefinida o excesiva, lo que implica la periódica dación de cuenta al instructor de los hallazgos efectuados por la policía judicial. La ley 600 de 2000 ni siquiera le señala al Fiscal el plazo máximo en que podrá ordenar dicha medida, con lo cual le confiere una facultad discrecional para ordenarla por el lapso que estime conveniente, lo que implica un déficit de garantías.

Para abundar en deficiencias, tampoco aparecen en la ley 600 de 2000 directrices y pautas relacionadas con la etapa de audición, transcripción y selección de las grabaciones que serán allegadas al expediente, y en tal sentido, no es posible conocer con certeza si tales actividades corresponden a la policía judicial, al Fiscal, a ambos, quien es el funcionario encargado de certificar sobre la autenticidad de las cintas objeto de transcripción, y qué facultades ostenten el procesado y su defensor en esta fase de tan vital importancia para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa. En la práctica, bajo la vigencia de la ley 600 de 2000, esta etapa ha sido desarrollada por los organismos de policía judicial comisionados por el fiscal para llevar a cabo materialmente las escuchas, quienes adicionalmente realizan la audición, selección de lo que estiman relevante para efectos procesales y las transcripciones pertinentes, sin participación del imputado o procesado, y sin controles de la autoridad judicial,

⁴ Al respecto señala Queralt, Joan Joseph: “la constatación sobre la ausencia de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada, junto al carácter esencial de la misma para adoptar la resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones privadas, determina la prohibición constitucional de valoración de tal prueba, y de cuantas se deriven directa o indirectamente de las, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones”. Ob. cit. Pág. 213.

lo que ha implicado una vulneración palmaria del debido proceso probatorio, y una limitación concreta e irrazonable al principio de contradicción probatoria.

Tampoco la ley 600 de 2000 indica en su precaria regulación del tema, qué destino deben tener las cintas sin relevancia alguna para fines procesales, ni quién es el funcionario que ostenta facultades para la destrucción de las mismas o para su conservación temporal, bajo las normas de cadena de custodia.

Así pues, dicha normatividad no ofrece las garantías mínimas que exigen los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, en orden a proteger el secreto de las comunicaciones, cuando es afectado a través de la interceptación de comunicaciones telefónicas en la investigación penal o disciplinaria.

En este punto resulta pertinente destacar que los diversos tratados internacionales donde los Estados se comprometen al reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos establecen unos estándares o requisitos mínimos para la injerencia legítima de las autoridades públicas sobre los mismos; presupuestos que como es apenas obvio, la ley 600 de 2000 no satisface en materia de interceptación de comunicaciones telefónicas.

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha condenado al Estado Español en dos ocasiones, por la insuficiencia en las garantías que otorga la normatividad reguladora de las escuchas telefónicas en ese país. Ello ocurrió en los casos “Valenzuela Contreras contra España” y “Prado Bugallo contra España”, decididos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante sentencias del 30 de julio de 1998 y 18 de febrero de 2003, respectivamente”.⁵

En el fallo sobre el caso Valenzuela Contreras contra España, el TEDH señaló que la regulación de las escuchas telefónicas es precaria en la ley de enjuiciamiento criminal de España, pues “no incluye garantías referidas a la categoría de personas susceptibles de ser puesta bajo escucha judicial, la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a la orden judicial, la fijación de un límite de duración de la medida restrictiva, el procedimiento para elaborar los informes resumidos que contengan las conversaciones interceptadas, y la utilización y destrucción de las grabaciones realizadas”⁶.

⁵ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1185.

⁶ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1186.

Sobre la ley regulatoria de la interceptación de comunicaciones telefónicas, concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el derecho interno deben figurar en detalle las garantías al respecto, con toda la precisión que ameritan los asuntos relativos a las injerencias graves en los derechos fundamentales. La ley por tanto, en estas materias, “debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos los ciudadanos de manera adecuada, en qué circunstancias y en qué condiciones las autoridades públicas están habilitadas para hacer uso de esta medida secreta y potencialmente peligrosa, que interfiere el derecho al respeto a la vida privada y al secreto de las comunicaciones”⁷.

En el segundo caso (Prado Bugallo contra España) el TEDH señaló que “la vigilancia de las comunicaciones telefónicas no puede acordarse sino por decisión motivada del Juez, siempre que existan indicios que permitan pensar que se podría obtener por ese medio el descubrimiento o la comprobación de hechos o circunstancias importantes para el procedimiento. Estas mismas garantías deben rodear las decisiones de prórroga de la medida de vigilancia. En lo que se refiere a las transcripciones de las conversaciones grabadas, deben tener lugar bajo el control del Secretario.

El Tribunal consideró, en este caso, igualmente, que la legislación Española al respecto no incluye las garantías mínimas para evitar abusos. En concreto, las falencias se centran en la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a escucha, la fijación de un límite de duración de la medida y las condiciones de establecimiento de los procesos verbales de consignación de las conversaciones interceptadas, tarea que se deja a la responsabilidad del Secretario. Estas deficiencias se refieren, de igual manera, a las precauciones necesarias para plasmar las grabaciones realizadas de forma completa e intacta, a los fines de un eventual control por el Juez y por la defensa. La ley no contiene ninguna disposición al respecto”⁸.

Incluso el Tribunal Constitucional Español ha reconocido, luego de los dos pronunciamientos del TEDH, que efectivamente existe un problema de insuficiencia de la ley. En sentencia del 23 de octubre de 2003, el Tribunal Constitucional Español reconoce que la regulación legal de las escuchas tele-

⁷ Ibidem, pág. 1186.

⁸ Ibidem, pág. 1190.

fónicas adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre el tema señaló: “Resulta ostensible la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones telefónicas, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se puedan acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación puedan acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación de los atestados y conversaciones intervenidas al proceso. Por ello, el artículo 579 de la ley de enjuiciamiento criminal que regula el asunto, no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas”⁹.

Y agrega el Tribunal Constitucional Español en el mismo fallo: “la ley procesal que regula las escuchas telefónicas solo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de comunicaciones de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquellas se comunican.

Así, concluye, “en el caso concreto no existía una norma de cobertura específica, no sólo por las insuficiencias ya expuestas, sino porque los recurrentes en amparo no son ni los titulares ni los usuarios habituales de ninguna de las líneas de teléfono intervenidas, sino personas con quienes se pusieron en contacto telefónico aquellos cuyos abonados telefónicos estaban intervenidos, siendo dichas conversaciones utilizadas como prueba en el proceso, al ser introducidas al mismo mediante la escucha directa de las cintas en las que se grabaron. Es decir, se afectó su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sin que la norma procesal habilite expresamente dicha injerencia en el derecho de terceros, inicialmente ajenos al proceso penal”¹⁰.

⁹ Ibidem, pág. 1193.

¹⁰ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1194.

Las deficiencias de regulación que aparecen referidas a la legislación procesal penal española son también predicables, además de las arriba anotadas, al régimen de escuchas telefónicas de la ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal Colombiano), sustituido por la ley 906 de 2004, que empieza a regir integralmente el 1 de enero de 2008. En el nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el principio acusatorio, se avanza en una regulación más adecuada de la intervención de comunicaciones telefónicas como acto de investigación en el proceso penal, aunque subsisten importantes falencias que conducen a que siga existiendo un déficit de garantías en este punto.

2. La ley 906 de 2004. Análisis

La ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que se viene aplicando gradualmente en varios departamentos, y que regirá de manera integral a partir del 1 de enero de 2008, regula las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y similares, en los siguientes términos: “el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas o similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tenga interés para los fines de la investigación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden”.

En todo caso, agrega la norma, “la providencia deberá fundamentarse por escrito, y las personas que en ella intervengan se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, y la orden para la práctica de estas diligencias mantendrá vigencia por un término máximo de tres meses, que podrá prorrogarse hasta por otro tanto, si a juicio del fiscal subsisten los motivos fundados que la originaron”. (Art. 235 de la ley 906 de 2004).

Es evidente, como de manera acertada lo destaca el tratadista Óscar Julián Guerrero, que la regulación del tema muestra ostensibles vacíos que podrían conducir a la existencia de márgenes de discrecionalidad judicial, inaceptables en materia de actividades investigativas que interfieren los derechos funda-

mentales. Por ejemplo, “la norma no impone límites respecto a los sujetos que pueden ser afectados con la interceptación, lo que implicaría que el fiscal estaría autorizado para realizar una captación indiscriminada. Tampoco exige que para proceder a la medida deban existir, como presupuesto de habilitación, motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos dispuestos en el código, lo que permitiría al fiscal actuar intuitivamente para ordenar la captación de comunicaciones privadas. Y para completar la carencia de reglamentación sobre el tema, la norma procesal tampoco determina lo relativo a la ejecución material de la injerencia, sobre todo en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de terceros que no estén investigados o procesados, y que sufran perjuicio en razón de tal forma de intervención”¹¹.

Ante tales carencias, según el citado autor, es necesario recurrir a la normativa internacional para encontrar la interpretación más adecuada a los derechos fundamentales a la intimidad y secreto de las comunicaciones en Colombia, teniendo en cuenta las exigencias del artículo 93 y el llamado de la misma disposición a interpretar los derechos conforme a la normativa de los derechos humanos.

Así las cosas, a la luz de las previsiones que sobre el tema aparecen en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹², y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la restricción del derecho de las comunicaciones y de la intimidad, en el derecho penal, debería cumplir por lo menos, de acuerdo con los estándares internacionales, los siguientes requisitos:

“1. Para autorizar una injerencia estatal en el secreto de las comunicaciones debe existir orden de autoridad judicial competente, indicios reales que permitan colegir que efectivamente se está investigando un hecho punible, es decir, motivos fundados que permitan emitir un juicio fáctico sobre la necesidad de ordenar la medida restrictiva en el caso concreto. En tal sentido, no se permiten las vigilancias exploratorias para corroborar intuiciones policiales.

¹¹ Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit. Pág. 368.

¹² El artículo 11, numerales 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o ataques”. El artículo 30 del pacto se refiere a esta garantía en similares términos.

2. Los hechos punibles investigados deben ser de alguna entidad grave, lo cual guarda armonía con la intensidad que esta injerencia representa para los derechos fundamentales en juego; esto, en el marco del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

3. Deben establecerse las categorías de las personas que puedan ser expuestas a la intervención de sus comunicaciones, para efectos de evitar las restricciones del derecho a la intimidad de personas ajenas al proceso penal. En todo caso, la información privada que se obtenga de individuos ajenos al proceso penal y que carezca de relevancia para los fines de la actuación no será anexada al expediente.

4. La medida debe estar sometida a una limitación temporal, que en el Código de Procedimiento Penal vigente es de tres meses, prorrogable hasta otro tanto, mientras que en la ley 600 de 2000 no se establecía ningún límite para la diligencia.

5. Debe estar sometida a control judicial sobre la expedición de la orden, la ejecución de la misma y los hallazgos probatorios encontrados.

6. Debe establecerse un procedimiento para documentar la comunicación intervenida, es decir, en la etapa de revisión y transcripción del material grabado, a fin de evitar que la evidencia física pueda ser alterada, manipulada, que se edite, y se produzca la ruptura de la autenticidad del elemento material de prueba y de la cadena de custodia. La defensa, por tanto, debe tener la posibilidad de revisar todas las grabaciones, a efectos del contradictorio.

7. Finalmente debe establecerse un procedimiento de destrucción del material grabado que carezca de relevancia para la investigación concreta, a efectos de proteger por esta vía el derecho a la intimidad de terceros cuyas conversaciones aparezcan grabadas, pero que no se encuentren vinculados a la respectiva investigación¹³.

Así pues, en el derecho procesal penal colombiano son tres los presupuestos de la injerencia en el secreto de las comunicaciones: la orden judicial, reserva legal para los casos de intervención, y formalidades legalmente previstas.

¹³ Los presupuestos, requisitos y límites que de acuerdo con la normativa internacional deben ser objeto de regulación en la ley procesal penal, frente al tema de la interceptación de comunicaciones telefónicas, aparecen desarrollados en la obra del Profesor Óscar Julián Guerrero Peralta. “Fundamentos Teóricos Constitucionales del Nuevo Sistema Penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición actualizada. 2007. Págs. 370 a 372.

En punto de la reserva judicial, la Fiscalía sigue haciendo parte de la rama judicial, y por tanto ostenta facultades para ordenar la interceptación de comunicaciones como diligencia investigativa, con base en motivos fundados, y sometida tal decisión al examen del juez de control de garantías, “quien deberá determinar si se trata de una injerencia legítima o ilegítima, por ejemplo, de un caso de indagación exploratoria” desligada de un hecho delictivo concreto”¹⁴. “El Juez de control de Garantías, según el art. 237 del C.P.P., debe revisar la legalidad de lo actuado con respecto a la interceptación de comunicaciones telefónicas que ha ordenado el Fiscal. El control cobija tanto los fundamentos de la expedición de la orden, como la ejecución material sobre los hallazgos encontrados con potencialidad de incriminación”¹⁵.

La reserva legal se satisface con la regulación que aparece prevista en el Código de Procedimiento Penal, donde se indica que la actividad probatoria orientada a la investigación de los delitos implica en algunas ocasiones la necesidad de ordenar diligencias, que como la interceptación de líneas y abonados telefónicos, interfieren el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Como formalidades y presupuestos de intervención se destacan los siguientes: “La orden de injerencia sobre el derecho fundamental deberá determinar claramente el objeto de la misma, es decir, la necesidad de obtener por esta vía elementos materiales probatorios y evidencia física. El fiscal, por otra parte, debe tener motivos fundados que indiquen que la línea telefónica intervenida es la habitual a donde llama el presunto autor del delito, o porque corresponde a la persona con la cual el investigado racionalmente entablaría comunicación. Es en tal sentido que se prohíben las interceptaciones “exploratorias””¹⁶.

Así mismo, la persona sobre la que recae la intervención debe estar determinada, en el sentido de que está investigada penalmente. Los no investigados que actúan como interlocutores involuntarios del posible acusado también pueden resultar afectados en su intimidad, como por ejemplo en los casos de una intervención telefónica correspondiente a un inquilinato de habitación

¹⁴ Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit. Pág. 372.

¹⁵ Ibidem, pág. 377.

¹⁶ Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit. Pág. 374.

donde vive un interlocutor del investigado que comparte el teléfono con otras familias. En este punto, quienes realizan el seguimiento material de las conversaciones deben excluir las que no guarden relación alguna con la indagación penal, tanto en la etapa de las escuchas como en punto de las transcripciones, pues solo serán allegadas a la actuación los registros y hallazgos relacionados con el tema de prueba.

Capítulo Sexto

LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

La interceptación de comunicaciones telefónicas es una diligencia que interfiere y afecta el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y en consecuencia está sujeta a reserva judicial. Es decir, como no tiene la categoría de derecho absoluto, es posible limitarla para efectos de la actividad investigativa, en algunos supuestos concretos, a fin de armonizar su ejercicio con las garantías de los intereses generales cuya efectividad se procura como finalidad en el trámite de un proceso penal o disciplinario. Las constituciones políticas, y entre ellas la colombiana, declaran que “la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo podrán ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley” (art. 15, numeral 3 de la Constitución colombiana).

La práctica de la interceptación de comunicaciones telefónicas en el curso del proceso disciplinario, al igual que todas las diligencias reservadas, se rige por las normas que al efecto prevé el Código de Procedimiento Penal, a la luz del artículo 130 numeral 3 del CDU, que indica: “los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”. Las diligencias investigativas que implican restricción de derechos fundamentales del investigado, como la intervención de comunicaciones telefónicas, están reguladas en el Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia, tales normas se aplican por integración al proceso disciplinario, de acuerdo con la disposición legal antes mencionada.

1. El artículo 116, numeral 3 de la Constitución Política. Alcance y contenido

A la luz del artículo 116, numeral 3 de la Constitución Política de Colombia, “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

La citada disposición Constitucional está sistemáticamente ubicada en el capítulo que regula la estructura del Estado, y en particular, donde se enumeran los órganos que administran justicia. De conformidad con el señalado contexto, además de las altas cortes, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, Jueces, la Justicia Penal Militar y el Congreso, que ejerce determinadas funciones judiciales, algunas autoridades administrativas podrán ser destinatarias de funciones jurisdiccionales en materias precisas y en virtud de la ley.

Es de anotar que con respecto al tema bajo estudio, el legislador y la Corte Constitucional han entendido que las “facultades jurisdiccionales conferidas al Procurador General”, lo dotan de competencias para ordenar diligencias y pruebas que limiten derechos fundamentales.

En la misma línea, y como respaldo al argumento planteado, cabe anotar que cuando se sostiene que el Fiscal General de la Nación está investido de facultades jurisdiccionales para la investigación de los delitos, ello no significa nada distinto a que tiene asignadas competencias constitucionales y legales para ordenar la práctica de pruebas y actuaciones que están sujetas a reserva judicial, tales como los allanamientos y registros domiciliarios, la interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, labores encubiertas, capturas, etc., en todas las cuales se sacrifica un derecho fundamental, tras un juicio de ponderación que determina la prevalencia, para el caso específico, del interés público en la persecución y sanción de las conductas delictivas, interés que ha entrado en colisión con los derechos que resultan finalmente afectados (intimidad, inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, entre otros)¹.

¹ Los artículos 12 y 13 de la ley 270 de 1996 regulan lo atinente al ejercicio de la función jurisdiccional por la rama judicial, y en el numeral 3 del artículo 12 indica que “el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal y los Fiscales Delegados ante las distintas jerarquías judiciales del orden penal, ejercen las

De esta manera, tanto la ley 200 de 1995 como la ley 734 de 2002 confieren facultades jurisdiccionales al Procurador General (autoridad administrativa), para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, lo cual habilita al Jefe del Ministerio Público para ordenar en algunos eventos a la Policía Judicial Disciplinaria la práctica de diligencias que restringen libertades de los investigados, pues en virtud de la ley, reemplaza materialmente al Juez en ese evento específico, es decir, al funcionario que en principio tiene la reserva para autorizar tales medidas. Así lo ha entendido también la Corte Constitucional en la sentencia C-244 de 30 de mayo de 1996.

2. Desarrollo legal mediante los artículos 135 de la ley 200 de 1995 y 148, numeral 3 de la ley 734 de 2002

En atención a que la Carta Política condiciona el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de autoridades administrativas a la existencia de una ley (artículo 116, numeral 3) que la autorice en materias precisas, el Código Disciplinario Único de 1995 (Ley 200) dispone en su artículo 135 que “el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial que la Constitución le confiere”.

Agrega el texto que en desarrollo de sus funciones jurisdiccionales “podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar y/o en la investigación disciplinaria que adelanten los funcionarios competentes de la Procuraduría General de la Nación”.

No cabe duda entonces de que las facultades jurisdiccionales del Procurador serán ejercidas en el marco de los procesos disciplinarios, como recurso valioso para la búsqueda, recaudo y aseguramiento de

funciones jurisdiccionales que determine la ley”. El artículo 13, por su lado, indica que también ejercen funciones jurisdiccionales el Congreso de la República, los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, “y las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal”.

la prueba, cuando resulte indispensable que la Policía Judicial Disciplinaria practique pruebas y diligencias sujetas por la Constitución o la ley a reserva judicial, esto es, las que implican afectación de los derechos fundamentales del investigado.

La ley 200 de 1995 otorgó a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación facultades para ejercer funciones de Policía Judicial en desarrollo de los procesos disciplinarios, cuando estas resultaren necesarias y conducentes, con lo cual la titularidad de esta función no se encontraba legalmente circunscrita a una dependencia específica de la Procuraduría, aunque la ley 201 del mismo año hiciera referencia a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales como la unidad que desarrollaba tales actividades, justamente porque su estructura fue creada para tales efectos.

No obstante lo anterior, las facultades jurisdiccionales sí estaban referidas única y exclusivamente a la figura del Procurador General, cuyas facultades y poderes para dictar las providencias que dispongan el aseguramiento de la prueba mediante diligencias restrictivas de derechos fundamentales son por esencia indelegables.

Este punto es aún más diáfano en la regulación de la Policía Judicial Disciplinaria contenida en la ley 734 de 2002, donde las funciones objeto de estudio no podrán ser ejercidas por cualquier funcionario del Ministerio Público en virtud de la ley, sino con arreglo en la delegación que para tal efecto reciban del Procurador General de la Nación o del Director Nacional de Investigaciones Especiales, únicos funcionarios a quienes la ley 734 de 2002 otorga la titularidad de dichas funciones. (artículo 148, numerales 1 y 2, ley 734 de 2002).

Quien hubiere sido delegado, anota la referida disposición legal, “podrá proferir las decisiones que se requieran para el aseguramiento y práctica de pruebas dentro del proceso disciplinario, con lo cual no cabe duda de que el escenario para la aplicación de las mismas es la actuación que tiene como objetivo el control disciplinario de las conductas de los servidores públicos, y no un proceso de carácter penal.

Con respecto a las funciones jurisdiccionales para el ejercicio de las atribuciones de Policía Judicial, el artículo 148, numeral 3 de la ley

734 de 2002, se las confiere al Procurador General, en los mismos términos y condiciones en que aparecía regulado el tema en la ley 200 de 1995, es decir, como facultad indelegable que le habilita para decretar y ordenar a la Policía Judicial Disciplinaria la práctica de medios probatorios que comporten afectación de libertades, a través de providencias destinadas al cumplimiento de los fines del proceso disciplinario.

Así pues, en síntesis, las facultades de Policía Judicial Disciplinaria que la ley otorga a la Procuraduría General solo podrán ser ejercidas a la luz del Código Disciplinario vigente, con apoyo en la delegación que el Jefe del Ministerio Público confiera a cualquier funcionario en casos especiales. El Director Nacional de Investigaciones Especiales, también titular de la función, podrá igualmente delegar el ejercicio de ella en funcionarios de su dependencia. Las atribuciones jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, en cambio, no son delegables, y es el Procurador quien de manera directa y exclusiva debe adoptar las providencias en tal sentido, comisionando simplemente a la Policía Judicial científica de la Dirección de Investigaciones Especiales, para el cumplimiento de las diligencias reservadas que se decreten u ordenen al amparo de dichas atribuciones.

En consecuencia, para la práctica de aquellas diligencias que tengan carácter reservado y puedan atentar contra los derechos de los ciudadanos, debe solicitarse la autorización expresa del Procurador General, ya que requieren orden judicial expresa para su realización. Todo en razón a que en materia disciplinaria, las menciones a “funcionarios” y “órdenes judiciales” que se hagan en las normas del Código de Procedimiento Penal que regulan las actuaciones de la Policía Judicial deben ser interpretadas como referidas al Procurador General, en razón de su cargo e investidura.

En otros términos, todas aquellas diligencias de carácter reservado que puedan atentar contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en especial contra su derecho a la intimidad (allanamiento, registro, retención de correspondencia postal o telegráfica, interceptación de comunicaciones, seguimiento pasivo y labores encubiertas), que se lleven a cabo en el marco del proceso disciplinario, y en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales concedidas al Procurador General

de la Nación para el aseguramiento y práctica de pruebas, deberán ser ordenadas y decretadas expresamente y de manera exclusiva por el jefe del Ministerio Público, ya que requieren orden judicial expresa para su realización, y es una competencia indelegable.

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que respalda la facultad del Procurador para decretar interceptaciones telefónicas en el proceso disciplinario

Las atribuciones jurisdiccionales concedidas al Procurador General en la ley 200 de 1995, artículo 135, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, con Ponencia del Magistrado doctor Carlos Gaviria Díaz.

Sobre el particular sostuvo la Corte: “Como para el aseguramiento de las pruebas en procesos disciplinarios se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le hayan atribuido a la Procuraduría en la norma que es objeto de acusación (artículo 135 de la ley 200 de 1995) funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del estatuto superior, que prescribe: “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”; requisitos que se cumplen en el caso que se examina, pues la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria”.

Considera la Corte que “es importante advertir al Procurador General de la Nación y a los demás funcionarios de esta entidad que en ejercicio de las funciones a que alude la norma demandada deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, haciendo uso de las funciones de Policía Judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios, para asegurar o practicar las pruebas. La arbitrariedad y el mal uso, por parte de tales funcionarios, de dichas atribuciones, les acarrearán las sanciones penales y disciplinarias establecidas para estos casos”:

Así pues, la norma que permite al Procurador el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales se considera compatible con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia, que reconocen derechos humanos y prohíben limitarlos en el marco de los estados de excepción, pues al definir la constitucionalidad del artículo 135 de la ley 200 de 1995, la Corte confrontó el texto con la totalidad de los artículos que integran el estatuto superior y con la totalidad de las normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato (tratados internacionales que cumplen los requisitos antes mencionados, esto es, que reconozcan derechos humanos y prohíban limitarlos en los estados de excepción) y con las leyes estatutarias que regulan materias similares, encontrando que la disposición bajo estudio guarda armonía con la totalidad de normas que integran tal concepto.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha considerado igualmente que las facultades jurisdiccionales del Procurador General guardan pleno fundamento constitucional. Frente a una queja donde se aducía supuesta arbitrariedad del Procurador, e infracción del derecho fundamental a la intimidad, por ordenar la interceptación de abonados telefónicos en el marco de una indagación disciplinaria, el Consejo de Estado, al disponer el archivo del asunto, señaló mediante providencia del 29 de abril de 2005²:

² Radicación 11001031500020040121200, Consejero Ponente: Dr Germán Rodríguez Villamizar.

“En materia disciplinaria, el artículo 148 de la ley 734 asignó a la Procuraduría General de la Nación atribuciones de Policía Judicial. Esta norma corresponde exactamente al mismo texto del artículo 135 de la ley 200 de 1995, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-244 de 1996.

Luego de transcribir la parte sustancial del fallo de la Corte Constitucional antes mencionado (C-244 de 1996), el cual fue objeto de análisis en este capítulo, la Corporación concluye que ‘al contar la Procuraduría con atribuciones de policía judicial que le permiten, entre otras medidas, disponer la interceptación de llamadas, y al no observarse con las pruebas allegadas que en los casos en los que se ordenó, se hubiera incurrido en arbitrariedad o mal uso de la información recolectada como consecuencia de la interceptación de líneas telefónicas, las que, por lo demás, fueron autorizadas por el Procurador General de la Nación y ordenadas dentro de indagaciones preliminares adelantadas por violación al régimen contractual, con el fin de asegurar y practicar pruebas, no se vislumbra la ocurrencia de ningún hecho sancionable disciplinariamente’.

Recientemente una ciudadana demandó ante la Corte Constitucional la inexequibilidad del artículo 148, inciso final de la ley 734 de 2002, donde se confieren facultades jurisdiccionales al Procurador General de la Nación, para el aseguramiento y práctica de pruebas, en el contexto de los procesos disciplinarios que tramita la entidad. (Expediente No. D-5692).

A través de la sentencia C-1121 del 1º de noviembre de 2005, y con ponencia del magistrado doctor Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional considera que en torno al tema objeto de estudio operó el fenómeno de la cosa juzgada material, ya que el asunto fue decidido de fondo por la misma Corporación judicial, mediante el fallo C-244 de 1996, explicado en precedencia.

Según la Corte, la demandante estima que el inciso final del artículo 148 de la Ley 734 de 2002 es contrario a la Constitución porque le otorga facultades jurisdiccionales a un ente –la Procuraduría General de la Nación– que no es una autoridad administrativa ni hace parte

del poder judicial, y además le permite al órgano de control practicar pruebas que, de conformidad con distintos preceptos constitucionales, tienen reserva judicial, tales como la interceptación de comunicaciones, los registros y allanamientos, al igual que emitir órdenes de carácter judicial para que se reduzca a prisión o arresto a los sujetos investigados disciplinariamente”.

La mayoría de los intervinientes solicitaron a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia C-244 de 1996, mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 135 de la Ley 200 de 1995, disposición que tenía un contenido normativo muy similar al enunciado demandado en esta oportunidad.

Por esa razón, antes de abordar el examen de constitucionalidad del inciso tercero de la Ley 734 de 2002, estimó la Corte que debía pronunciarse sobre la existencia de cosa juzgada material y la pertinencia y oportunidad de los cargos formulados por la demandante.

Con respecto a este tema concreto, indica que la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre distintas categorías conceptuales que delimitan el alcance de la cosa juzgada constitucional, en aras de garantizar tanto el objetivo de seguridad jurídica que tiene la cosa juzgada como las garantías ciudadanas propias del proceso de constitucionalidad, al igual que las necesidades de cambio y evolución del ordenamiento jurídico.

Una de estas modalidades es la cosa juzgada material, cuyo alcance ha intentado precisar la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas oportunidades. Así, por ejemplo, se ha sostenido que esta figura tiene lugar cuando la norma acusada tiene un contenido normativo idéntico al de otra disposición sobre la cual esta Corporación previamente emitió una decisión, por lo que “los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad de este serían totalmente aplicables a aquella, y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior”.

No obstante, en otras oportunidades la Corte Constitucional ha rechazado que esta figura se predique de preceptos idénticos a otros previamente encontrados constitucionales, puesto que ha vinculado

los efectos de la cosa juzgada material a la declaración de inexecutable. Así, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2002 sostuvo:

Para determinar si se está en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar, a juicio, cuatro elementos:

1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable.
2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.
3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la “reproducción” haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutableidad no debe haber reposado en un vicio de forma.
4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexecutableidad.

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida también debe ser declarada inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues este limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental”.

En todo caso, la jurisprudencia constitucional siempre ha sido constante en vincular la cosa juzgada material al concepto de precedente, específicamente con la obligación en cabeza del juez constitucional de ser consistente con sus decisiones previas, deber que no deriva solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles–, sino

también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez (...). Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Empero, la cosa juzgada material no puede ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia, sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues lo contrario podría provocar inaceptables injusticias. Por lo tanto, cuando existan razones de peso que motiven un cambio jurisprudencial –como por ejemplo un nuevo contexto fáctico o normativo– la Corte Constitucional puede apartarse de los argumentos esgrimidos en decisiones previas e incluso también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas.

Esto lleva a que el juez constitucional deba evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas, en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad. Así pues, si una nueva ley reproduce enunciados o contenidos normativos ya estudiados por esta Corporación y es acusada, no podrá acudir de manera automática a los efectos de la figura de la cosa juzgada material para resolver los cargos formulados. Como antes se dijo, la constitucionalidad de una disposición no depende solamente de su tenor literal, sino también del contexto jurídico en el cual se inserta, al igual que de las circunstancias fácticas que rodean la aplicación de la norma.

En conclusión, la identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material. Por las anteriores razones, en el caso concreto, esta Corporación debe abordar el estudio del precedente constitucional sentado en la sentencia C-244 de 1996 y de los motivos que llevaron a declarar exequible el artículo 135 de la ley 200 de 1995 para decidir si conservan su vigencia frente a la nueva disposición demandada, análisis que se hará en un acápite posterior de esta decisión.

Luego la Corte reitera la jurisprudencia en relación con los demás cargos planteados en la demanda, indicando que la Corporación se había pronunciado sobre una disposición de la Ley 200 de 1995 que tenía un contenido normativo idéntico al inciso actualmente objeto de estudio. En efecto, en la sentencia C-244 de 1996 la Corte declaró la exequibilidad del artículo 135 del anterior Código Disciplinario cuyo tenor era el siguiente:

“Artículo 135. Funciones jurisdiccionales del Procurador General de la Nación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, para efectos del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecido en el inciso final del artículo 277 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria que adelanten los funcionarios competentes de la Procuraduría General de la Nación.

“El enunciado ahora demandado, aunque hace parte de un cuerpo normativo diferente, el nuevo Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002, y presenta una redacción ligeramente distinta, es expresión del mismo contenido normativo. Confrontados el texto que fue objeto en el pasado de control constitucional y el precepto examinado en la demanda de la referencia, la Sala Plena encuentra que regulan la misma materia, pues hacen referencia a las atribuciones jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación”.

En la sentencia C-224 de 1996 la Corte Constitucional examinó si la disposición acusada era contraria a los artículos 113, 116 y 117 de la Constitución, pues sostuvo el demandante, en aquella oportunidad, que la atribución de funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación rebasaba el ámbito de las facultades de policía judicial, ya que el órgano de control no hacía parte de la rama judicial del poder público ni era en *strictu sensu* una autoridad administrativa a la cual se le pudieran conferir funciones jurisdiccionales de

conformidad con el inciso tercero del artículo 116 constitucional, es decir, los cargos eran idénticos a los examinados en esta ocasión. En consecuencia, se pasará a estudiar las razones esgrimidas por esta Corporación, en la oportunidad anterior, para declarar la disposición acusada ajustada a la Constitución.

Después de transcribir los argumentos sustanciales que aparecen en la parte motiva de la sentencia C-244 de 1996, la Corte, atendiendo las consideraciones antes plasmadas, concluye que no debe pronunciarse nuevamente en torno tema, ya que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada material.

Finalmente avala la posición del Ministerio Público, en el sentido de que la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 no modificó las atribuciones de policía judicial que el artículo 277 constitucional confiere a la Procuraduría General de la Nación, razón por la cual no se ha producido un cambio del contexto normativo constitucional que justifique apartarse del precedente sentado por esta Corporación en la sentencia C-244 de 1996.

En consecuencia, no cabe duda de que los criterios expuestos en la sentencia antes citada resuelven plenamente los problemas jurídicos planteados en la demanda que ahora estudia la Corte, por lo que la Sala Plena, respetando el precedente en la materia, procede a reiterar su jurisprudencia y a declarar la exequibilidad del inciso final del artículo 148 de la Ley 734 de 2002.

Es evidente, y en ello acierta la Corte, que la cosa juzgada impedía en el presente caso pronunciarse nuevamente sobre el fondo de un asunto que fue definido en su momento a través de la sentencia C-244 de 1996, máxime cuando la estructura de la disposición demandada en ese entonces (artículo 135 de la Ley 200 de 1995) es idéntica, desde el punto de vista sustancial y material, a la que muestra la norma que reconoce y confiere facultades jurisdiccionales al Procurador General en la Ley 734 de 2002 (artículo 48, inciso final). La decisión, bajo la anterior perspectiva, se torna razonable, por cuanto la cosa juzgada descarta que pueda estudiarse nuevamente un asunto ya estudiado y resuelto de fondo por la Corte Constitucional, en el ejercicio de

su función de control constitucional, porque sus pronunciamientos tienen fuerza vinculante frente a todas las autoridades –incluida la misma Corte–.

4. Las normas de reenvío

En la ley 600 de 2000 (art. 301), las interceptaciones de comunicaciones se encuentran previstas como una providencia reservada que no se dará a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva providencia –que es lo que ocurre de ordinario– y que debe ser decretada siempre por funcionario judicial, quien por esta vía podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiofónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban, y se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizar la misma dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la orden.

Adicionalmente, la disposición que regula el tema señala que “cuando se trate de interceptación telefónica ordenada durante la etapa de investigación, la investigación debe ser remitida dentro de las 24 horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías. En todo caso, la diligencia deberá fundamentarse por escrito, y las personas que participen en ella se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor. Por otro lado, el funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación, y tales grabaciones se trasladarán al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario” (artículo 301 del C.P.P.-Ley 600 de 2000).

Así mismo, la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que se viene aplicando gradualmente en varios departamentos, y que regirá de manera integral a partir del 1 de enero de 2008, regula las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y similares, en los siguientes términos: “el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica

o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas o similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tenga interés para los fines de la investigación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden”.

En todo caso, agrega la norma, “la providencia deberá fundamentarse por escrito, y las personas que en ella intervengan se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, y la orden para la práctica de estas diligencias mantendrá vigencia por un término máximo de tres meses, que podrá prorrogarse hasta por otro tanto, si a juicio del fiscal subsisten los motivos fundados que la originaron” (art 235 de la ley 906 de 2004).

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Constitucional colombiana han indicado de manera rotunda, y en una línea jurisprudencial homogénea, que las interceptaciones telefónicas como diligencia investigativa deben ser decretadas única y exclusivamente por funcionario judicial, como requisito de aducción y validez de la prueba así obtenida, a la luz del principio de proporcionalidad, ya que el artículo 15, numeral 3 de la Constitución Política enfatiza en que las comunicaciones privadas son inviolables y solo podrán ser interceptadas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

También la Corte Constitucional ha postulado de manera categórica tal postura. Así, mediante sentencia C-657 de noviembre 28 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, resolvió una demanda de inconstitucionalidad por violación al artículo 15 de la Constitución, pues nadie, sin orden judicial, está autorizado para interferir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Dijo la Corte en esa ocasión: “El artículo 552 del Decreto 2591 de 1991 (C.P.P.) señalaba que en caso de flagrancia las autoridades de policía judicial podían interceptar y reproducir las comunicaciones con objeto de buscar pruebas. La Corte Constitucional en la referida sentencia declaró inexecutable el segmento normativo antes citado, indicando que “el artículo 15, Inciso 3 de la Carta Política, consigna en relación con la correspondencia y demás formas de comunicación privadas, la reserva judicial y legal, para efectos de la injerencia de tales derechos fundamentales. El artículo 15 de la Constitución, en la parte pertinente utiliza el adverbio “sólo”, para significar que en ningún evento po-

drá procederse a interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privadas, sin que medie la orden judicial. Lo que corresponde al dominio legal es el señalamiento de los casos y del procedimiento, mas no está autorizada la ley para dispensar de la orden judicial.

“En todos los casos que la ley establece se requiere, entonces, orden judicial para interceptar o registrar comunicaciones, lo que implica una clara y terminante exclusión constitucional de la autoridad administrativa, tanto así que ni siquiera en el artículo 38 de la ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, que se refieren a las facultades del gobierno durante el estado de conmoción interior, se prescinde para tales efectos de la orden de autoridad judicial competente”.

En este punto concreto es imperativo entonces definir cuál es el alcance de la expresión “orden judicial” a que se refiere el artículo que regula la interceptación de comunicaciones telefónicas en la Carta Política. Desde una perspectiva general, y prima facie, “orden judicial” es la que proviene de funcionario investido de facultades jurisdiccionales, que de acuerdo con la Constitución y la ley son en principio los Fiscales, Jueces de la República y, en el caso concreto, los que administran justicia penal.

No obstante, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano, avalada ya por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, permite afirmar válidamente que el Procurador General de la Nación, no obstante su condición de autoridad administrativa, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la ley 734 de 2002, artículo 148, numeral 3, le otorga para el aseguramiento y práctica de pruebas en desarrollo de funciones de policía judicial, ostenta competencia para ordenar de manera directa interceptaciones telefónicas en el marco del proceso disciplinario, sin que requiera someter tal providencia a la ratificación de Juez o Fiscal alguno.

Tal conclusión, como ya se explicó en forma detallada, encuentra respaldo en las sentencias C-244 del 30 de mayo de 1996, de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Gaviria Díaz; en el fallo C-1121 del 1 de noviembre de 2005, emitido por la misma Corporación judicial, con ponencia del Magistrado Doctor Humberto Sierra Porto, y en la providencia que dictó la Sala Plena del Consejo de Estado el 29 de abril de 2005, con ponencia del Consejero Dr. Germán Rodríguez Villamizar, donde concluye: “que al contar la Procuraduría con atribuciones de policía judicial que le permiten,

entre otras medidas, disponer la interceptación de llamadas, y al no observarse con las pruebas allegadas que en los casos en los que se ordenó, se hubiera incurrido en arbitrariedad o mal uso de la información recolectada como consecuencia de la interceptación de líneas telefónicas, las que, por lo demás, fueron autorizadas por el Procurador General de la Nación y ordenadas dentro de indagaciones preliminares adelantadas por violación al régimen contractual, con el fin de asegurar y practicar pruebas, no se vislumbra la ocurrencia de ningún hecho sancionable disciplinariamente”. (Rad. 11001031500020040121200).

5. Requisitos, presupuestos y límites de la interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario

Así pues, en el marco del proceso disciplinario, y con objeto de lograr el aseguramiento y práctica de pruebas, el Procurador General de la Nación ostenta facultades para ordenar la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, como diligencia sometida a reserva, motivada en forma escrita, a través de un juicio fáctico y jurídico, donde se indiquen las razones que justifican la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones para el caso concreto, y porque debe ceder ante la prevalencia de intereses sociales que procuran materializarse en desarrollo del proceso disciplinario.

En tal sentido, sólo el Procurador General tiene atribuida la competencia indelegable para decretar la interceptación de comunicaciones telefónicas, radiofónicas o similares que utilicen el espectro electromagnético, pues únicamente él ostenta facultades jurisdiccionales para tales efectos. Para la práctica de la diligencia, el Jefe del Ministerio Público comisiona por lo general a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, como Policía Judicial Disciplinaria que posee la infraestructura logística y recursos técnicos y humanos necesarios para llevar a cabo tal actividad investigativa. En este orden de ideas, cualquier Procuraduría Delegada con funciones disciplinarias, o del nivel territorial que requiera una prueba de esta índole, en desarrollo de una investigación, no ostenta facultades para decretarla en forma directa, por carecer de facultades de policía judicial y de facultades jurisdiccionales para ordenar medios de prueba que impliquen limitación de derechos fundamentales. Por tal motivo, deberán presentar la respectiva solicitud al Despacho del Procurador General de la Nación, a fin de que se estudie la viabilidad de la medida.

Por lo demás, la interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario se rige por las normas que para el efecto señala el Código de Procedimiento Penal, y concretamente la ley 600 de 2000. Bajo tal perspectiva, las entidades encargadas de la operación técnica de interceptación, vale decir, los operadores de telefonía fija, celular, radiofónica o similares que utilicen el espectro electromagnético tienen la obligación de dar cumplimiento a la orden del Procurador General dentro de las 48 horas siguientes al recibo de la misma, sin que requieran para ello ratificación alguna del Fiscal General de la Nación ni de funcionario alguno adscrito a la Fiscalía, so pena de incurrir, por su conducta omisiva, en el delito de fraude a resolución judicial que describe el artículo 454 del Código Penal en los siguientes términos: “el que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en prisión de 1 a 4 años, y multa de 5 a 50 salarios mínimos mensuales vigentes”.

Tal figura delictiva se orienta a la tutela de la eficaz y recta administración de justicia, y se configura en este evento, cuando el operador técnico omite el cumplimiento de la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas emitida por el Procurador General, en ejercicio de facultades jurisdiccionales. La resolución que emite el jefe del Ministerio Público para tales efectos, como ya se ha indicado, tiene carácter de resolución judicial, y el incumplimiento de la misma afecta e interfiere la aducción de medios de prueba en los procesos que se adelantan contra servidores públicos y la vigilancia de la conducta superior que la Constitución encomienda al Procurador General con respecto a los mismos, lo que ha sido considerado por la Corte Constitucional como una actividad material de justicia disciplinaria.

Así mismo, al expediente disciplinario, con base en las normas de integración del C.P.P., únicamente serán agregadas las transcripciones de las llamadas que tengan interés para los fines del proceso, es decir, para efectos de establecer la materialidad de los hechos y la responsabilidad o inocencia del servidor público involucrado.

Una inquietud relevante que puede surgir con respecto al tema tiene que ver con la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías, a que está sometida la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas que decreta un Fiscal durante la etapa investigativa, tanto en la ley 600 de 2000 como en la ley 906 de 2004. Es pertinente definir si tal previsión cubre igualmente a las

interceptaciones telefónicas ordenadas por el Procurador General de la Nación, en el curso del proceso disciplinario, y con objeto de lograr el aseguramiento de las evidencias para fines eminentemente probatorios.

La respuesta en este punto ha de ser negativa, en tanto la Constitución y la ley han previsto la posibilidad del ejercicio autónomo e independiente de las funciones de Policía judicial y de las funciones jurisdiccionales del Procurador General para el proceso disciplinario, por lo cual no parece lógico, razonable, ni jurídicamente admisible, someter el ejercicio de las potestades conferidas a la policía judicial disciplinaria para investigar faltas de esa naturaleza, a los controles que la ley ha señalado para los órganos permanentes o que cumplen funciones especializadas de policía judicial, en el marco de los procesos penales.

Como se ha indicado de manera reiterada, el modelo de policía judicial que desarrollan la Constitución Política de 1991, el Código de Procedimiento Penal y el Código Disciplinario Único permite a la Procuraduría General de la Nación ejercer tales funciones en el marco del proceso disciplinario, de manera autónoma, a la luz de la Constitución y con única dependencia funcional del Procurador General de la Nación, o como órgano especializado de apoyo en la investigación de los delitos que guarden armonía con la órbita de su competencia, de conformidad con el Código de Procedimiento Penal. Sólo en este evento, cuando la Procuraduría, generalmente a través de la Dirección de Investigaciones Especiales, ejerce funciones de Policía Judicial para la investigación de delitos, se establece una dependencia funcional con el Fiscal General, que de acuerdo con las normas procesales, es el encargado de la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial, para efectos de la investigación de los delitos.

Así pues, la disposición que ordena a la Dirección Nacional de Fiscalías ejercer un control sobre las interceptaciones telefónicas decretadas por el fiscal del caso es incompatible con la regulación y el régimen autónomo que la Constitución y el CDU tienen previsto para las funciones de la policía judicial disciplinaria, y por tanto resulta inaplicable en dicho ámbito. En tal sentido, el procurador está investido de atribuciones autónomas para ordenar interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, en desarrollo del proceso disciplinario, sin que requiera autorización alguna del Director Nacional de Fiscalías para adoptar una determinación de esta naturaleza.

Tal postura se sustenta igualmente en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha señalado que el control del Director

Nacional de Fiscalías sobre las interceptaciones telefónicas opera únicamente frente a las diligencias de esta índole decretadas por los Fiscales durante la investigación previa o la investigación formal, y no frente a las ordenadas por los Jueces, en ejercicio de su facultad para decretar pruebas durante la etapa del juicio. El Procurador General, como ya se indicó, actúa materialmente como Juez para tales efectos, por las razones antes anotadas, y por ello en este tema no está sometido al control del Director Nacional de Fiscalías.

En efecto, de acuerdo con sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de marzo de 2000, cuyo ponente fue el Magistrado Doctor Jorge Córdoba Poveda, “la norma señala que las interceptaciones que ordene el Fiscal durante la ‘investigación’ deben ser aprobadas por el Director Nacional de Fiscalías, lo cual no significa, a juicio de la Sala de Casación Penal de la Corte, que las decretadas en la investigación previa no requieran dicho aval como requisito de validez de la diligencia reservada. Anota que la discriminación se hace en razón de la actividad funcional y por etapas del proceso penal, pues si la interceptación se llegare a ordenar en la etapa del juicio, obviamente bastaría la orden motivada y por escrito del Juez, sin necesidad de la intervención del Director Nacional de Fiscalías, pues este no tiene autoridad sobre los jueces.

Conforme a lo anterior, en la etapa de investigación previa también se precisa autorización del Director Nacional de Fiscalías para proceder a la interceptación de comunicaciones telefónicas, pues tal control funcional y jerárquico es incluso más importante en esta etapa, cuando apenas se ventilan imputaciones y sospechas, y porque sería preciso proteger con mayor rigor los derechos fundamentales de las personas involucradas”³.

³ El artículo 47 del Decreto 2699 de 1991, primer Código de Procedimiento Penal que se aprobó después de la Constituyente de 1991, disponía que la interceptación de comunicaciones telefónicas debía realizarse previa autorización del Director Nacional de Fiscalías. En sentencia del 22 de octubre de 1996 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la mencionada disposición dijo: “lo que pretende la citada norma es que en tratándose de intervención judicial en la intimidad de las personas, al menos dos funcionarios intervengan en la decisión, a efectos de garantizar la debida utilización de tal medida. Esto es, que cuando la iniciativa surja de la policía judicial, sea el Fiscal a cargo del asunto quien lo autorice. Y, que cuando sea el propio fiscal quien exponga en su decisión la necesidad de acudir a este mecanismo con miras a obtener pruebas que sirvan a los propósitos de los procesos que adelanta, sea la Dirección Nacional de Fiscalías la que imparta la autorización”.

Otros aspectos de la regulación que aparecen en el Código de Procedimiento Penal, como la que establece para las personas que participan en el procedimiento técnico de interceptación, transcripción o identificación de los interlocutores, la obligación de guardar la debida reserva, la que dispone que por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, y que las grabaciones de interés para el proceso se trasladarán al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario, si resultan compatibles y de obligatoria aplicación cuando en el marco del proceso disciplinario se practica la diligencia reservada objeto de estudio.

Sobre el término de las interceptaciones telefónicas, la ley 600 no señala concretamente el periodo por el cual pueden llevarse a cabo, y en tal sentido, es el funcionario judicial, con apoyo en los criterios y reglas que le ofrece el principio de proporcionalidad, quien definirá en cada caso concreto, y en virtud de las necesidades probatorias, la complejidad del asunto, y la ponderación de los intereses en conflicto, los plazos en que será restringido el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La ley 906 de 2004, en cambio, señala específicamente que con objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, el Fiscal no podrá ordenar la interceptación de comunicaciones telefónicas por un plazo superior a tres meses, prorrogable hasta otro tanto, si a su juicio subsisten los motivos que la originaron. El régimen probatorio en el marco del proceso disciplinario remite, como norma de integración para los aspectos no previstos de manera expresa, como las diligencias reservadas, al Código de Procedimiento Penal, y concretamente a la ley 600 de 2000, mientras ella mantenga su vigencia, ya que las disposiciones señaladas en la ley 906 de 2004 son incompatibles con el proceso disciplinario, toda vez que la tendencia inquisitiva que a este caracteriza, y el principio de permanencia de la prueba que le es consustancial, no guardan armonía con las previsiones normativas que desarrollan procesalmente el principio acusatorio, y concretamente el régimen de pruebas, en la ley 906 de 2004. Luego entonces, también en punto de la limitación temporal de la medida, en el proceso disciplinario es imperativo acudir, como norma de reenvío, a la Ley 600 de 2000.

Capítulo Séptimo

CASOS Y APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

En el marco del proceso disciplinario varios casos se han decidido de fondo utilizando como prueba determinante y concluyente la información y los hallazgos obtenidos a través de interceptación de comunicaciones telefónicas ordenadas por el Procurador General de la Nación en ejercicio de las facultades de policía judicial y de las facultades jurisdiccionales que la Constitución y la ley le confieren. En otros supuestos, interceptaciones ilegalmente obtenidas y aportadas por los sujetos procesales o publicadas en los medios de comunicación han sido consideradas inexistentes por vulnerar los derechos fundamentales y las garantías de los servidores públicos investigados, y por ende no han sido consideradas para la determinación judicial de los hechos, a la luz de la jurisprudencia que la Corte Constitucional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han postulado sobre el tema concreto.

En otra gama de casos la Procuraduría ha impuesto sanciones disciplinarias severas, consistentes en destitución e inhabilidad general por 15 años a servidores públicos que en ejercicio de sus funciones han interferido de manera arbitraria el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, al disponer la práctica de interceptaciones ilegales.

A continuación se presentan de manera sucinta 12 casos emblemáticos que muestran el manejo, postura y doctrina de la Procuraduría General de la Nación con respecto al tema que constituye objeto del presente ensayo:

Caso 1. Tráfico de influencias y conflicto de intereses

Con apoyo en motivos fundados que daban cuenta de probables actos de corrupción administrativa que se estarían registrando en la Veeduría de la

Procuraduría General de la Nación, la Dirección de Investigaciones Especiales de la entidad inició indagación preliminar en averiguación de responsables en febrero de 2003.

En el marco de la misma, y con apoyo en un juicio fáctico y jurídico que señalaba la procedencia y necesidad de la medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, se le solicitó al Procurador General de la Nación decretar unas interceptaciones telefónicas selectivas sobre algunos abonados y líneas que se utilizan en la citada dependencia, a fin de obtener pruebas y hallazgos sobre las irregularidades objeto de investigación. El Jefe del Ministerio Público, con fundamento en las facultades constitucionales y legales que le permiten ordenar este tipo de diligencias investigativas, a través de providencia motivada, accedió a la solicitud de la policía judicial disciplinaria.

Las referidas interceptaciones permitieron establecer que una funcionaria de la Veeduría, que ocupaba un cargo en el nivel asesor, realizaba de manera sistemática una labor de apoyo, colaboración y ayuda a personas con quienes mantenía vínculos de amistad, familiares, o a recomendados de sus amigos, quienes eran investigados por esa dependencia, en asuntos que no estaban directamente a su cargo. La colaboración incluía averiguar datos concretos sobre las actuaciones en el sistema GEDIS, suministrar los mismos a terceros, en violación ostensible del deber de reserva de las investigaciones disciplinarias, avisarles sobre la práctica de algunas diligencias concretas que se habrían de llevar a cabo en el marco de los procesos, y recomendación de profesionales para que actuaran como defensores en los referidos procesos disciplinarios.

En el fallo de única instancia proferido por el Despacho del Procurador General el 1 de febrero de 2005¹, y en el cual se sanciona a la doctora AFR con destitución e inhabilidad general de 12 años, se indica que “tales comportamientos dejan entrever, de acuerdo con las interceptaciones, una constante inclinación de la disciplinada a hacer favores a amigos y conocidos por fuera de los cauces legales, abusando indebidamente de su cargo como asesora de la Veeduría para realizar funciones que no le correspondían, en violación de los principios constitucionales de transparencia, igualdad y moralidad que rigen el ejercicio de la función pública”.

¹ Radicación 001-89709-2003. Fallo de única instancia proferido el 1 de febrero de 2003, suscrito por el doctor Edgardo José Maya Villazón, Procurador General de la Nación.

Y agrega: “no se trata de eventos aislados donde simplemente un servidor de esta entidad de vigilancia y control incurre en la indelicadeza de revelar asuntos que conoce por razón de sus funciones. Por el contrario, se trata de sucesivos comportamientos que hacen parte de un mismo propósito, orientado a favorecer a los amigos, familiares y conocidos de la funcionaria disciplinada, desconociendo los procedimientos regulares legal y reglamentariamente establecidos para el acceso a la información que aparece en los procesos disciplinarios, y procurando ventajas indebidas para sus allegados, por un lapso apreciable. Todo ello impide considerar que se tratara de hechos aislados, pues lo que muestra el caudal probatorio, y concretamente las conversaciones telefónicas interceptadas, es una verdadera intención de la Doctora AFR de someter la Administración a los intereses y conveniencias privadas.

Las grabaciones magnetofónicas también demostraron, según el fallo de primera instancia, que la asesora de la Veeduría incurrió en conflicto de intereses, pues no obstante que actuaba como instructora de un proceso contra un funcionario de la Procuraduría Provincial de Magangué, le solicitó apoyo a este para obtener su nombramiento en un cargo del Fondo de Empleados del Ministerio Público. La actuación disciplinaria adelantada contra el funcionario de Magangué, a cargo de la funcionaria, fue archivada el 18 de marzo de 2003.

Así, el contenido de las conversaciones grabadas revela la existencia de intereses contrapuestos entre la investigadora de la Veeduría y el investigado servidor de la entidad en Magangué (Bolívar), pues mientras aquella investigaba disciplinariamente al segundo, este tenía injerencia, y así se lo recordaba en las conversaciones, en el éxito de las aspiraciones electorales de AFR, su investigadora, dentro del Fondo de Empleados del Ministerio Público.

Por tal motivo, anota la providencia, que “existió evidentemente un conflicto de intereses porque el resultado de la actuación a cargo de la disciplinada chocaba con la injerencia que tenía el investigado en el proceso de votación en el que aquella tenía evidente interés. Dicha situación no surgió de manera coincidental, sino buscada por ambos: la disciplinada obtuvo para sí el reparto de la actuación contra quien podía beneficiarla con su voto para acceder a la dirección de la entidad cooperativa, y este le manifestó su complacencia por la gestión y, más aún, no olvidó recordarle el próximo proceso de elecciones

de directivos, tal como aparece en las interceptaciones telefónicas legalmente realizadas.

Ante la claridad del conflicto resultaba manifiesta la obligación de la disciplinada de declararse impedida para continuar conociendo de la actuación disciplinaria. La disciplinada, no solo se abstuvo de hacerlo, sino que deliberadamente buscó atraer para sí el conflicto. Y aun cuando tal conflicto hubiera surgido como producto del azar, también en tal caso recaía el deber de la disciplinada de declararse impedida. Claramente existe un mandato legal en tal sentido: artículo 40 de la ley 734 de 2002, que indica: ‘conflicto de intereses: todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su conyúge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho’.

Su incumplimiento constituye la falta gravísima descrita en el artículo 48, numeral 17 de la ley 734 de 2002, al actuar no obstante encontrarse incurso en un conflicto de intereses, pues no se declaró impedida para hacerlo, en su oportunidad legal. Lo anterior se concreta fácticamente en el hecho de haber aprehendido el conocimiento de un proceso y decidirlo, actuando íntegramente, sin declarar el respectivo impedimento por razón del conflicto de intereses en que se encontraba”.

Concluye así el fallo de primer grado que “el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas empezó a sugerir la materialidad de los comportamientos y la responsabilidad de la disciplinada por las imputaciones que se formularon en el pliego de cargos. Pero tal medio de convicción no fue el único que llevó al Despacho a ese convencimiento, sino la corroboración de su contenido a partir de testimonios y prueba documental. El documento magnetofónico fue un elemento de convicción que dio la pauta para orientar la hipótesis investigativa, la cual se confirmó con los demás medios de convicción. Es por ello que la estimación del significado y del verdadero contexto de las expresiones pronunciadas en los documentos sonoros se obtuvo consultando el sentido natural y lógico de las expresiones plasmadas, pero sometiénolas a las reglas de la sana crítica y a su confrontación con otros medios de prueba”.

Caso 2. Indebida participación en política de servidores públicos. Caso Registrador Delegado de Cundinamarca

Mediante interceptaciones telefónicas legalmente decretadas por el Procurador General, y realizadas por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se obtuvo prueba que comprometía seriamente la responsabilidad del Registrador Delegado para Cundinamarca, en desarrollo de las elecciones de 2002, en el ofrecimiento de cargos públicos al Directorio Nacional Conservador (nombramiento de supernumerarios), con objeto de favorecer los intereses de esa colectividad política en el decurso del citado certamen electoral, en la asesoría ilegal en materia de trámites, al mismo partido, y remitir personas, a través de su Secretaria, para que apoyaran electoralmente a uno de los aspirantes a Corporaciones Públicas.

Con fallo de única instancia del 6 de mayo de 2003, el Procurador General de la Nación sancionó por tales conductas al citado servidor público, con destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 5 años (Rad. 009-68643-02). El fallo indica que el proceder del Registrador de Cundinamarca, orientado al favorecimiento electoral de un partido político concreto, “vulnera el principio de igualdad en una triple dimensión: como rector de las actuaciones administrativas de los servidores públicos, en la que resulta lesionada la moralidad y la transparencia institucional; de otra, vulnera el derecho fundamental a la igualdad que tienen los ciudadanos de acceder a un empleo público, como quiera que los supernumerarios serían vinculados a la organización electoral, por razones de conveniencia y recomendación política y no por méritos; y, finalmente, se lesiona el derecho a la igualdad de los candidatos al Congreso de la República, quienes se encuentran en situación de desventaja frente a quienes pueden resultar favorecidos por la intervención abusiva del Registrador Delegado de Cundinamarca”.

Concluye la sentencia, con base en el análisis conjunto del material probatorio, pero muy especialmente de la evidencia técnica obtenida a través de las interceptaciones telefónicas, que de la prueba de audio, reconocida personalmente por el investigado, se infiere su inclinación a intervenir indebidamente en política a favor del Partido Nacional Conservador, con el interés de obtener ventajas para esa colectividad política, utilizando su empleo y el poder de la delegada a su cargo.

Con respecto a la licitud y valor probatorio de las diligencias reservadas (intercepciones telefónicas) que ordenó el Procurador General, cuyo resultado (grabaciones magnetofónicas y transcripciones) fueron objeto de cadena de custodia, el mencionado fallo indica que las mismas se llevaron a cabo en el marco de los requisitos y límites que la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera exigen para la admisibilidad de este tipo de evidencias.

En primer término, la exclusividad jurisdiccional de las intervenciones, en el sentido de que únicamente la autoridad judicial puede válidamente interferir el derecho al secreto de las comunicaciones, para fines de investigación, y a través de la actividad probatoria. Como ya se indicó, el Procurador General de la Nación ostenta, en virtud de la Constitución y el Código Disciplinario único, facultades de policía judicial, y complementariamente atribuciones jurisdiccionales que le permiten decretar pruebas restrictivas de derechos fundamentales.

La diligencia se ordenó con objeto de asegurar pruebas dentro de la indagación preliminar, y conforme a lo establecido en el artículo 135 de la ley 200 de 1995, que otorga facultades de policía judicial al Procurador General, y 277 inciso final de la Carta Política, donde se indica que la ley podrá otorgar facultades jurisdiccionales, excepcionalmente a las autoridades administrativas, como el Procurador General. Tanto la ley 200 de 1995 como la 734 de 2002 otorgan al jefe del ministerio público dichas facultades, que le permiten tomar las providencias necesarias para el aseguramiento, práctica de pruebas, incluso diligencias reservadas, y preservación de las mismas, mediante mecanismos como la cadena de custodia.

Adicionalmente, la investigación pretendía demostrar hechos concretos con relevancia disciplinaria, es decir, irregularidades en el proceso electoral y concretamente indebida participación en política de servidores públicos. Así las cosas la diligencia reservada no se ordenó en el marco de una actuación destinada a indagar hechos indeterminados.

Por otra parte, la interceptación telefónica se decretó en la etapa de indagación preliminar como pesquisa para obtener información necesaria a efectos de acreditar actos de corrupción electoral, es decir, la finalidad de la intervención telefónica era exclusivamente probatoria, con respecto a la existencia de

la falta y a la individualización de los responsables. En el marco del juicio jurídico o de proporcionalidad, en su momento, se ponderaron los intereses en conflicto (derecho al secreto de las comunicaciones, y el interés social en la persecución de las faltas disciplinarias gravísimas que afectan la transparencia de los procesos democráticos) para concluir que la medida, además de idónea, se tornaba necesaria, pues no existía otro medio o método menos lesivo de los derechos fundamentales y con igual o mayor eficacia para determinar procesalmente, en el caso concreto, los hechos materia de investigación. En el mismo sentido, se cumplieron los requerimientos de la proporcionalidad en sentido estricto, pues se dispuso en desarrollo de una investigación por faltas gravísimas con trascendencia social, relacionadas con la interferencia indebida de servidores públicos en las elecciones de 2002.

En relación con el juicio fáctico, el fallo del Procurador estima que fue con base en indicios graves que se ordenó la medida de intervención telefónica, pues en su momento se recibió información de fuente confiable, sobre presuntas irregularidades que se estarían presentando y que atentaban contra el normal desarrollo de las elecciones nacionales de marzo de 2002, y en las que posiblemente estaban involucrados servidores públicos vinculados a la Registraduría Nacional del Estado Civil, y concretamente de las Registradurías Departamentales.

Finalmente, la medida solo afectó los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, usuarios de las líneas o titulares de ellas. Se trataba de funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil, donde laboraban delegados para el Distrito Capital y para Cundinamarca, algunos de los cuales resultaron implicados en actos de indebida participación en política.

Bajo tal contexto, las interceptaciones telefónicas que sirven de sustento al fallo contra el Registrador de Cundinamarca se llevaron a cabo dentro de los límites de la Constitución y la ley, como actividad investigativa necesaria, teniendo en cuenta los parámetros de proporcionalidad, racionalidad de facto y jurídicas que sirven de apoyo a la decisión sancionatoria de fondo.

Caso 3. Corrupción interna. Cohecho.

En el decurso de una indagación preliminar orientada a establecer hechos relacionados con corrupción administrativa y filtración de información reser-

vada en la Procuraduría General de la Nación, el Jefe del Ministerio Público decretó la interceptación selectiva y temporal de algunos abonados telefónicos de la entidad. El contenido de varias comunicaciones interceptadas reveló que dos funcionarios de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en connivencia con otro de la Contraloría General de la República, concertaban con un particular una contraprestación económica que los tres recibirían, a cambio de rendir un dictamen que favoreciera los intereses de algunos implicados en el caso Planiet, que se adelantaba en esa dependencia por irregularidades contractuales relacionadas con sobrecostos.

Efectivamente, se verificó en el proceso que los funcionarios de la Dirección de Investigaciones Especiales GCV y JCGV habían sido comisionados para rendir con otro funcionario de la Contraloría, un dictamen pericial o concepto técnico solicitado por la Fiscalía Novena de Delitos contra la Administración Pública, en un proceso penal relacionado con sobrecostos en la contratación del denominado Planiet. (Plan de inversiones prioritarias de la Costa Atlántica).

En las comunicaciones interceptadas con apoyo en la orden emitida por el Procurador General de la Nación, y a la luz de las facultades jurisdiccionales que la Constitución y la ley le confieren, el funcionario GCV trata con su interlocutor sobre los cambios que deben introducirse al dictamen pericial que han de rendir, los reajustes en punto de los sobrecostos y la incidencia de ello frente al valor de la obra contratada. En desarrollo de la conversación, el funcionario de Investigaciones Especiales hace alusión también a la dificultad para manipular el dictamen, porque uno de los peritos se muestra renuente a aceptar los cambios, y habla de la necesidad de mejorarle la oferta en “10 ó 5 más”.

En el proceso disciplinario se practicó un dictamen de acústica forense, en el cual se determina la uniprocedencia entre las voces que aparecen en los casetes que recogen las conversaciones interceptadas y las indubitadas que aparecen en una conferencia dictada por el servidor GCV. Así mismo, se allegó al proceso una consignación recibida en la cuenta corriente de GCV, por 5 millones de pesos, llevada a cabo en la ciudad de Barranquilla, donde precisamente residía su interlocutor en las llamadas objeto de interceptación, e implicado en el caso Planiet.

Por tal motivo, a los dos funcionarios de Investigaciones Especiales y al de la Contraloría se les imputó la falta gravísima prevista en el artículo 48, numeral 1 de la ley 734 de 2002, por “realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”. La norma penal de reenvío, en este caso, es la que describe en el Código Penal el delito de cohecho, es decir, la venta de la función pública.

Mediante fallo del 29 de julio de 2004, el Viceprocurador General de la Nación impuso a los funcionarios antes citados sanción consistente en destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos de 12 y 15 años, respectivamente, al encontrarlos disciplinariamente responsables de la falta imputada (Rad. 002-81139-03)².

Indica la sentencia que las conversaciones telefónicas sostenidas por los funcionarios de la Dirección de Investigaciones Especiales GCV con el particular AC, no pueden entenderse en otro sentido, distinto al que se le ha dado en esta investigación disciplinaria, y en el proceso penal que por los mismos hechos se adelanta. Se trata de la venta de la función, como se desprende del contenido de las conversaciones, es decir, la conducta orientada a obtener ventaja económica por manipular un concepto en beneficio de las personas que entregarían el monto dinerario. En otros términos, se pretendía cuadrar las cifras para que los sobrecostos resultaran tan ínfimos que pasaran inadvertidos para el Juez Penal, y que por ello no merecieran tomarse en cuenta.

En la conversaciones GCV se compromete incluso a enviarle un borrador del dictamen al particular, con las modificaciones introducidas, para que lo revise, antes de hacer la entrega formal a la Fiscalía. Dice igualmente que tratará de convencer a los otros dos peritos sobre los ajustes y propone mejorar la retribución por las ilegales conductas. Por ello, reitera el fallo, el contexto de las conversaciones no demuestra nada distinto a la venta de un peritazgo o una concertación para enderezar el dictamen de acuerdo con unos intereses, es decir, el ejercicio ilegal de la función pública a cambio de una promesa remuneratoria, conducta que resulta constitutiva del delito de cohecho. No

² Fallo suscrito por el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Viceprocurador General de la Nación.

es necesario, para la configuración del delito de cohecho que efectivamente se obtenga la ventaja económica, pues basta que se pacte o se acepte la promesa remuneratoria.

Y agrega: “poco importa si el dictamen era correcto, válido, veraz, ajustado a la ley, o si se trataba de un concepto contrario a derecho, puesto que, en cualquier caso, se incurre en la comisión de un delito de cohecho propio o impropio, ya que la esencia del injusto se concreta en el recibo del dinero, sin importar que se perciba para emitir un concepto contrario a derecho o ajustado a la ley”. Además, las pruebas demuestran que efectivamente el dictamen fue acomodado a los requerimientos del implicado en el caso Planiet, como se desprende, igualmente, del texto de las conversaciones.

Indica el fallo que JCGV y el funcionario de la Contraloría eran personas con experiencia en la Administración Pública y profesionales con experiencia en la rendición de conceptos, concedores de la trascendencia de los mismos, de manera que si se dejaron convencer por GCV, lo hicieron por voluntad propia, y el que hayan sido determinados no excluye su responsabilidad, porque de cualquier manera debe entenderse que actuaron consciente y deliberadamente. De lo contrario, habrían denunciado a GCV, y no fue así, como era de esperarse, pues el contenido de las conversaciones revela que ya existía un principio de acuerdo y aceptación entre los 4 intervinientes en el cohecho, e incluso se refieren a la necesidad de mejorarles la oferta a dos de ellos, lo que supone, a la luz de las reglas de la experiencia, que ya había existido un previo ofrecimiento.

Caso 4. Falsedad material en documento público. Determinación por inducción

Los hechos que originan el proceso disciplinario surgieron en desarrollo de las pesquisas que adelantaba la Dirección de Investigaciones Especiales en la Veeduría, a efectos de constatar posibles casos de corrupción administrativa, de acuerdo con informaciones previamente obtenidas, que constituían motivos fundados para que el Procurador decretara diligencias reservadas puntuales y selectivas, tales como la interceptación de algunos abonados telefónicos utilizados en la mencionada dependencia.

Las escuchas legalmente decretadas permitieron establecer, como hallazgo casual, que el 12 de mayo de 2003, un individuo se comunicó telefónica-

mente con una asesora grado 19 que prestaba sus servicios en la Veeduría, quien era además compañera sentimental de un representante a la Cámara por el Departamento del Cesar, para solicitarle que a través de sus buenos oficios el parlamentario le expidiera una certificación laboral, donde se indicara que prestaba sus servicios de tiempo completo en su unidad legislativa, con objeto de anexar tal certificación espúrea como soporte de una solicitud de visa que adelantaba ante la Embajada Americana. El mismo día, en otra comunicación telefónica interceptada, la asesora de la Veeduría sostiene una conversación con el referido congresista, le plantea la ilegal solicitud, y en el contexto de la misma, este se compromete a expedir la aludida certificación falsa. Al día siguiente (13 de mayo de 2003), la asesora se comunica con la secretaria del Representante a la Cámara, y esta le confirma que el aludido documento ya le fue entregado al particular que lo requería.

En desarrollo del proceso disciplinario que con base en tales hechos se tramitó contra la doctora AFR, asesora de la Veeduría, y contra su compañero MADG, miembro del Congreso, la Unidad de Prevención de Fraudes de la Embajada Americana entregó a la Procuraduría el original del documento público cuya falsedad material era objeto de investigación, y la Dirección Administrativa del Congreso expidió una certificación donde indica que el particular a quien MADG le expidió la certificación laboral no ha prestado sus servicios por vinculación laboral o contrato de prestación de servicios al Congreso de la República.

Con apoyo en estos y otros elementos de convicción aportados al proceso, el Despacho del Procurador General, mediante fallo del 9 de noviembre de 2006, impuso a la asesora de la Veeduría y al congresista involucrado, sanciones disciplinarias de destitución e inhabilidad general por 11 y 12 años, respectivamente³.

Según el fallo, el Congresista en este caso quebrantó la confianza en él depositada por la ley y especialmente demandada para quien se encarga de elaborar las leyes, porque desconoció la función pública en aquello que lo vincula con el deber de veracidad oficial de los documentos. La asesora de la

³ Radicación 001-107128-05. Fallo de única instancia del 9 de noviembre de 2006. Aparece suscrito por el Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en su calidad de Procurador General de la Nación (E).

Veeduría, por su parte, actuó como determinadora por inducción, puesto que originó en su compañero sentimental y padre de su hija, el nacimiento de la idea delictiva, interviniendo para que este expidiera la certificación ajena a la verdad. Con esta se pretendía engañar a una autoridad extranjera, socavando el trato de confianza que ha de existir en las relaciones con dichas autoridades.

La decisión de fondo, con apoyo en prueba indirecta, obtiene certeza en torno a la materialidad de las faltas y sobre la responsabilidad de los servidores públicos investigados. Se refiere concretamente a los indicios de móvil para cometer el hecho, declaración de intención, y el de presencia u oportunidad.

En punto del indicio de móvil, en el proceso fue posible establecer las cercanas relaciones previas que unían al particular que solicitó la certificación laboral falsa, a la asesora de la Procuraduría que recibió la solicitud, y a su compañero sentimental, congresista que expidió el documento. Se determinó procesalmente, de igual manera, el intercambio de favores mutuos entre ellos, y las condiciones favorables para solicitar y obtener el documento requerido.

El contenido de las comunicaciones revela y permite construir un indicio de declaración de intención, pues en desarrollo de las mismas el imputado, y en este caso la asesora de la Veeduría y su compañero afectivo hicieron manifestaciones que señalaban el propósito de consumir el hecho injusto, y como lo injusto tuvo ocurrencia, ello permite inferir con lógica la participación de quien hizo la manifestación respectiva”.

El indicio de oportunidad surge igualmente del texto de las comunicaciones interceptadas, pues en ellas aparece ostensible que el parlamentario accedió de manera inmediata a la ilegal petición que le formuló la asesora de la Procuraduría, tomó los datos del particular, se compromete a hacerlo lo más pronto posible, indicando que en papel membreteado su secretaria procedería a elaborar el certificado laboral. Esta por su parte, en otra conversación, confirma la entrega del documento al interesado. En este evento los indicios no solamente son graves, sino que además podía afirmarse que coherentes y convergentes, cuando lograron demostrar el acuerdo y la existencia del documento apócrifo. La regla de experiencia es evidente, porque quienes se conciertan para un solo fin y este se concreta, exige concluir que se trata de la materialización de un acuerdo previo.

Agrega el fallo que si bien los análisis técnicos efectuados sobre el documento en cuestión no arrojaron resultados concluyentes para la autoría de la firma de DG, no por ello el documento o instrumento final del acuerdo desestima la identidad de la conducta, por considerar que el documento efectivamente tuvo su formación en un hecho ilegal consentido y ejecutado, tendiente a plasmar la voluntad expresada por el agente. Por ello si bien el parlamentario no incurre en falsedad ideológica en documento público, por cuanto su firma no coincide con la plasmada en el documento, y por ello no es auténtica, sí está incurso en falsedad material en documento público, como coautor de la creación de un escrito cuyo contenido contrasta con la verdad.

La asesora de la Veeduría, por su parte, y según el fallo, actuó como determinadora por inducción, figura que se concibe “como una modalidad de autoría en la falta disciplinaria, sin infracción de deber especial, pero con infracción de deberes genéricos definidos a través de la obligación que tiene todo servidor público de no infringir la Constitución y la ley, que corresponden a todo servidor público en ejercicio de su función o cargo, consistente, de conformidad con el artículo 26, en no determinar a otro servidor público a la comisión de faltas disciplinarias”.

La infracción del deber especial, en el presente caso, recae en el ejecutor material, congresista, quien está fácticamente habilitado para expedir la certificación falsa. Sin embargo, el hecho de que el determinador–inductor no se encuentre en una posición de deber especial requerido en el contexto de la infracción disciplinaria, no excusa su conducta, en tanto que el reproche disciplinario en tales casos no tiene como fuente la vulneración de los deberes funcionales especiales que le impone el cargo de asesora de la Procuraduría, sino su participación en el ilícito realizado por su esposo, quien fue utilizado en tanto titular de un deber funcional especial. En ambos concurre sin embargo la voluntad de vulnerar la ley disciplinaria”.

Caso 5. Indebida participación en política. Secretaria del Registrador Delegado de Cundinamarca

Con apoyo fundamental en la misma evidencia técnica, es decir, en las grabaciones magnetofónicas antes señaladas, el Despacho del Procurador General impuso de igual manera sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad para

ejercer cargos públicos por tres años, a la secretaria del registrador de Cundinamarca, quien de acuerdo a las constancias procesales remitió, en connivencia con su Jefe, personas al comando político de un aspirante al Congreso por el Partido Conservador, para que le prestaran apoyo al mencionado candidato. (fallo de única instancia del 22 de septiembre de 2003. Rad. 009-68642-02).

Según el fallo, en “lo que respecta a la falta disciplinaria por indebida participación en política, es verdad procesal que en la comunicación telefónica interceptada se estableció que BCTB utilizó el empleo público para influir en procesos electorales de carácter político-partidistas, al comunicarse telefónicamente con la sede de la campaña política del candidato a la Cámara de Representantes RCW y recomendar un líder político que contaba con dos mil o tres mil votos, falta calificada como gravísima, y que se subsume en el artículo 25, numeral 6 de la ley 200 de 1995. Es incuestionable que estas recomendaciones, hechas a través de comunicación telefónica, tenían la suficiente connotación para influir en un proceso electoral de carácter partidista, utilizando su empleo como secretaria de un Registrador, y con ese cargo su anuencia en las comunicaciones, en forma tal que aprovechó su investidura para la presentación del líder político, es decir, conscientemente la servidora pública utilizaba el empleo para influir en el debate electoral, porque es claro que telefónicamente revela sus simpatías, cuestionando que quien debía atender al líder político que remite no es un subalterno sino el candidato personalmente, recalcando que es una persona muy importante, pues cuenta con dos o tres mil votos, los cuales aportaría a la campaña del candidato afecto a la funcionaria de la Registraduría.

En lo correspondiente a la conducta del artículo 25, numeral 7 de la ley 200 de 1995, la disciplinada desconoció tanto las prohibiciones constitucionales y legales de tomar parte en las actividades de los partidos, movimientos y controversias políticas, ya que desde su cargo como funcionaria, dispone indebidamente del tiempo oficial, y las líneas telefónicas que se le han confiado para el cumplimiento de sus funciones, y se dedica a recomendar líderes políticos y a ofrecer cargos. De la misma manera omite el deber de proceder con transparencia e imparcialidad en sus actuaciones, por constituir estos un servicio esencial para la preservación del sistema democrático”. Dichas conversaciones telefónicas reciben confirmación cuando fueron reconocidas por parte de la implicada en su versión libre”.

Caso 6. Asesoramiento ilegal y conflicto de intereses

En el decurso de una indagación disciplinaria orientada a investigar hechos relacionados con corrupción interna en la Procuraduría General de la Nación, el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades de policía judicial y jurisdiccionales que le otorgan la Constitución y la ley, ordenó la interceptación selectiva y temporal de algunos abonados telefónicos de la entidad.

Por este medio fue posible establecer que la doctora EGA, funcionaria de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, asesoraba ilegalmente a servidores públicos que eran investigados por varias dependencias de la Procuraduría, y ejercía además la profesión de abogada, paralelamente con la función pública, concretamente ante el juzgado cuarto civil del Circuito de Bogotá, en desarrollo de un proceso ejecutivo.

Por tales hechos, a través de sentencia del 5 de mayo de 2006, el Despacho del Procurador General de la Nación le impuso sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 18 años (Rad. 009-117262-05).

Según el fallo de primera instancia, “las interceptaciones telefónicas y otras pruebas aducidas al expediente revelan que EGA en forma indebida realizó comportamientos reprochables al adelantar labores que le estaban vedadas, pues prevalida de su investidura solicitaba a las autoridades judiciales información para uso no oficial, y desde el computador que le asignó la entidad, elaboraba recursos para los disciplinados, escritos que luego harían parte de los procesos que se tramitaban en la Procuraduría. Tales comportamientos resultan a todas luces censurables, pues excede el deber funcional que le asistía a la funcionaria, que no era otro que actuar conforme a las previsiones normativas de la actividad pública por la que recibía un emolumento mensual, en calidad de profesional universitario, y no de asesora o litigante, con o sin retribución por sus ilegales gestiones”.

Y agrega el fallo: “Está probatoriamente acreditado el flagrante asesoramiento a los disciplinados concejales de Riohacha, a quienes con lujo de detalles explicó por vía telefónica su situación procesal y posibilidades defensivas, al igual que sus gestiones como litigante ante el Juzgado Cuarto Civil del

Circuito de esta ciudad. Es asombrosa la displicencia por los más elementales principios éticos que mostró la disciplinada, al combinar el desempeño de sus deberes públicos con el ejercicio privado de la profesión. De esta manera defraudó no solamente la función pública, sino los parámetros deontológicos de su profesión, con la agravante de que usaba su investidura, cargo y nombre de la profesión para obtener datos que de otra manera le serían negados”.

Son, de acuerdo con la sentencia, varias las comunicaciones telefónicas interceptadas legalmente, donde GA se comunica con el abogado con quien litiga, para coordinar aspectos del manejo del proceso civil antes citado, y con el despacho judicial donde el mismo se tramitaba, a efectos de obtener información que le permitiera ejercer control sobre el trámite procesal.

Como si lo anterior no fuera suficiente, advierte la Providencia, la disciplinada asesoró a un ex servidor de la Registraduría Nacional que fue destituido por la Procuraduría, y llegó hasta elaborarle un escrito para que solicitara la revocatoria directa del fallo sancionatorio, pues al confrontarse el documento hallado en el disco duro del equipo de cómputo asignado a la funcionaria, resulta material y sustancialmente idéntico al recurso que fue presentado.

Con apoyo en tales premisas fácticas y normativas, el Procurador General le impuso la sanción disciplinaria antes citada, al encontrarla responsable de la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48, numeral 1 de la ley 734 de 2002 por “realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”.

Caso 7. Indebida participación en política. Asesor Registraduría Delegada de Cundinamarca

Las mismas interceptaciones de teléfonos son el fundamento probatorio del fallo que emitió el despacho del Procurador contra un profesional universitario, asesor del Registrador de Cundinamarca antes citado, quien prestó un apoyo en transporte de votantes a favor de un candidato en el debate electoral de 2002, utilizando indebidamente los bienes del Estado, para favorecer causas políticas. Fue sancionado con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por tres años (fallo de única instancia del 9 de mayo de 2003. Rad. 009-68646-02).

Según el fallo, “ha quedado claramente establecido que dentro de las actividades del funcionario no estaba la de tratar temas relacionados con el transporte de electores simpatizantes de las campañas políticas el día de las elecciones. La Registraduría no está en la obligación legal de proveer o facilitar el transporte de electores, y por ello no era competencia del disciplinado tratar estos temas con los candidatos. Además, el apoyo que ofrece a la campaña del candidato, lo hace en su propio nombre, no en el de la Registraduría, lo cual revela la claridad del disciplinado al respecto. Por otra parte, en el caso bajo examen el disciplinado hizo uso del recurso humano público encarnado en él mismo, al disponer de su tiempo como servidor público para hacer proselitismo político, y lo mismo hizo con el uso del teléfono a su servicio.

Así las cosas la acción que se le reprocha al disciplinado fue cometida dentro del horario de trabajo y utilizando bienes del Estado. La conducta imputada prohíbe tanto la utilización de bienes, del recurso humano o del tiempo o jornada de trabajo, al servicio de campañas o partidos políticos”. En otra conversación le solicita a una persona el “número de los candidatos por los cuales hay que votar”, y luego proporciona a otros los respectivos números y nombres de los candidatos por los cuales se debe sufragar. La indebida participación en política no puede ser más clara, y deriva de la inducción o influencia sobre un particular, para que vote por los candidatos señalados”.

Caso 8. ESAP. Tráfico de influencias y nóminas paralelas

Un caso adicional tiene que ver con el proceso disciplinario que se tramitó como consecuencia de la contratación irregular de un considerable grupo de personas que conformaban una nómina paralela en la Escuela Superior de la Administración Pública, y cuyo objetivo principal fue favorecer políticamente al señor Mario Rincón Pérez, quien para entonces se desempeñaba como Representante a la Cámara y miembro de la Comisión de Acusaciones de la referida Corporación.

Entre las diversas pruebas que demuestran la vulneración de los principios de imparcialidad, igualdad y moralidad y selección objetiva en la celebración de los contratos de prestación de servicios en la ESAP, a favor del Representante Rincón y su causa política, aparecen, como prueba trasladada, varias transcripciones de interceptaciones telefónicas legalmente decretadas, donde el referido

parlamentario sostiene diálogos amistosos con Directivos de la ESAP, y les solicita la vinculación a esa entidad de varios recomendados políticos.

El material de audio que constituye el soporte material de las interceptaciones telefónicas judicialmente ordenadas constituyó en el presente caso una evidencia física, que debidamente sometida a las reglas sobre cadena de custodia, transcrita y verificada su autenticidad, se valoraron como pruebas de cargo contra Mario Rincón y los Directivos de la ESAP (dos directores, la Secretaria General, la Jefe de personal), sancionados con destitución e inhabilidades para ejercer cargos públicos entre 3 y 5 años⁴.

Caso 9. Indebida participación en política. Delegado del Registrador en el Departamento del Cesar

En la misma perspectiva de análisis, una interceptación de comunicaciones telefónicas ordenada legalmente por el Procurador General, permitió acreditar procesalmente, en desarrollo del mismo debate electoral de 2002, la indebida participación en política del Registrador Delegado para el Departamento del Cesar. En diversas conversaciones el mencionado servidor público les recomienda a otros empleados de la misma entidad, es decir, a sus interlocutores telefónicos, que sufragaran por un candidato, con cuya elección podrían obtener ventajas burocráticas. En su versión libre efectivamente reconoce su voz en la evidencia física, pero anota que sólo “formuló insinuaciones amistosas a sus amigos para que hicieran uso del derecho al sufragio, sin presión alguna”.

Mediante fallo de única instancia del 21 de mayo de 2003, el Procurador General de la Nación lo sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por 5 años. (Rad. 009-68623-02). Se indica en la sentencia que “la prohibición absoluta de participar en política cobija a todos los funcionarios pertenecientes al sistema electoral, en virtud del artículo 127 de la Carta Política. En el presente caso las grabaciones magnetofónicas demuestran el ejercicio de prácticas tendientes a favorecer o discriminar según la filiación política, influir en el ejercicio del sufragio, y solicitar votos por determinado candidato.

El registrador del Cesar, concluye el fallo, “utilizó su cargo, no sólo para hacer campaña a favor de uno o más candidatos sino también para influir en sus

⁴ Fallo de 23 de febrero de 2004, suscrito por el Procurador General de la Nación, doctor Edgardo José Maya Villazón. Rad. 009-53154-01.

subalternos, a quienes contribuyó a nombrar o sostener en sus cargos, solicitándoles que dieran su voto por el candidato de sus preferencias, sin que fueran necesarias amenazas u otro tipo de constreñimiento, porque el solo hecho de ser el superior administrativo y tener poder de decisión sobre sus cargos, les imprimía a sus peticiones un carácter imperativo, orientado a influir ilícitamente en el proceso electoral, independientemente del resultado de su actividad”. En tal orden de ideas, abusó de sus funciones al utilizar los elementos de su despacho para hacer proselitismo o desempeñar en cualquier sentido la actividad política, por disponer de su tiempo y horario para gestionar ese tipo de intereses, y ello sustenta la sanción disciplinaria que la Procuraduría le impone.

Caso 10. La Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la nulidad de pleno derecho de las interceptaciones telefónicas realizadas ilícitamente

Mediante fallo del 22 de junio de 2006, la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Moreno García confirma la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró la nulidad del fallo disciplinario que dictó la Procuraduría General de la Nación contra SAG, en su condición de Ministro de Comunicaciones, por la adjudicación irregular de emisoras de frecuencia FM, ya que tales actos, según el Ministerio Público, infringieron los principios de transparencia e imparcialidad, como quiera que con ellos se procuró favorecer a los amigos y aliados políticos del gobierno de turno.

A título de restablecimiento del derecho, el fallo condena a la Procuraduría a cancelar el registro de la sanción y ordenó devolverle al actor lo pagado por concepto de multa, si dichos dineros hubieren sido pagados.

El argumento central de la sentencia apunta a que los fallos disciplinarios se sustentan fundamentalmente, para efectos de la imputación fáctica, en una prueba ilícita, es decir, en una interceptación realizada sin orden de autoridad judicial competente, con base en la cual se obtiene una conversación entre ministros, donde se refieren a la necesidad de adjudicar la licitación a los amigos del gobierno, que publicó la revista *Semana*, pero cuyo origen y autenticidad se desconoce. El Consejo de Estado estima que dicha grabación magnetofónica, por ser nula de pleno derecho, en cuanto vulneradora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no podía ser apreciada como sustento pro-

batorio del fallo disciplinario, y ni siquiera se le podía utilizar como criterio orientador de la investigación.

Al respecto, indicó el Consejo de Estado:

“La acusación la planteó el Procurador así: “PRIMERO: Formular cargos disciplinarios en contra del doctor Saulo Arboleda Gómez, de condiciones civiles y personales conocidas, por haber desconocido lo establecido en los artículos 209 de la Constitución Política, 29 de la ley 80 de 1993 y 2 del Decreto 855 de 1994, y por haber incumplido los deberes previstos en los numerales 1º, 2º, 13, 22 y 23 del artículo 40 de la ley 200 de 1995, al seleccionar como contratista para la concesión de licencias para emisoras de frecuencia modulada, al señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, según hechos ocurridos dentro de las circunstancias de lugar, tiempo y modo referidas en esta providencia, cuando se desempeñaba como Ministro de Comunicaciones”. (f. 86 c. # 9).

En los hechos materia de investigación, y en lo pertinente al cargo, dijo el Procurador, que “la revista *Semana*, en su edición 798 de agosto de 1997, publicó el artículo denominado ‘Conversación entre Ministros’ y dio a conocer parte del contenido del diálogo sostenido entre los Ministros Saulo Arboleda Gómez y Rodrigo Ignacio Villamizar en el que se refieren a las razones que se deben aducir al señor Presidente de la República para que una de las propuestas seleccionadas sea la de Mario Alfonso Escobar, en lugar de la presentada por Oiga, Mire, Vea Ltda. Esta conversación corresponde a la efectuada el día 21 de julio de 1997, a las 9:25 de la mañana a través del sistema conferencia”.

En la misma providencia el Procurador relacionó las pruebas recaudadas, entre las cuales está la visita en la revista *Semana* y un “dictamen pericial sobre el casete que contiene la totalidad de la conversación sostenida entre los ministros y se estableció que la misma no fue editada o manipulada por corresponder aun (sic) diálogo espontáneo y continuo entre los interlocutores (folios 135 a 138 del cuaderno original número 1)”.

La grabación fue calificada por el Procurador como genuina, entre otras razones porque fue aceptada por el doctor Rodrigo Villamizar en su comunicado de prensa y su contenido como cierto según determinadas pruebas que igualmente relacionó (f. 69 c. # 9).

Dicha providencia, en síntesis, se refirió ampliamente a la conversación telefónica en cuestión, como puede verificarse a folios 69, 70 y 75 de la providencia que formuló el cargo.

Y en relación con su legalidad sostuvo el Procurador que ha sostenido que en casos como el presente, en que se cuestiona la licitud de la forma como se grabó la conversación telefónica entre dos personas, se deben aplicar las reglas de la fuente independiente y autónoma y la del descubrimiento inevitable, “previstas” (sic) para las pruebas que deriven de un elemento de convicción que puede afectar derechos fundamentales, y a continuación transcribió lo pertinente del “fallo del 23 de junio de 1997, proceso seguido contra José Daniel Perea Arce y Miguel Santiago Luna Estela”. (fs. 60-62 c. # 9).

Al punto, la Sala advierte en primer lugar que no se presta a la menor duda que la aludida conversación telefónica calificada por el Procurador como genuina y su contenido como cierto, de conformidad con unas reglas “previstas” en no se sabe qué estatuto, no es de recibo en aplicación de las reglas esas sí previstas en la Constitución Política (artículo 29 in fine), según las cuales

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, para la Sala es evidente que el Procurador partió del supuesto de que la grabación de la conversación telefónica fue ilegal, amén de que en el expediente no obra la autorización judicial que la habría legitimado.

Por consiguiente, a la luz del claro mandato constitucional transcrito, dicha grabación es nula de pleno derecho, lo cual significa que ni puede ser genuina, ni cierto su contenido, porque si pudieren verificarse esas cualidades por el operador jurídico, no se estaría enfrente de una nulidad absoluta o de pleno derecho, sino de una nulidad relativa o parcial, que permitiría algún efecto jurídico.

La nulidad absoluta o de pleno derecho con que la Constitución Política sanciona a la prueba obtenida con violación del debido proceso, sin más condiciones, vale decir, independientemente de que ella sea auténtica o su contenido cierto, impide tratar de averiguar, como lo hizo el Procurador, por su autenticidad o certeza, y cuando tal averiguación se llevó a cabo, lo que hizo dicho funcionario no fue más que infringir directamente dicho mandato constitucional, tratando de legitimar su conducta con las argucias de que se habló anteriormente, así se las

hubieran aplicado a un gran número de procesados disciplinariamente. Tampoco permite la Constitución Política en la norma transcrita, la convalidación de la prueba obtenida en esas condiciones, como para poder invocar que uno de los afectados la aceptó en su comunicado de prensa, fuera de que en todo caso no fue el actor.

Por consiguiente, al haber tenido el Procurador como soporte para formular el cargo disciplinario al demandante, una prueba nula de pleno de derecho, quebrantó de manera ostensible y grosera el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, arriba transcrito”.

Caso 11. Interceptación ilícita de comunicaciones telefónicas y regla de exclusión. Caso Senador García

Mediante fallo del 11 de octubre de 2005, el despacho del Procurador General de la Nación dispuso el archivo definitivo de la actuación disciplinaria adelantada contra AGR, por posible participación en la Masacre de Macayepo, ejecutada por grupos de autodefensas el 16 de octubre de 2000, por cuanto la única evidencia física que se tomó como origen de la indagación, está constituida fundamentalmente por una grabación magnetofónica lesiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado que se citó en el acápite anterior, no puede ser apreciada como prueba que sirva de sustento a una decisión disciplinaria, y ni siquiera como criterio orientador de una investigación.

De acuerdo con la referida providencia “en informe del 07 de octubre del año 2000, suscrito por la Sección de Inteligencia del Comando Departamental de Policía de Sucre, se consigna la transcripción de una conversación telefónica realizada el 6 de octubre de 2000, al parecer entre el senador AGR y el Ganadero JG, donde presuntamente tratan temas relacionados con el hurto de ganado y las acciones a realizar para contrarrestar este delito.

Tal informe sirvió de fuente para que la revista *Semana*, del 3 de junio de 2002, publicara tal conversación bajo el título “Coincidencias Macabras”, afirmando que el diálogo transcrito tenía relación con los hechos de violencia sucedidos el 16 de octubre de 2000, en el Corregimiento de Macayepo, jurisdicción del municipio de El Carmen de Bolívar, en el Departamento de Bolívar, donde perdieron la vida varios campesinos de la región, se provocó el desplazamiento forzado de los pobladores, y fueron señalados como responsables de los mismos a grupos paramilitares que operan en la zona.

La presente investigación disciplinaria se sigue en contra del Senador AGR, por su presunta participación en la masacre de Macayepo sucedida el 16 de octubre de 2000, en el sentido de haber intervenido ante el Gobernador de Sucre y la Infantería de Marina para que ésta última retirara sus tropas de la jurisdicción de El Carmen de Bolívar y San Onofre, para facilitar el accionar de los grupos armados al margen de la ley en esta zona y contrarrestar la serie de hurtos de que estaban siendo víctimas los propietarios de las fincas ubicadas en las zonas rurales de estos municipios.

Con el fin de examinar la conducta del Senador Álvaro García Romero y su presunta responsabilidad disciplinaria en el acontecer de los hechos, se incorporaron a la actuación, entre otros, los siguientes medios de prueba:

Para el año 2000 el Senador García Romero indicó que poseía las líneas telefónicas fijas Nos. 2573840, 2801548 de las ciudades de Bogotá y Sincelejo, respectivamente, y la línea celular No. 3362430. Con la anterior información se verificó el reporte de llamadas entrantes y salientes a estos abonados telefónicos, correspondiente al mes de octubre del año 2000, estableciéndose que no hubo comunicación entre éstos, con la línea telefónica No. 2843797 que pertenecía a la Primera Brigada de Infantería de Marina con sede por la época de la ocurrencia de los hechos en Sincelejo (Sucre), lo que lleva a determinar que no se encuentra demostrado que el Senador haya siquiera sostenido comunicación ante el Comando de esta institución.

De igual manera, frente a la supuesta solicitud efectuada al doctor Eric Julio Morris Taboada, quien se desempeñaba para el año 2000 como Gobernador del Departamento de Sucre, en declaración rendida ante la Procuraduría General de la Nación, manifestó que el Senador García Romero, no había solicitado su mediación ante la Infantería de Marina para mover la tropa en ese departamento, además, porque desde mediados del mes de octubre de 2000 y hasta los primeros días de noviembre del mismo año, se encontraba en licencia no remunerada por lo cual no ejercía funciones de Gobernador.

Por último, se tiene que tras las visitas realizadas a los diferentes organismos y procesos, no se halló elemento de juicio alguno que permita tener por cierto que el Senador solicitó a la Infantería de Marina el movimiento de tropas para facilitar la incursión de los grupos al margen de la ley al lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos.

Así las cosas, adelantada la investigación disciplinaria se observa que no hay medios de prueba que demuestren la presunta participación del senador GARCÍA en los hechos sucedidos el 16 de octubre de 2000 en Macayepo, lo que hace necesario el archivo de la presente actuación disciplinaria.

Pese a lo anterior, se ha de aclarar que la actuación de la fuerza pública en los hechos sucedidos en el Corregimiento de Macayepo fue objeto de investigación disciplinaria bajo la radicación No. 155-73389-02 dentro de la cual fue vinculado y sancionado el Capitán de Navío de la Infantería de Marina Hernando Alfonso Jama Arjona, quien fungía como Comandante de la Primera Brigada de Infantería de Marina, para la época de los acontecimientos.

En el precedente orden de ideas, se tiene que la etiología fáctica de esta actuación disciplinaria gravitó en forma exclusiva en los sucesos ocurridos en el Corregimiento de Macayepo, entre el 12 y 17 de octubre del año 2000, por la posible vinculación del Senador García Romero, en la comisión de estos delitos que materialmente fueron desplegados por las autodefensas, en los cuales como se refirió en los acápites superiores, el investigado no resulta comprometido disciplinariamente, pues conforme a los medios de prueba aportados se estableció en forma contundente que tal comportamiento no se verificó, lo que conduce inexorablemente a sostener que la falta disciplinaria no ha existido y ello convoca al despacho a disponer el archivo definitivo de la actuación”.

Caso 12. Sanciones disciplinarias por interceptaciones telefónicas ilegales y masivas en el Guala de Medellín

Mediante fallo de única instancia del 7 de octubre de 2003⁵, el Despacho del Procurador General de la Nación sancionó con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos al Teniente Coronel Mauricio Alfonso Santoyo y a otros oficiales y agentes de la Policía Nacional, al concluir, con apoyo en el material probatorio aducido al expediente, que desde el Guala de Mede-

⁵ Con providencia del 7 de abril de 2006, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Subsección B, con ponencia del Consejero Dr. Tarsicio Cáceres Toro (Rad. 25000-23-25-000-2005-03806-01), ordenó la suspensión provisional del este acto administrativo, por irregularidades en la notificación del mismo, ya que la misma se llevó a cabo cuando los términos se encontraban suspendidos por vacancia judicial de la entidad. Sin embargo, no se ha pronunciado aún la jurisdicción contenciosa sobre los fundamentos del fallo, los cuales mantienen vigencia.

llín ordenaron y llevaron a efecto, durante un lapso temporal apreciable, una cantidad significativa de interceptaciones telefónicas sin orden judicial y sin motivación jurídicamente atendible, vulnerando así, de manera ostensible los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los ciudadanos.

Según la sentencia, “las pruebas aportadas en la etapa de indagación preliminar e investigación permitieron inferir que las órdenes de interceptación telefónica fueron entregadas por funcionarios del Grupo Antiextorsión y Secuestro (Gaula) de la Policía Nacional de Medellín, que las firmas que aparecen en los oficios son falsas, y que estas fueron manejadas a través de las líneas privadas del Gaula, con el pleno conocimiento de sus comandantes y del funcionario de EPM encargado del trámite de enlace.

Se tiene además, que la Oficina de Vigilancia y Control encargada del trámite de los oficios de interceptación telefónica en EPM, a pesar de lo delicado de la función asumida, pues se trata de la afectación de derechos pilares del sistema democrático como lo es la libertad de comunicación y el derecho a la intimidad, entre otros, no implementó ningún sistema o mecanismo que le permitiera evitar desmanes o abusos por parte de quienes elevan tales solicitudes. Tampoco es clara su actuación en cuanto al control que ejercía sobre sus propios empleados y el trámite correspondiente a las interceptaciones telefónicas.

Puede decirse que la interceptación de comunicaciones telefónicas es una de las excepciones que la propia Constitución admite a la inviolabilidad de las comunicaciones y por consiguiente, una injerencia justificada en la vida íntima y privada de las personas; sin embargo, del contenido de la norma constitucional y de la norma procedimental que desarrolla tal postulado, surgen límites a esta facultad para reprimir abusos y arbitrariedades que vulneren los derechos de las personas, los cuales pueden resumirse de la siguiente forma:

1. La interceptación debe ordenarse en el curso de un proceso penal.
2. La orden de interceptación telefónica debe ser impartida por el Fiscal de conocimiento del proceso.
3. Se debe señalar con claridad cuál es el objetivo que se persigue con la interceptación.

4. La orden de intervención del abonado se debe materializar por escrito, primero a través de una resolución o providencia en la que se motive la decisión y luego, mediante comunicación documental a la empresa telefónica prestadora del servicio que deberá cumplir la orden de interceptación realizando las operaciones técnicas requeridas.
5. La autoridad de policía judicial interviene exclusivamente por asignación o comisión del Fiscal.
6. Verificado el objeto de la interceptación, el funcionario de policía judicial debe rendir informe escrito certificado al Fiscal.
7. Las grabaciones deben pasar a formar parte del expediente.
8. Si hay lugar a nuevas pruebas, por ejemplo, individualización e identificación de las personas intervinientes en las conversaciones grabadas, debe mediar decisión del Fiscal ordenando las pruebas pertinentes.

De acuerdo a las piezas probatorias obrantes en el plenario, las conclusiones de la investigación disciplinaria se pueden resumir de la siguiente forma: En los archivos de EPM se encontraron múltiples oficios de interceptación y desinterceptación de líneas telefónicas con cargo a las líneas privadas (LP) del Grupo Gaula de la Policía Nacional con sede en la ciudad de Medellín. Los abonados telefónicos intervenidos entre los años 1997 y 2001 se especifican de la siguiente forma: Total de líneas interceptadas: 1.808.

Los doctores Julio César Jaramillo Escobar, Jairo Montoya Jiménez, Roberto Manosalva Isabella y Ana Helena Gutiérrez Gómez, Fiscales Especializados destacados ante el Grupo Gaula de la Policía en Medellín entre 1997 y 2001, aparecen suscribiendo los oficios de interceptación y desinterceptación obtenidos en EPM; sin embargo, en declaración bajo juramento manifestaron no reconocer las comunicaciones que les fueron puestas a la vista y además señalaron que las firmas que aparecen en los oficios no corresponden a su rúbrica tildando así de espurios los documentos.

Adicional a la manifestación de falsedad que hicieron los fiscales, tras los experticios técnicos realizados por los peritos grafólogos comparando las firmas acopiadas a los fiscales con las que aparecen en los oficios tildados de apócrifos,

se concluyó que las firmas atribuidas a los doctores Julio César Jaramillo Escobar, Jairo Montoya Jiménez, Roberto Manosalva Isabella y Ana Helena Gutiérrez Gómez obrantes en las órdenes de interceptación y desinterceptación telefónica son producto de imitaciones.

Además, la Fiscalía destacada ante el Grupo Gaula de la Policía Nacional en Medellín contaba con un libro radicador de registro y control de las interceptaciones ordenadas por el ente investigador en desarrollo de las investigaciones a cargo, según el cual al finalizar el año 97 solamente se habían ordenado 2 interceptaciones y durante el año 1998 se dispuso la interceptación de aproximadamente 36 líneas, lo cual no corresponde al volumen de interceptaciones que de acuerdo a los oficios llegados a EPM se realizaron por mandato de esta Fiscalía durante este tiempo (731). De ninguno de estos oficios se halló copia en los archivos de la Fiscalía ni registro en sus libros de control.

Podríamos así decir, que entre las interceptaciones efectivamente ordenadas por la Fiscalía y las llevadas a cabo mediante la falsificación de la orden, semanalmente se producían 11 o 12 interceptaciones, siendo evidente que el Gaula contaba con líneas suficientes para atender esta demanda.

Pero es que además se observa, que por el reducido número de interceptaciones autorizadas por la Fiscalía, no se justificaba el elevado número de veces que el Intendente Ceballos acudía a EPM; esto sólo se explica por el hecho de tener que llevar los oficios que contenían las órdenes de interceptación ilegal.

Entonces, del conjunto de pruebas que fueron acercadas de manera legal a la investigación disciplinaria y luego de hacer la valoración crítica y el análisis integral de las piezas probatorias, se puede afirmar sin lugar a equívocos, que se encuentra plenamente probado:

- que los oficios de comunicación de interceptación y desinterceptación telefónica fueron falsificados,
- que las órdenes de interceptación falsificadas fueron llevadas a EPM por funcionarios del Gaula,
- que las líneas privadas (LP) a las cuales se enlazaron los teléfonos interceptados con base en los oficios falsificados, pertenecían al Gaula y se hallaban instaladas en su sala técnica,

- que los funcionarios de EPM realizaron efectivamente los enlaces entre las líneas intervenidas y las líneas privadas del Gaula,
- que los oficios falsificados fueron ciertamente utilizados por los funcionarios del Gaula para alcanzar su propósito de interceptación de las comunicaciones privadas de las personas usuarias de los abonados intervenidos, y
- que las comunicaciones realizadas a través de los teléfonos intervenidos ciertamente se escucharon en el Gaula.

Con lo anterior, se concluye que indudablemente se vulneraron los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas las personas usuarias de los abonados telefónicos interceptados de manera irregular por el Grupo Gaula de la Policía Nacional con sede en la ciudad de Medellín en los años 1997 a 2001, con lo cual se transgredieron los mandatos de la Constitución Política, los instrumentos internacionales acogidos por Colombia en esta materia y en particular, las normas del Código de Procedimiento Penal que contienen los requisitos formales y sustanciales para llevar a cabo la interceptación telefónica por parte de las autoridades.

Pero además, las pruebas revelan con absoluta claridad que para materializar la ilicitud de interceptación ilegal de comunicaciones con la consecuente violación de los derechos a la intimidad de las personas que utilizaban las líneas intervenidas como medio de comunicación privada, sus autores incurrieron en falsedad documental, pues según se probó a lo largo de la investigación, los oficios que sirvieron como base para la interceptación de las líneas telefónicas por parte del Grupo Gaula de la Policía de Medellín fueron falsificados. Falsedad que se concreta de dos formas: primero, por la utilización de los documentos falseados, pues no cabe duda de que estos fueron presentados por los funcionarios del Gaula ante EPM para alcanzar la realización de las interceptaciones, sin lo cual no se habría logrado el propósito ilegal que se proponían sus autores y, en segundo término, por la destrucción u ocultamiento de los documentos que desde el Gaula se enviaban a EPM solicitando la revisión y reconexión de las líneas telefónicas intervenidas y además, de los documentos que EPM dirigía al Grupo Gaula informando sobre los problemas que se presentaban para ejecutar las órdenes de enlace y las respuestas que daba EPM al Gaula sobre sus solitu-

des de revisión de las líneas interceptadas, pues también aparece claro que estos documentos no fueron hallados en los archivos del Gaula a pesar de haber sido recibidos en ese organismo y por supuesto, tampoco se hicieron llegar al fiscal ya que como ha quedado establecido, las interceptaciones se realizaron sin que este las conociera, para lo cual se recurrió a la falsificación de sus firmas.

Desde este punto vista, vemos que los oficios a través de los cuales se comunica a la empresa de teléfonos la orden de interceptar un teléfono de un particular enlazándolo a las líneas privadas de un organismo de investigación, reúnen todas las características de lo que conocemos como documento, pues efectivamente se trata de objetos materiales que incorporan unos signos expresivos del pensamiento humano cumpliendo la finalidad de dar a conocer su contenido, que para el caso sería del Fiscal al funcionario de EPM que debe concretar el enlace entre las dos líneas.

Ahora bien, cuando estos documentos son expedidos por una autoridad dentro del ámbito de su propia competencia y con las formalidades acostumbradas tales como el logo de la entidad —que para el caso es el de la Fiscalía—, fecha de expedición, número consecutivo del oficio, número de radicación de la investigación penal, detalle de la operación técnica a realizar (enlace), identificación de la línea telefónica a intervenir y de la línea privada, se puede decir que se trata de verdaderos documentos públicos cuya finalidad es brindar convicción a la otra autoridad —en este caso EPM—, sobre la decisión de interceptar un teléfono; por el contrario, es decir, ante la falta de este documento (oficio) que comunica la decisión de interceptar un teléfono, es claro que los funcionarios de EPM no podrían proceder a realizar el enlace, convirtiéndose de esta manera, en un instrumento idóneo de prueba de la voluntad de la autoridad (Fiscalía) que comunica la decisión. Entonces, como estos documentos cumplen esa finalidad específica, adulterarlos, deformarlos o desfigurarlos necesariamente constituye falsedad en documento público, máxime cuando se recurre a la imitación de la firma del fiscal.

Ya en el campo del derecho y más concretamente desde el punto de vista procesal, el documento se convierte en un medio de prueba real para alcanzar la convicción sobre la verdad de un determinado hecho.

En todo caso, las pruebas revelan que el TC Santoyo era quien se hallaba a la cabeza de esta operación y que los CT Grijalba y CT Baracaldo compartían con este el liderazgo de las acciones y la planeación de las acciones, mientras que el Sargento Piza oficiaba como responsable de las acciones de ejecución o materialización de los planes como quiera que era el encargado de llevar los oficios a EPM y servir de enlace entre los analistas y sus superiores, teniendo además la función de velar por la concreción de los enlaces, la escucha de las conversaciones y los informes de resultado. En cambio, con respecto a los señores Ceballos, Durango y Álvarez su participación se limitaba a la escucha física de las conversaciones y el paso al Sargento Piza de los datos e informaciones interesantes para el proyecto.

Todo lo anterior, porque como ya se ha indicado no era una persona o funcionario de determinada dependencia, quien se beneficiaba con la ejecución de las interceptaciones, sino el Grupo Gaula como un todo y además, porque según se ha advertido tampoco es admisible la realización de las ilicitudes por parte de una sola persona puesto que una empresa de las características de esta requería de la participación de múltiples actores cumpliendo roles diferentes y la apropiación de variados equipos, sin lo cual no se hubiera podido alcanzar el propósito trasgresor fijado como objetivo colectivo, en el marco de una verdadera estructura organizada de poder.

De acuerdo a los cargos elevados, el Teniente Coronel Santoyo consintió y aprobó que funcionarios del Grupo Gaula bajo su mando, tramitaran ante EPM órdenes de interceptación telefónica producto de una falsificación (primer cargo); faltó a la verdad al suscribir oficios dirigidos a EPM en los que alude autorizaciones de interceptaciones telefónicas concedidas por el fiscal, cuando la realidad es que estas se basaron en documentos falseados (segundo cargo); y consintió y aprobó que funcionarios del Grupo Gaula bajo su mando dieran uso indebido a los bienes y equipos asignados por el Estado a ese organismo, mediante la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas sin el lleno de los requisitos establecidos en la Constitución y la ley (tercer cargo).

En primer lugar, no existe asomo de duda sobre la falsificación de las órdenes de interceptación que fueron halladas en EPM, pues en refuerzo de las declaraciones de los fiscales en las que tachan de falsas las firmas que aparecen en los oficios de interceptación y desinterceptación de abonados telefónicos,

se cuenta con los dictámenes grafológicos que respaldan a plenitud estos señalamientos.

En segundo lugar, está probatoriamente acreditado que tales órdenes fueron entregadas en EPM por funcionarios del Grupo Gaula de la Policía de Medellín, aseveración esta que se encuentra suficientemente respaldada en las manifestaciones hechas por el señor Jorge Bastidas Abril, como funcionario encargado de recibirlas en la División de Seguridad, Vigilancia y Control de EPM. Además, tales órdenes sirvieron de amparo a los funcionarios del Grupo Gestión Daños de EPM para la realización técnica de los enlaces de las líneas telefónicas a las líneas privadas del Gaula como acreditación de legalidad de la orden, lo cual fue corroborado por los propios funcionarios encargados de la operación y además, porque estos documentos fueron hallados en EPM.

En cuarto lugar las aludidas líneas telefónicas fueron efectivamente enlazadas a las líneas privadas (LP) del Grupo Gaula de la Policía que operan en su Sala Técnica de Grabaciones, según consta en cada uno de los oficios –señal de OK–, porque así lo declararon los funcionarios responsables de la operación y además, porque este hecho se verificó en visita especial adelantada al Grupo de Gestión Daños de EPM constatando el procedimiento de la operación y su registro en el sistema de información.

Finalmente, el conjunto de pruebas acumuladas en el proceso obliga a concluir que las interceptaciones se materializaron al grado que en la Sala Técnica del Grupo Gaula efectivamente se escuchaban las comunicaciones suscitadas a través de las líneas intervenidas, lo cual se corrobora con las declaraciones de los técnicos de EPM encargados de los enlaces y con los oficios que se producían en el Gaula solicitándole a EPM la revisión de los enlaces ante daños que se presentaban, por las pérdidas de línea o las dificultades en la escucha de las comunicaciones.

Entonces, si esto es así, no cabe duda de que el comandante del Gaula era la persona que reunía a plenitud estas condiciones, máxime que según se probó en el proceso, varias de las interceptaciones irregulares guardan relación directa con las investigaciones a cargo de este organismo, de las cuales derivaron resultados positivos que sin duda elevaron la calificación del grupo ante sus superiores, ante las demás autoridades y la comunidad en general. Este

particular hecho deja al descubierto otra situación, pues al preguntarse sobre el propósito o fines que se perseguían con la realización de las interceptaciones, la respuesta aparece clara en el proceso: el objetivo o finalidad que se buscaba alcanzar consistía en lograr resultados a cualquier precio (positivos), con lo cual el Grupo Gaula y por supuesto, sus comandantes y directivos lograban reconocimientos y méritos en el servicio.

De lo anterior se desprende que no es cierto que el TC Santoyo fuera ajeno al trabajo realizado por los miembros de la sala y que no manejara información sobre las interceptaciones, con lo cual se desvirtúa la excusa que pretende edificar al tratar de sugerir que sus actividades se limitaban a la participación en reuniones oficiales y la atención que brindaba a las víctimas del secuestro o la extorsión.

En suma, pretender que el TC Santoyo no dirigía ni coordinaba la sala de grabaciones, que el Sargento Piza actuaba como una rueda suelta en el Gaula con plena autonomía sobre el manejo de los equipos y del personal que formaban el grupo de analistas, que los funcionarios de la sala no debían obediencia a su superior policial sino al fiscal, que los beneficios que pudieran derivarse de las interceptaciones no cobijaban al Grupo Gaula ni a su comandante y que este era tan ajeno a las ilicitudes al grado de ser una víctima más de las falsificaciones, no son otra cosa que malas justificaciones que pretenden disfrazar la verdadera incidencia y participación del Teniente Coronel Santoyo en los hechos averiguados.

En este punto, emerge con claridad meridiana que para la fecha de inicio de la cadena de ilicitudes que comprenden esta investigación disciplinaria, el cuadro directivo Gaula lo formaban el TC Santoyo como su director (comandante), el Capitán Grijalba como subcomandante y hombre a cargo del grupo de secuestro, el Capitán Baracaldo como jefe de extorsión y el Sargento Piza como jefe de la sala técnica de grabaciones, en donde fungían como analistas los señores Ceballos, Durango y Álvarez. Tal y como se ha precisado es a este cuadro al que se atribuye la conformación de toda la organización, planeación de las acciones y la puesta en ejecución de la larga cadena de ilícitos. Con relación específica al TC Santoyo, las pruebas revelan su grado de participación en la planeación, dirección y organización de las actividades marcadas como hechos al margen de la ley, y para el Despacho no cabe duda de que su

incidencia era tan marcada que ha de catalogarse como coautor de todos los comportamientos ilícitos que se juzgan.

Entonces, si las interceptaciones se basaron en documentos falsificados, lo justo es decir que los documentos suscritos por el Teniente Coronel Santoyo en los cuales solicita a EPM la revisión y arreglo de los enlaces para recibir o mejorar la señal para facilitar la escucha de las conversaciones suscitadas a través de estas líneas, también se encuentran por fuera de la ley y merecen el reproche disciplinario, por cuanto aluden hechos que no son ciertos como son autorizaciones expedidas por autoridad competente –Juez o fiscal–, cuando la verdad es que estas órdenes de intervención telefónica nunca fueron expedidas por los fiscales.

Al analizar el cargo anterior, se dijo que existe suficiente prueba en el proceso para afirmar que el Teniente Coronel Mauricio Alfonso Santoyo Velasco no solo conocía y consentía la realización de las interceptaciones por fuera de la ley, sino que se hallaba a la cabeza de la planeación, organización y ejecución de todas las acciones y actividades que buscaban materializar las ilicitudes obedeciendo a un plan cuidadosamente elaborado y ejecutado por los integrantes del Gaula de la Policía Nacional que se hallaban bajo su coordinación y mando.

La comprobación del cargo de interceptación ilegal de comunicaciones con la consecuente prueba de la escucha de las conversaciones suscitadas a través de la línea intervenida, se erige como prueba esencial para afirmar la vulneración del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Tenemos entonces que de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2584 de 1993 –Reglamento de Disciplina y Ética para la Policía Nacional–, vigente hasta el 31 de diciembre de 2000, las sanciones que impone el fallo son las siguientes: al Teniente Coronel Mauricio Alfonso Santoyo Velasco, como sanción principal es la Destitución del cargo, consiste en la cesación definitiva de funciones y atribuciones y como sanción accesoria inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del presente fallo. La misma sanción principal y accesoria se impone en el fallo al Teniente Coronel (r) Germán Eduardo Flórez Sánchez, Capitán Harvey Gerardo Grijalba Suárez, Capitán Nelson Baracaldo Caballe-

ro, Capitán César Augusto Pardo Salcedo, Sargento Segundo José Emiliano Piza Reyes, Sargento Segundo Arley de Jesús Durango, Subintendente Bermín de Jesús Patiño Holguín, Dragoneante Wilson Antonio Hernández Aranda y Agente Luis Carlos Álvarez Jiménez, servidores de la Policía Nacional en su condición de integrantes del Grupo Gaula de la Policía Nacional con sede en la ciudad de Medellín.

Al señor JORGE BASTIDAS ABRIL, en su condición de Servidor Público de las Empresas Públicas de Medellín – EPM, se le impone como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de noventa días y como sanción accesoria la INHABILIDAD para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término, por haber dado trámite desde el mes de noviembre de 1997 hasta febrero del año 2001 a aproximadamente 2.000 solicitudes de intercepciones ilegales, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 15 de la Constitución y 351 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, a pesar de conocer su ilicitud, permitiendo que con su proceder se vulnerara el derecho fundamental a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de las personas”.

Capítulo Octavo

LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

1. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

La línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en torno al tema de las escuchas telefónicas se centra en la interpretación de las normas procesales que reglamentan el asunto, sin que tales fallos logren superar la insuficiencia de la regulación legal ni el déficit de garantías ostensible en la codificación que señala los requisitos, presupuestos y límites de tales injerencias. La mayor parte de los fallos se refiere a la validez y licitud probatoria de las grabaciones magnetofónicas realizadas por uno de los interlocutores en la conversación, tema cuyo estudio será abordado en el capítulo noveno de esta monografía. Seguidamente se reseñan 4 fallos relevantes de esa Corporación, donde se refiere al tema de la interceptación de comunicaciones telefónicas, como diligencia reservada, desde una perspectiva general.

En sentencia del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y seis, con ponencia del Magistrado Doctor Fernando Arboleda Ripoll (Proceso No. 9579), la Corte falló un caso en el cual al Gobernador del Departamento de Córdoba se le acusó de abusar del cargo, al exigir al proponente en un proceso licitatorio, una suma de dinero a cambio de la adjudicación del contrato de concesión.

Al proceso se allegó la grabación contenida en una cinta magnetofónica que aporta el denunciante, la cual recoge la conversación sostenida entre el señor Gobernador y el licitante, en la residencia de este último. La grabación es la

prueba más importante de cargo, puesto que fue obtenida por la víctima mediante la grabación de sus propias conversaciones.

En la grabación mencionada, que tanto denunciante como sindicado aceptan fue realizada el 27 de abril de 1993, se aprecia cómo Jorge Manzur Jattín, toma la iniciativa al decir “bueno, Pedro, cómo vamos a hacer para...”, y transcurre en términos según los cuales, Jorge Manzur solicita que se haga un cheque a nombre de Pedro Ghisays y que lo endose; éste a su vez ofrece entregarle el dinero, o en su defecto hacer un cheque por la suma de veinte millones de pesos. Se concretan los pagos cada seis meses, señalándose, que el monto ascendería a setenta millones de pesos y que apenas se tuviera el otro dinero le llamaría. Igualmente se deduce del contexto de la conversación, que el Gobernador anuncia que al final del contrato se puede hacer el mismo arreglo, pues si bien para el mes de abril de 1995 no se encontraría desempeñando el cargo de Gobernador, sí podría hacer que el Gerente de la Lotería prorrogara el contrato. Finaliza el diálogo, con la manifestación del doctor Manzur de que no se va a llevar el cheque para Bogotá, sino que va a hacer entrega del mismo.

El cheque que allí se menciona efectivamente fue girado el 27 de abril de 1993 por Pedro Ghisays Chadid, contra su cuenta personal del Banco de Colombia en Montería, a favor de él mismo, debidamente endosado como lo sugirió el Mandatario Seccional sometido a juicio, y corresponde a la cifra mencionada en la cinta, es decir, veinte millones de pesos.

Allí ya se encuentra que la denuncia sobre ese particular aspecto tiene pleno sentido, pues la Sala no halla ninguna otra explicación diferente a la mencionada por el denunciante sobre los motivos de expedición de ese título valor. Lo anterior teniendo en cuenta que si bien el Gobernador Manzur acepta haber visitado la casa de su denunciante y sostenido esa conversación, sus explicaciones sobre lo ocurrido se orientan más a pretender demostrar una eventual celada tendida en su contra, que a brindar algún argumento serio que permita restarle credibilidad al dicho del señor Ghisays.

Y si en verdad el concepto que el procesado tenía de Pedro Ghisays, como persistentemente lo ha sostenido a lo largo del proceso, era el de ser una persona de reprochable conducta, la aceptación de tales invitaciones queda sin motivación atendible y su explicación no puede encontrarse por fuera de los hechos y circunstancias referidos en la cinta magnetofónica obtenida por el denunciante.

Es por ello que las explicaciones que la Sala encuentra al reprochable proceder del sindicato no se hallan fuera del contexto del diálogo recogido en la cinta magnetofónica aportada por el denunciante a la investigación. En ella se destaca el interés del Gobernante para que el cheque fuera librado a nombre del girador y endosado por éste. Adicionalmente en ese documento consta que el acusado afirmó que ese cheque no lo llevaría a Bogotá, a donde viajaría, sino que sería entregado a otra persona; también que se comprometió a gestionar ante el Gerente de la Lotería, la prórroga del contrato por un año más, para lo cual se trajo a colación el texto del documento citado.

A este respecto debe destacarse que el cheque de veinte millones de pesos aludido en la cinta fue consignado en la cuenta de la sociedad “Ganem y Corrales” de la cual hacen parte Cristhian Corrales y su esposa. Que aquel retiró de allí la misma suma en efectivo para consignarla en la cuenta Ganadero del Banco Ganadero, de la cual hizo tres retiros, también en efectivo, por las sucesivas sumas de cinco, cinco y diez millones de pesos, respectivamente.

Pero hay más. El mismo Gobernador reconoce los términos de esas conversaciones y hasta su voz plasmada en las grabaciones oficiales que de ellas fueron obtenidas. En las transcripciones de estas cintas magnetofónicas, aparece nítidamente que el doctor JORGE MANZUR manifiesta: “Ahí se lo demostré a lo que se dio cuenta, claro a lo que yo sabía que existía la grabación cuando me entregó el cheque de los 20... Dejó el cheque a nombre de él... entonces yo se lo entregué a Cristhian para que Cristhian lo cobrara...” (fl. 379-2), lo que confirma el recibo del cheque, así como su posterior entrega a Corrales.

En razón de lo anterior, no queda duda alguna de que lo afirmado por el denunciante es cierto, esto es, que ese día el sindicato concurrió a su casa para precisar los términos del pago correspondiente a la exigencia por haber adjudicado el contrato y garantizar la futura prórroga del mismo.

Tanto sindicato como defensor, en repetidas oportunidades y en orden a controvertir la prueba de las conversaciones sostenidas con el Secretario de la Gobernación, han cuestionado la legalidad de las intervenciones telefónicas realizadas por la Policía Judicial, cuyas transcripciones y casetes obran en el expediente, referentes a lo ya mencionado y a la estrategia defensiva para afrontar los cargos objeto de este proceso, planteándose además, hacerle saber al denunciante

que, en caso de no desistir de su propósito por poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial, el Gobernador intervendría para declarar la caducidad de los contratos firmados con su administración.

Debe destacarse, sin embargo, que estas grabaciones fueron ordenadas por autoridad judicial competente, en este caso la Fiscalía Regional, mediante providencia escrita, la que fue incorporada al proceso en copia al carbón, emitida con fundamento legal y realizada de manera técnica con la debida identificación de los interlocutores.

No puede pasarse por alto que la Resolución 008 del 23 de junio de 1992 expedida por el señor Fiscal General de la Nación, sustento de la decisión ordenando interceptar las líneas telefónicas, en el artículo décimo precisa:

“En las Direcciones Regionales de Fiscalía actuarán Fiscales ante las Unidades de Policía Judicial de Orden Público que señale el Director, dirigiendo, controlando y ejecutando con los agentes de Policía Judicial, las investigaciones previas y las comisiones que los Fiscales Regionales asignen a cada Unidad”.

Estos Fiscales realizarán las diligencias de indagatoria cuando operen en sede distinta de la Regional, y el sindicado no sea puesto por la Unidad de Policía Judicial a disposición de un Fiscal Seccional, pero enviarán el proceso a la Dirección para que el Fiscal Regional al que se asigne resuelva la situación jurídica. En los procesos solicitarán al Fiscal de la Sede las órdenes de captura, allanamiento, interceptación telefónica. En las diligencias previas las ordenarán solo cuando por las circunstancias no se pueda solicitar al Fiscal de la sede y sean indispensables para asegurar la prueba”. (Destaca la Sala).

Entonces, que no obre en el presente expediente la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías a que se refiere el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, que el defensor invoca, en nada compromete la legalidad de la prueba así obtenida, pues es lo cierto que la orden de interceptación telefónica fue emitida por el Fiscal Regional con base en solicitud presentada por la Unidad Investigativa de la Policía Judicial, conforme a la competencia específica otorgada por el artículo 47 del Decreto 2699 de 1991, y para ello no es requerida la autorización que echa de menos la defensa, la cual es exigencia solo cuando el Fiscal de oficio dispone tal interceptación por considerarla ne-

cesaria y útil dentro de las investigaciones que adelanta, pero no cuando una tal solicitud proviene de la Policía Judicial y es ordenada por el Fiscal respectivo, según se desprende del tenor de las disposiciones citadas.

Del estudio de la preceptiva en comento, se establece que lo perseguido por ella, en tratándose de intervención judicial en la intimidad de las personas, es que al menos dos funcionarios intervengan en la decisión a efectos de garantizar la debida utilización de tan extrema medida. Esto es que cuando la iniciativa surja de la Policía Judicial, sea el Fiscal a cargo del asunto quien lo autorice. Y, que cuando sea el propio Fiscal quien exponga en su decisión la necesidad de acudir a este mecanismo con miras a obtener pruebas que sirvan a los propósitos de los procesos que adelanta, sea la Dirección Nacional de Fiscalías quien imparta tal autorización.

Conclúyese de lo dicho que ni desde el punto de vista legal, ni del técnico con que las grabaciones fueron recogidas, mucho menos del proceso de transcripción de las conversaciones telefónicas, se puede inferir irregularidad alguna en la aducción de la prueba mencionada que amerite su desconocimiento.

Pero, aun suponiendo en este caso que las interceptaciones telefónicas fueron realizadas de manera irregular, otros medios de prueba suplen su contenido. Véase cómo el Gobernador Manzur y el Secretario Carlos Díaz Carrascal reconocen haber tenido estos diálogos, así como suyas las voces impresas en las grabaciones; y, en últimas, la misma defensa, sin negar su veracidad, se refiere a ellas, pero con el propósito de sacarlas de contexto, lo que refuerza el planteamiento de que lo allí impreso es completamente cierto.

Conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15), como se dejó dicho.

De no procederse de esta manera, la prueba podría nacer viciada (art. 29 C. N.) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas, independientemente de la intención con que se actúe, así sea la de contribuir

a demostrar la ilicitud que se padece. Es más, este irregular proceder podría generar responsabilidad penal al autor del hecho.

Ahora bien, en el caso de la especie, con el propósito de despejar cualquier incertidumbre sobre la autenticidad de la grabación magnetofónica aportada con la denuncia y descartar al tiempo la posibilidad de que las cintas incorporadas al proceso fueron editadas o borradas en algún aparte, según preocupaciones expuestas por la Defensa, la Corte ha de acudir al dictamen pericial que, como prueba trasladada, fue obtenido en el proceso disciplinario que hizo tránsito en la Procuraduría General de la Nación.

Para la Sala la seriedad y objetividad del dictamen es incuestionable, respaldado por el soporte técnico con que fue realizado. Obsérvese que con fundamento en él se descarta cualquier posibilidad de manipulación de la prueba como lo ha alegado la defensa. Y no se diga, para controvertir su resultado, que fue efectuado sobre cintas magnetofónicas distintas, pues debe precisarse que las copias fueron tomadas de los mismos originales donde se consignaron las grabaciones.

Ahora, en relación con la presunta falta de correspondencia, también aludida por el defensor, entre las transcripciones de las cintas realizadas por la Procuraduría y las ordenadas por la Fiscalía en el presente proceso, debe decirse que ésta obedece simplemente a las diferencias de percepción de quien realizó cada transcripción a texto mecanográfico. Al respecto, el perito dejó en claro que las grabaciones son iguales y no se afectan “por la naturaleza de su contenido etimológico o semántico con los pocos vocablos que no se entendieron en algunos apartes de las conversaciones”.

Conclúyese de lo dicho que las cintas magnetofónicas allegadas al proceso, obtenidas, motu proprio, por el denunciante y por la Policía Judicial en cumplimiento de la orden impartida por autoridad competente, para la Corte tienen pleno valor probatorio tanto desde el punto de vista de la legalidad de la obtención y su posterior incorporación al proceso, como de la fidelidad de las transcripciones de ellas realizadas, el que se soporta, además, en las manifestaciones de los interlocutores en cuanto que reconocen su voz impresa en las mismas y el contenido de las conversaciones sostenidas, lo cual confirma la autenticidad de los citados documentos”.

Un segundo fallo al respecto, es el que emitió la Corte el veintitrés de noviembre de dos mil, con ponencia del Magistrado Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego (Proceso No. 13255).

En dicha sentencia indica la Corte que el artículo 351 del C.P.P. dispone lo siguiente: “Interceptación de comunicaciones. El funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación, la decisión debe ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías. En todo caso, la decisión deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva...”.

“... En caso de flagrancia las autoridades de policía judicial podrán interceptar y reproducir las comunicaciones con el objeto de buscar pruebas”. (Se ha subrayado).

El Jefe de la División de Policía Internacional, Interpol, adscrita al Departamento Administrativo de Seguridad de Colombia, DAS, que ejerce funciones de policía judicial y por ende puede ser comisionado, mediante informe que se considera una certificación jurada (C.P.P., arts. 82, 310, 313 y 316), expuso al Fiscal Regional Delegado ante el DAS que se habían recibido noticias confidenciales sobre la gestión de actividades de narcotráfico a través de la línea telefónica número 2267309, razón por la cual solicitó orden de interceptación por medio del “oficio de fecha septiembre 21 de 1992, debidamente aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías, según autorización de fecha septiembre 22 de 1992, y de igual manera, en vista del vínculo establecido, certifica también que se pidió la interceptación de los abonados 2181540, 6108858 y 2585471 “mediante oficio de fecha 8 de febrero de 1993... obteniendo autorización por parte de la Dirección Nacional de Fiscalías.

Por el incontrovertible aspecto formal de la certificación jurada, además de la precisión de los datos en ella contenidos, no hay duda de que hubo una orden de interceptación expedida por el fiscal regional emplazado ante el DAS, para ser ejecutada por miembros de la policía judicial de dicha institución, y

que contó con la aprobación de la Dirección Nacional de Fiscalías, así no se haya tenido la precaución de adjuntar al expediente los documentos físicos. Adicionalmente, el actor no ha demostrado, por otros medios aceptables, que la decisión judicial y su aval no hayan existido.

Es preciso, sin embargo, aclarar una confusión que introduce el concepto del Procurador Delegado, en el sentido de que el artículo 351 del C. de P. P. distingue las exigencias de interceptación según se trate de investigación previa o de instrucción, pues que para la primera bastaría la decisión fundamentada y escrita del fiscal, mientras que en la segunda adicionalmente debe concurrir la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías. No, la discriminación se hace es en razón de la división funcional y por etapas del proceso penal, pues si la interceptación se llegare a ordenar en la fase del juicio, obviamente bastaría la orden motivada y por escrito del juez, sin necesidad de intervención de la Dirección Nacional de Fiscalías, pues esta no tiene autoridad sobre los jueces.

No sería razonable la interpretación propuesta por el Procurador Delegado, pues si se procede durante la investigación previa, con mayor razón debe actualizarse el control funcional y jerárquico de la Dirección Nacional de Fiscalías, cuando apenas se ventilan imputaciones y sospechas y porque sería preciso proteger con mayor rigor los derechos fundamentales de las personas involucradas.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por vía de integración (art. 21 C.P.P.), que atañe a la transcripción de las conversaciones captadas en idioma extranjero, lo cierto es que el actor apenas alega que ellas provienen de interceptaciones ilegales y que no se demostró cómo efectivamente correspondían a la voz de ELÍAS COHEN; o que los investigadores acomodaron su texto; o que no se acreditó la experiencia e idoneidad de los firmantes de los informes, máxime que la mayoría de los diálogos, como lo dijo Luz Mila Ferreira, se hicieron en idioma hebreo, lengua de difícil comprensión.

Solamente cabe dentro del falso juicio de legalidad lo del origen ilegal de las transcripciones, por las supuestas irregularidades de las interceptaciones telefónicas, pero tal asunto ya fue suficientemente aclarado en los acápites antecedentes. Lo que sigue son interpretaciones o valoraciones distintas del sentido de lo consignado en los documentos del Cuaderno Original 2, en los

cuales se ha extendido la traducción N° 0627, hecha completamente del idioma inglés (no del hebreo) por intérpretes de la Dirección de Extranjería de la División de Interpol del DAS.

Valga aclarar que eventualmente sí sería aplicable por vía de integración el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, pues las cintas magnetofónicas y sus transcripciones son documentos al tenor de los artículos 251 ídem y 225 del Código de Procedimiento Penal, y si están en idioma distinto al castellano pueden apreciarse como prueba, siempre “que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente”. En cambio, el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal se refiere genéricamente a las “actuaciones” que estuvieren en otro idioma o cuando la persona no pudiese expresarse en castellano.

Finalmente, como en este caso se trata de intérpretes oficiales, curioso resulta el argumento de la ilegalidad por falta de acreditación de su experiencia, pues precisamente tal exigencia solo se hace en relación con los expertos no oficiales, según lo dispuesto en el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal”.

Así mismo, en un tercer y cuarto fallo relevantes la línea jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno al tema de la interceptación de comunicaciones telefónicas, “ha señalado que se trata de una prueba de producción compleja, en cuanto precisa de previa intervención judicial, donde participan dos autoridades: la policía judicial que la solicita y el fiscal que la ordena, en un caso, y el fiscal que dispone su práctica de oficio y la Dirección Nacional de Fiscalías, en otro supuesto. Además, se precisa de la captación magnetofónica de las voces, y finalmente, de la identificación de los autores de las mismas. (Sentencias del 22 de octubre de 1996 y 27 de marzo de 2003). Y finalmente, en una cuarta sentencia, la Corte Suprema de Justicia ha indicado también que la falta de autorización judicial previa o la prolongación de la interceptación por un lapso mayor al autorizado, constituye prueba ilícita (sentencia de 27 de septiembre de 2002)”¹.

¹ Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit. Pág. 325.

2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sentencia SU-159 de 2002

Mediante sentencia SU-159/02, del 6 de marzo de 2002, la Corte Constitucional colombiana, con ponencia del Magistrado doctor Manuel José Cepeda Espinosa, revisó la acción de tutela instaurada por Saulo Arboleda Gómez contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, orientada a controvertir la legalidad de las interceptaciones telefónicas que constituyeron el fundamento probatorio de la condena impuesta contra el ex Ministro de Comunicaciones, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Invoca la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad y debido proceso. En el citado fallo la Corte Constitucional realizó el estudio más completo y sistemático del régimen constitucional y legal de la prueba ilícita, y concretamente en punto de la interceptación de comunicaciones telefónicas.

2.1. Los hechos

Según el fallo, los hechos del caso son los siguientes: La revista “*Semana*” en su edición No. 798, correspondiente al período del 18 al 25 de agosto de 1997, publicó el artículo “Conversación entre ministros” en la cual dio a conocer una comunicación telefónica donde el Ministro de Minas y Energía, Rodrigo Villamizar Alvargonzález, hablaba con el Ministro de Comunicaciones, Saulo Arboleda Gómez, sobre la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali, a Mario Alfonso Escobar Izquierdo.

La Fiscalía General de la Nación ordenó apertura de investigación preliminar mediante Resolución del 20 agosto de 1997, motivando la decisión en la noticia difundida por los medios de comunicación. Después de adelantarse la correspondiente investigación preliminar se ordenó la iniciación formal de la investigación, la cual culminó con la acusación de Rodrigo Villamizar Alvargonzález y Saulo Arboleda Gómez, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, como determinador y autor, respectivamente.

La etapa del juicio se llevó a cabo ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia del 25 de octubre de 2000 condenó a Saulo Arboleda Gómez por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, a la pena principal de 54 meses de prisión y multa equivalente a

15 salarios mínimos legales mensuales y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al establecido para la pena de prisión. Igualmente, se abstuvo de condenar al señor Arboleda Gómez a la indemnización de perjuicios, por considerar que los mismos no se causaron.

Si bien la Fiscalía acusó a los ministros Saulo Arboleda Gómez y Rodrigo Villamizar Alvargonzález, la Sala Penal durante la etapa del juicio declaró la nulidad parcial del diligenciamiento en lo concerniente a la actuación adelantada contra el doctor Villamizar, por considerar que este carecía del fuero establecido en el artículo 235 de la Constitución. La Sala Penal estimó que “si bien cuando sucedieron los hechos investigados y al inicio de la indagación preliminar dicho acusado se desempeñaba como Ministro de Minas y Energía, ya no lo hacía, no teniendo relación la conducta punible atribuida con ese cargo ni con las funciones que le correspondía desempeñar”.

El accionante considera que en su proceso penal se incurrió en varios tipos de vías de hecho que se pueden resumir de la siguiente forma: (a) vía de hecho por defecto sustantivo por cuanto la adecuación típica de la conducta realizada tanto por la Fiscalía como por la Corte Suprema de Justicia fue errada; (b) vía de hecho por defecto procedimental en la medida en que no se practicaron algunas de las pruebas solicitadas por la defensa, y (c) vía de hecho por defecto fáctico en tanto que, en su opinión, las decisiones judiciales que se adoptaron dentro del proceso se tomaron con base en una prueba obtenida ilícitamente, así como otras pruebas también ilícitas, en tanto derivadas de la primera.

2.2. Los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo

En su sentencia, la Corte Constitucional estima que de los hechos enunciados, de las solicitudes del accionante y de los planteamientos de las partes, se concluye que la Corporación debe resolver varios problemas jurídicos relativos a cuándo una providencia judicial es contraria a la Constitución y ha violado en tal grado el debido proceso que se constituye en una vía de hecho.

Respecto de la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico, los problemas jurídicos son múltiples y están estrechamente concatenados. Así, la primera información que tuvo la Fiscalía General de la Nación de la ocurrencia de los hechos fue a través de una noticia periodística en la cual se transcribía una conversación telefónica entre dos ministros de Estado, interceptada por personas desconocidas, sin orden judicial previa. La Fiscalía solicitó al medio

de comunicación que le remitiera las grabaciones telefónicas y, luego, inició la actividad investigativa. Se pregunta entonces la Corte: ¿Violan el derecho al debido proceso una resolución de acusación y una sentencia penal dictadas dentro de un proceso que se inició a partir de una noticia que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas? No. La Corte constata que la grabación no fue el fundamento de la resolución de acusación de la Fiscalía y que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia cuestionada, sostuvo que la grabación era ilícita y no podía ser valorada como prueba. Así, la Sala Penal aplicó correctamente la regla de exclusión de la grabación telefónica obtenida con violación del debido proceso.

Se alega además que de la grabación ilícita se derivaron otras pruebas que fueron valoradas en la resolución de acusación y que no fueron excluidas en la sentencia, tales como las declaraciones de los dos Ministros a un medio de comunicación en las cuales reconocen la conversación, así como los testimonios de una(s) secretaria(s) que confirmaron la existencia de llamadas telefónicas entre los dos ministros, una de las cuales fue la ilícitamente grabada.

Considera la Corte Constitucional que las pruebas mencionadas no son realmente derivadas de la grabación ilícita sino resultado de fuentes independientes a la misma y separadas de ella, v.gr., declaraciones autónomas de cada Ministro voluntariamente divulgadas y una inspección judicial decretada por la Fiscalía al Ministerio de Comunicaciones. Como no son pruebas derivadas de la grabación ilícita, no se les comunica a ellas la nulidad de dicha grabación. Según la jurisprudencia reiterada de esta Corte, para que la no exclusión de pruebas ilícitas configure una vía de hecho por defecto fáctico que dé lugar a la anulación de una sentencia, se requiere que estas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena.

En este caso, agrega, dichas pruebas no solo no fueron determinantes, sino que obran en el expediente otras pruebas valoradas por la Sala Penal y cuya suficiencia para fundar la sentencia condenatoria no ha sido ni cuestionada ni desvirtuada. Esta Corte también analizó si todas las pruebas del acervo, sin nexo alguno con la grabación ilícita, no podían ser valoradas por la Sala Penal en conjunto con aquellas pruebas que –en gracia de discusión– podrían ser consideradas ilícitas por ser derivadas de dicha grabación. Es preciso indicar que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas

del acervo probatorio dentro del cual esta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes.

Más adelante anota que en lo relativo a la dimensión positiva, “el defecto fáctico como fuente de vía de hecho se presenta generalmente cuando el operador judicial aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.). Al respecto, resulta particularmente ilustrativo recordar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este punto específico, pues, en materia penal, aun en el evento en el que en el conjunto de pruebas sobre las que se apoya un proceso penal se detecte la existencia de una ilícitamente obtenida, los efectos de esta irregularidad son limitados. Para la Corte, “el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como vía de hecho. Así, solo en aquellos casos en los que la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción. De tal manera que la incidencia de la prueba viciada debe ser determinante de lo resuelto en la providencia cuestionada”.

Pasa la Corte a analizar si hubo o no violación del debido proceso al haber sido proferidas una resolución de acusación y una sentencia condenatoria en un proceso penal iniciado a partir de una noticia periodística que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas.

El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para

cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.

La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darles efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución, sino todos los derechos constitucionales fundamentales.

También es claro, según la Corte, que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (“la prueba”) resultado directo e inmediato (“obtenida”) de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.

Así pues, a la cuestión de si la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad solo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida.

Se apartan así el texto del artículo 29 y la jurisprudencia constitucional colombiana de lo que podría llamarse la doctrina de la manzana contaminada en el cesto de frutas, según la cual, bastaría con que una de las pruebas que hace parte del acervo probatorio esté viciada, para que dicha contaminación se extienda al resto de las pruebas, sin importar cuál sea su relación con la prueba cuestionada. Para la Corte la conclusión es que la contaminación de una prueba no se comunica necesaria y automáticamente al conjunto del acervo probatorio y, por ende, a todo el proceso, como se sigue del texto, de la jurisprudencia, de la historia de la norma, así como de una lectura teleológica de la propia Carta Política.

Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. En segundo término, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia.

La exclusión de la prueba viciada exige que esta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador.

El problema relativo a la exclusión de la prueba derivada consiste en determinar en qué circunstancias y con qué condiciones las pruebas que se derivan de otra prueba, denominada principal o primaria, inconstitucionalmente obtenida han de ser también excluidas del acervo probatorio.

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

2.3. Análisis del caso concreto

A efectos de abordar el estudio del caso concreto, la Corte advierte que son varias las particularidades de la grabación telefónica que hubieran podido ser analizadas. Por ejemplo, se trataba de la grabación de conversaciones de dos funcionarios públicos, uno de ellos en ejercicio de sus funciones, usando los servicios del ministerio, a través de un teléfono no propio sino oficial, en relación con un asunto de interés público –una licitación–, sin que exista certeza de que la interceptación haya sido realizada por agentes del Estado. Le basta

con que la Fiscalía General y la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su autonomía judicial, consideraran que dicha conversación sí estaba amparada por el derecho a la intimidad, y debía excluirse dicha prueba, por haber sido obtenida con violación de este derecho fundamental.

Cierto es que la información periodística sobre la existencia de una grabación en la que dos ministros de Estado –uno de ellos el peticionario– conversaban sobre la adjudicación de una serie de emisoras en frecuencia modulada en el año de 1997, constituyó la noticia criminal que puso sobre aviso a las autoridades competentes acerca de la posible comisión de un hecho punible. Prueba del valor meramente indicativo de este hecho se encuentra en la manera como la Fiscalía General de la Nación alude a dicha circunstancia –v. gr.–, solo para referir la manera como los medios de comunicación reseñaron tal llamada y cómo a partir de la información –de público conocimiento– se inició una investigación decretando todas las pruebas conducentes a esclarecer el asunto.

Así, la noticia sobre una conversación que fue ilícitamente grabada solo sirvió como información general para la apertura de un proceso de indagación en el que la certeza sobre la comisión del hecho punible –el interés ilícito en la celebración de un contrato en el que incurrió el accionante– se fundó en pruebas documentales, testimoniales e inspección judicial inconexas con el contenido de la grabación y lícitamente decretadas y practicadas por los funcionarios competentes con el propósito de esclarecer el proceso de adjudicación por contratación directa de una emisora de radio en frecuencia modulada.

Tal como consta en el expediente, durante la etapa de calificación del sumario la Fiscalía excluyó la grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas, la cual de ninguna manera fue el fundamento para dictar la resolución de acusación. La razón para que la Fiscalía General de la Nación excluyera expresamente la grabación de la conversación telefónica de los ex ministros fue el hecho de que esta no había sido obtenida lícitamente. También se observa que dentro del acervo probatorio que sirvió de base para dictar la resolución de acusación, solo fueron tenidas en cuenta aquellas pruebas legalmente practicadas durante la etapa de investigación, las cuales a juicio de la Fiscalía eran suficientes para acusar.

De conformidad con lo anterior, las actuaciones de la Fiscalía y de la Corte Suprema de Justicia se ajustaron a la regla constitucional sobre exclusión de pruebas aportadas al proceso penal con violación del debido proceso. Acataron y aplicaron correctamente las normas constitucionales y legales sobre la materia al excluir expresamente la grabación de las conversaciones sostenidas por los funcionarios públicos implicados, pues esta había sido obtenida por sujetos desconocidos, sin autorización judicial previa.

No puede decirse, entonces, que la aludida conversación fue parte de las probanzas en las que se fundó el juicio de la Sala Penal, con la que contaron tanto la Fiscalía como la Corte Suprema para proferir la acusación y, luego, la condena del peticionario. Al respecto, en el expediente reposan múltiples pruebas técnicas y documentales –producto de las indagaciones y las inspecciones judiciales realizadas por la Fiscalía–, así como testimoniales, que dan cuenta de las irregularidades ocurridas durante el proceso de adjudicación durante el año 1997, y de la manera como se escogió al beneficiario Mario Alfonso Escobar Izquierdo.

La verificación de tales hechos y conductas se fundamentó en la existencia de pruebas autónomas que no guardan relación alguna, ni directa ni indirecta con la grabación telefónica. Estas y otras pruebas fueron en sí mismas suficientes para que el juzgador llegara al convencimiento sobre las circunstancias que eran objeto de su análisis y poder dictar una sentencia de fondo.

Así, las pruebas determinantes de las decisiones de la Fiscalía General y de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal no guardan relación de conexidad con la indebida interceptación de una conversación telefónica.

Para la Corte también es claro que ni la grabación ilícitamente obtenida, ni las demás pruebas que el actor señala, erróneamente, como directamente derivadas de aquella (v. gr. las posteriores declaraciones de los ministros implicados en el proceso en las que aceptan la existencia de tal grabación y los testimonios de las secretarías de los ministros sobre el mismo particular) fueron determinantes en los análisis hechos por la Fiscalía General para acusar, y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para condenar al petente. Ni en la adecuación típica de la conducta que fue objeto de estudio, ni en la determinación de sus contenidos de antijuridicidad y culpabilidad, las

referidas probanzas sirvieron de fundamento para alcanzar el fallo que ahora se impugna.

Sobre el particular, la Corte Constitucional aprecia que la decisión tomada por la Sala Penal se apoyó en la valoración autónoma de una serie de hechos previos, concomitantes y posteriores a la adjudicación de frecuencias radiales en el año de 1997, de las que se desprendió el interés indebido en la celebración del contrato por parte del actor. En efecto, hay pruebas suficientes y autónomas que, según los argumentos de la resolución de acusación y de la sentencia, demuestran la existencia de una serie de contactos en los que se establece el interés demostrado por dos ministros de Estado en la situación particular de uno de los participantes de una licitación pública.

La verificación de múltiples conversaciones durante los días anteriores y posteriores a las fechas en las que se declaró desierta la licitación de varias frecuencias radiales (10 de julio de 1997) y se procedió a la adjudicación directa de las mismas por parte del peticionario, como Ministro de Comunicaciones de la época (julio 24 de 1997), tal y como se desprende de las certificaciones obtenidas por la Fiscalía de varias empresas de telefonía móvil y fija, de las constancias dejadas en las agendas de trabajo de los referidos ministros y de los registros existentes de los lugares en donde el interesado y los funcionarios públicos se reunieron, fueron suficientes para que la Fiscalía afirmara que “es lógica la inferencia que a partir de ello surge: las conversaciones y reuniones que sostuvieron primero Mario Alfonso Escobar con el Ministro de Minas y Energía, luego los Ministros entre sí y finalmente Escobar Izquierdo con el Ministro de Comunicaciones, más allá de la mera trasmisión de una ‘preocupación’, giraron en torno a un propósito común: la adjudicación de la concesión a quien se encontraba empatado con nueve proponentes más para la ciudad de Cali: Mario Alfonso Escobar Izquierdo” y constituye un procedimiento del que, en gracia de discusión, no fue objeto ninguno de los otros participantes en dicho proceso licitatorio.

A esta situación, antecedente a la adjudicación de las frecuencias radiales se suma, según la Fiscalía, la “cercana y obvia relación entre los dos Ministros, vigorosa amistad entre el mediador y el proponente y angustiosa expectativa de este por lo que pudiera ocurrir, al punto de estar dispuesto hasta hacer alianzas ‘con tal de que no lo dejaran por fuera’.

Tales indicios sobre el rompimiento de los principios de imparcialidad y transparencia que deben regir los procesos de contratación pública se aunaron al hecho mismo de que la adjudicación de una de las frecuencias radiales se hizo, precisamente, a la persona en cuyo favor un funcionario público, entonces en licencia, había acudido ante el peticionario. En palabras de la Fiscalía: no puede desconocerse la eficacia de la recomendación al punto que fue acogida sin reservas. Sin embargo, prosigue el análisis sin mencionar siquiera la grabación ilícita, el proceder del Ministro de Comunicaciones, por tanto, y en punto a la manera como positivamente atendió la recomendación, argumentando haber utilizado unos democráticos “criterios adicionales” de desempate, lejos está de desvirtuar la determinación del ex Ministro de Minas y Energía, pues realmente lo que importa a los fines de una tal participación criminal no es la forma como se atiende, pues ello es sin duda del exclusivo dominio del autor, sino, en acuerdo con la defensa, la efectiva inclinación de ánimo que en este se logra.

Sin duda, buena parte del análisis que desarrolló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se encaminó a determinar, precisamente, la imparcialidad con la que, según el actor, fue hecha la adjudicación directa de la emisora al particular que resultó beneficiado finalmente, pues “también ha insistido el procesado y su defensor, que el interés que lo acompañó para la adjudicación de una de las frecuencias radiales en Cali a Mario Alfonso Escobar Izquierdo, no fue otro que el de escoger al mejor porque obtuvo el más alto puntaje, sin que hubieran incidido los comentarios de Rodrigo Villamizar, pretendiendo así controvertir la acusación de la Fiscalía en lo concerniente a que ese interés, en cuanto había trascendido el carácter general que debe gobernar los actos de los servidores públicos cuando de contratación estatal se trata, es ilícito en la medida en que se quebranta la imparcialidad e independencia del funcionario”.

La actividad probatoria del ente acusador se dirigió entonces a establecer el posible interés ilícito del Ministerio de Comunicaciones al adjudicar la frecuencia radial a Mario Alfonso Escobar por recomendación del Ministro de Minas y Energía, para lo cual decretó diversas pruebas tendientes a demostrar la tipicidad de la conducta y la responsabilidad de los implicados, a saber: diligencias de inspección judicial a los respectivos ministerios, pruebas documentales sobre las reuniones y las conversaciones telefónicas entre el adjudicatario de la frecuencia y el Ministro de Minas y Energía, así como con el

Ministro de Comunicaciones, recepción de declaraciones juramentadas de las funcionarias de ambos ministros y el reporte de diversas empresas telefónicas sobre las llamadas de unos a otros por las fechas en que fuera adjudicada la mencionada frecuencia radial.

La obtención de dichas pruebas no deriva de la prueba ilícita ni de los datos que de ella surgen, sino de la actividad probatoria desplegada posteriormente, entre ella, la recepción de las propias declaraciones de los implicados sobre la ocurrencia de las mencionadas reuniones y conversaciones. La fuente de estas pruebas es en consecuencia independiente, sin que pueda pretenderse que la revelación de la grabación ilícita tuviera la virtualidad de impedir cualquier investigación sobre los hechos.

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

2.4. El salvamento de voto

En salvamento de voto, los Magistrados doctores Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araújo Rentería aducen que “la prueba nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno. Su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias. Mas la nulidad de la prueba por vulneración de la legalidad ordinaria no implica que el hecho que se trata de acreditar con la prueba ilícita no pueda quedar acreditado por otros medios, si estos son legítimos y advienen al proceso por cauces también legítimos.

El efecto expansivo de la prueba ilícita únicamente faculta para valorar pruebas autónomas e independientes, es decir, que no tengan conexiones con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente” (sin conexión causal).

En el caso bajo estudio, agregan los Magistrados que suscriben el voto particular, no hay duda de que la grabación ilícita fue propuesta y fue producida por el ente acusador, ya que el Fiscal General ordenó la incorporación al proceso de la grabación obtenida de la revista *Semana*. Ahora bien, antes de analizar si la prueba fue admitida y apreciada por el Fiscal en su resolución de acusación, también se debe establecer si se encuentran pruebas lícitas que hayan tenido su origen directa o indirectamente en la grabación ilícita propuesta y producida en la investigación previa, en aplicación de la teoría de los “frutos del árbol envenenado”.

Encuentran los suscritos magistrados que en el presente asunto existen algunas pruebas que tienen una relación directa o indirecta con la grabación ilícita y por tanto se verían afectadas por la ilicitud de esta. La primera prueba envilecida por la grabación ilícita es el testimonio rendido por la señora Lía Mercedes del Vasto Aryure dentro de la diligencia de inspección judicial practicada en el Ministerio de Comunicaciones. Se considera viciada la declaración juramentada de Del Vasto Aryure porque varias de las preguntas realizadas por la Fiscal Delegada se refieren directamente a la transcripción mecanográfica del diálogo interceptado de manera ilícita. Idéntica situación se presenta en la declaración juramentada de Fabiola Gómez Daza dentro de la inspección judicial llevada a cabo en el Ministerio de Minas y Energía.

Así mismo, de cara al proceso son ilícitas por derivación todas aquellas pruebas relacionadas con las manifestaciones públicas que hicieran las partes a los diferentes medios de comunicación, porque a pesar de haber sido de manera libre y espontánea por parte de los involucrados, este hecho no sana de ninguna manera la ilicitud. En el asunto bajo revisión se relacionan de manera especial como producidas en el proceso las siguientes: Comunicado de prensa suscrito por Rodrigo Villamizar Alvargonzález del 17 de agosto de 1997, la transcripción mecanográfica de la grabación de la entrevista de Rodrigo Vi-

llamizar a Radionet y la transcripción del casete donde se grabó la entrevista realizada por Julio Sánchez Cristo al Ministro de Comunicaciones Saulo Arboleda Gómez para la F.M.

Todo lo anterior deja en evidencia que efectivamente la prueba ilícita fue propuesta y producida dentro del proceso penal y algunas de las pruebas recaudadas tanto en el sumario como en el juicio derivaron de la grabación prohibida e ilícita tantas veces nombrada.

En este orden de ideas, la grabación de la conversación de los funcionarios públicos fue obtenida por medios ilícitos, esto es, mediante la interceptación de la comunicación sin orden judicial y una vez propuesta y producida dentro del plenario fue utilizada para producir pruebas con el cumplimiento de las ritualidades legales, pero que sin duda están viciadas ante la existencia de un nexo de causalidad con aquella.

No se desconoce, añade el salvamento de voto, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 29 de la Carta Política aplicó la Regla de Exclusión de la prueba obtenida directamente a través de la violación de la garantía constitucional, esto es, la grabación ilegal de la conversación de los ex ministros. Prueba de ello es la manifestación expresa plasmada en el fallo.

Sin embargo, anotan, la aplicación de la regla de exclusión solamente sobre la prueba directamente obtenida de manera ilícita vulnera el derecho fundamental al debido proceso, pues la exclusión no debe ser parcial o limitada a la inicial sino extenderse a las demás pruebas que se obtengan a partir de aquella. Seguir la posición restrictiva adoptada por la Sala de Casación Penal y avalada por la mayoría de la Corte Constitucional llevaría al razonamiento, que sobre este asunto refiere Maier, de “decirle a la policía que no torture, pero que si lo hace que se extienda en ese proceder hasta que el torturado confiese quiénes fueron sus codelincuentes o cómplices, los que no podrían invocar la Regla de Exclusión por no haber sido ellos víctimas de los apremios.

Por tanto, al no aplicarse la regla de exclusión en su expresión más amplia, extendiendo la sanción a toda prueba cuya incorporación al proceso sea consecuencia de aquel procedimiento viciado, es indudable que se incurrió en

una vía de hecho y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió, valoró y fundó, por lo menos parcialmente su decisión, en las pruebas que eran consecuencia de la grabación ilegal descartando la interceptación ilícita pero beneficiándose de los frutos que la misma produjo. La aceptación de esta limitación a la exclusión de la prueba ilícita deja la puerta abierta a futuras conductas ilegítimas por parte de los organismos de investigación del Estado, lo cual no tiene ningún asidero dentro de los principios éticos y morales que rigen el Estado Social de Derecho.

Por tales motivos, concluyen los Magistrados disidentes que la decisión mayoritaria debió tutelar el derecho fundamental al debido proceso y declarar la nulidad de la sentencia de fecha 25 de octubre de 2000, por medio de la cual se condenó al actor Saulo Arboleda Gómez, y ordenar la producción un nuevo fallo, en el cual se excluyeran la totalidad de las pruebas ilícitas para que se analizara y valorara si el restante material probatorio incorporado regularmente al proceso y obtenido en forma autónoma e independiente (sin nexo de causalidad) de la prueba ilícita era suficiente para fundar una decisión de condena.

2.5. Toma de postura

No obstante el esfuerzo argumentativo de la Sala Mayoritaria para construir premisas que permitieran descartar la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico en el caso bajo estudio, es lo cierto que tanto la Fiscalía, en la resolución acusatoria, como la Sala Penal de la Corte en el respectivo fallo, desestimaron la aplicación de la regla de exclusión o prohibición probatorias sobre las pruebas reflejas que indirectamente se derivaban de las interceptaciones telefónicas ilegales.

Todo el acervo probatorio que sirvió de fundamento a la declaratoria de responsabilidad penal se encuentra afectado por la ilicitud originaria que impidió la apreciación de las escuchas telefónicas obtenidas sin orden judicial, en cuanto pruebas derivadas, y por ello ilícitas en la fuente.

Consideró la Sala mayoritaria de la Corte que existen múltiples pruebas documentales y testimonios, desconectados causalmente de las interceptaciones ilegales, que permiten fundamentar la condena por el delito de interés

ilícito en la celebración de contratos. Se refiere, como pruebas autónomas, a las múltiples conversaciones que sostuvieron los Ministros en los días previos y posteriores a la fecha en que se declaró desierta la licitación y se le adjudicó directamente la frecuencia radial al peticionario; a las diversas reuniones que sostuvieron con quien finalmente resultó beneficiado con la adjudicación; la amistad entre los dos ministros; y los comunicados, declaraciones de prensa y entrevistas radiales donde los ministros reconocen, en forma libre y espontánea, que la cuestionada conversación se llevó a cabo. A ello se suma, según la Corte, la inspección judicial a los ministerios, en cuyo desarrollo se acredita la frecuencia de las llamadas entre los ministros, y entre estos y el adjudicatario final de la licitación.

Todas estas pruebas, en criterio de la decisión mayoritaria, se consideran autónomas e independientes de la interceptación ilegal, y demuestran la elusión de la imparcialidad y transparencia que deben regir los procesos de contratación pública, y en tal sentido, son suficientes para acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad de los ministros por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Al respecto es conveniente precisar que si bien el fallo analizado constituye un avance significativo en la jurisprudencia sobre pruebas ilícitas, en cuanto estudio sistemático del tema, la decisión sobre el caso concreto no es plausible ni razonable, pues no expone premisas convincentes, en orden a demostrar que las pruebas a que antes se hizo alusión son en verdad independientes y autónomas de la intervención telefónica ilícita.

En realidad el único argumento que ofrece la Corte para defender la exclusión de la prueba ilícita, con base en la teoría de la fuente independiente, es que los Ministros en forma libre y espontánea reconocieron a través de comunicados y en entrevistas radiales que la conversación efectivamente sucedió.

Tal criterio parece a todas luces insuficiente para excluir la ilicitud de la prueba refleja, pues como atinadamente lo sugieren los Magistrados que suscribieron el salvamento de voto, este hecho no sana de ninguna manera la ilicitud, pues en todo caso la interceptación telefónica que origina el proceso fue la prueba que constituyó el criterio orientador de toda la investigación penal, y la totalidad de los medios de convicción que la Sala Mayoritaria califica

como independientes, guardan un vínculo o nexo directo o indirecto con la diligencia reservada que se practicó con vulneración ostensible del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En tal sentido, lo razonable a la luz del principio de proporcionalidad hubiese sido reconocer la vía de hecho por defecto fáctico, ya que la sentencia de la Sala Penal de la Corte “admitió, valoró y fundó, por lo menos parcialmente su decisión, en las pruebas que eran consecuencia de la grabación ilegal, descartando la interceptación ilícita, pero beneficiándose de los frutos que la misma produjo”, como certeramente se indica en el salvamento de voto.

A la luz del juicio de experiencia que aplica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, no era posible concluir, tampoco, que en el presente caso se hubiere producido una ruptura del nexo de antijuridicidad entre la prueba originaria y la prueba derivada, porque el tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente no fue considerable; por el efecto disuasorio significativo que ciertamente habría tenido sobre las autoridades de persecución la exclusión de esta prueba ilícita derivada (perspectiva interna), y por la magnitud, la importancia y naturaleza que deriva de la ilicitud, es decir, por el resultado.

Así las cosas, lo jurídicamente correcto hubiera sido reconocer el defecto fáctico, decretando la nulidad para que la Sala Penal de la Corte emitiera nuevo fallo, única y exclusivamente con apoyo en las pruebas desconectadas causalmente de la interceptación telefónica ilícita que originó el proceso penal donde el Ministro resultó condenado como autor responsable del delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Capítulo Noveno

INTERVENCIONES ORALES Y GRABACIÓN DE LAS CONVERSACIONES PROPIAS

1. Planteamiento general

“Las intervenciones orales consisten en grabar la propia conversación telefónica o directa que se sostiene con un interlocutor, a fin de utilizar esa grabación como un medio probatorio contra dicho interlocutor o contra un tercero. También pueden estar referidas a la escucha y grabación de las conversaciones mantenidas en un centro penitenciario por un preso o penado con otra persona que le visita.

Para grabar la propia conversación que se mantiene con otra persona, no es necesaria una previa autorización judicial, puesto que si en la misma interviene personalmente quien la realiza, no resulta vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”¹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia # 114 del 29 de noviembre 1984, precisó:

“Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en caso que lo transmitido a otro entrase en la esfera ‘íntima’ del interlocutor, pudiese constituir atentados al derecho a la intimidad” (dimensión material del secreto).

¹ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 1052.

Y agrega: “Los resultados prácticos a que podrá llevar la imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son del todo irrazonables y contradictorios, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación”².

La Corporación es también específica al señalar que si bien la ley orgánica 1 de 1982, en su artículo 71 señala que “tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”, en la hipótesis bajo estudio no existe, por razón del contenido de la grabación, nada que pudiera entenderse como concerniente a la vida íntima.

Por otro lado, dice, la Ley orgánica 7 de 1984 adiciona el Código Penal para tipificar el delito de “colocación ilegal de escuchas telefónicas, sancionando la intervención o el empleo de artificios para la escucha, transmisión, grabación o reproducción”, pero siempre sobre la base de que tales conductas impliquen una injerencia exterior, de terceros, en la comunicación de que se trate; lo anterior deja al margen, como es obvio, la utilización de esos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada³.

“Como conclusión debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor que registra también sus propias manifestaciones personales. La grabación de dichas circunstancias solo podría constituir un ilícito sobre la base de un hipotético reconocimiento del derecho a la voz, que en derecho español no surge cuando ella es meramente registrada, sino cuando se le utiliza con fines comerciales o de naturaleza análoga”, como una concreción del derecho a la propia imagen”⁴.

En Estados Unidos también se confiere validez a las evidencias obtenidas de esta forma, basados en la teoría legal del consentimiento de una de las par-

² Ibidem, pág. 1055

³ Ibidem, pág. 1057

⁴ Ibidem, pág. 1058.

tes. En las conversaciones privadas entre presentes, donde se usan dispositivos de vigilancia electrónica, los intervinientes no tienen una expectativa razonable de privacidad, es decir, no pueden tener certeza de que la persona con la cual hablaban guardaría la conversación en secreto. En resumen, una persona asume el riesgo de que la otra parte pueda revelar la conversación, así como también transmitirla o grabarla⁵.

2. Aportación, autenticidad y valor probatorio de las grabaciones

“Realizada la grabación de la conversación privada mantenida con un interlocutor, quien lo ha hecho debe aportarla al proceso, explicando cómo ha sido realizada, y quién es el interlocutor, a fin de dotar la misma de legitimidad en su origen, y para que pueda considerarse como un medio de prueba”⁶.

Además de quedar probado el origen legítimo de las grabaciones aportadas al proceso, debe acreditarse la autenticidad de la cinta, es decir, que la misma no ha sido objeto de manipulación, y que adicionalmente no es una copia.

Sobre el tema del valor probatorio de las grabaciones que tienen como objeto las conversaciones privadas, no existe una línea jurisdiccional homogénea:

Algunas sentencias del Tribunal Superior Español (286 del 2 de mayo de 1998, y 883 de 11 de mayo de 1994) estiman que esta prueba es libremente valorable, pues “nada impide en el derecho vigente que una persona revele lo que otra le ha comunicado, y por ello es totalmente irrelevante la forma en que se documente ese acto privado. Tal conducta equivale a la revelación del contenido de la correspondencia dirigida a quien la publica”.

⁵ Montoya, Mario Daniel. Ob. cit. Pág. 350.

⁶ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 1059.

Otra línea de Jurisprudencia estima que esta clase de grabaciones privadas carece de eficacia probatoria, porque supone una vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable (Sentencia T.S. 178 de 1 de marzo de 1996). Indica el tribunal: “El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporado al proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de algunos de los intervinientes, ya que esta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales, y es nula de pleno derecho. Desde el punto de vista procesal, las grabaciones se hicieron de manera provocada, y sin estar revestidas de las garantías que aportan la intervención del juez y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable”⁷.

Sin embargo, en sentencia posterior (No. 286 del 2 de marzo de 1998), el mismo Tribunal aclaró que “no cabe hablar en estos eventos de violación del derecho del acusado a no declarar contra sí mismo, por cuanto tal derecho guarda relación con las declaraciones presentadas ante los funcionarios policiales o ante la autoridad judicial, pero no tiene que ver dicho derecho fundamental con las conversaciones mantenidas entre particulares”.

3. Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en torno al valor probatorio de las conversaciones grabadas por uno de los interlocutores

3.1. Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

Desde la sentencia del 16 de marzo de 1988, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha admitido la licitud de la grabación realizada por la víctima de un delito. “Se estimó entonces que la protección constitucional del derecho a la intimidad operaba respecto de terceros ajenos a una conversación, pero no respecto de quienes en ella intervenían,

⁷ Ibidem, pág. 1061.

y por ello estos se encuentran legitimados para registrar su contenido. De allí que la víctima se hallare facultada para preconstituir, mediante la interceptación de comunicaciones, por ejemplo, la prueba del delito de que era sujeto pasivo. Esta línea jurisprudencial se encuentra vigente aún hoy”⁸.

Dicha tesis ha sido reiterada y complementada en muchos fallos posteriores, y de acuerdo con la misma:

“No es ilícito el registro del contenido del mensaje por quien lo envía o por su destinatario, pues no hay impedimento para grabar la propia voz, o la propia imagen, o para interceptar mediante grabación magnetofónica, o hacer que se intercepten por autoridad administrativa las propias líneas telefónicas. Por ello, la víctima no necesita autorización judicial para preconstituir la prueba de un delito y su valor es el de un documento privado. (Sentencias de 16 de marzo de 1988, 22 de octubre de 1996, 15 de noviembre de 2000, 18 de julio de 2001, 15 de agosto de 2001, y 20 de noviembre de 2001, entre otras).

La víctima puede autorizar a la policía judicial para que intercepte sus líneas telefónicas y grabe las conversaciones con los autores o partícipes del delito (Sentencia de 21 de noviembre de 2002). Si tales conversaciones son transcritas por un servidor público en ejercicio de sus funciones constituyen documento público amparado por presunción de autenticidad (Sentencia del 26 de noviembre de 2003; y en el mismo sentido, sentencia del 6 de agosto de 2003 y sentencia del 12 de noviembre de 2003).

Lo que se prohíbe es la injerencia de terceros, y por ello “no es ilícito, como norma general, el registro del contenido del mensaje (telefónico, vía fax, telegráfico, etc.) por quien lo envía o por su destinatario, pues, como lo ha sostenido la Sala, lo que sanciona el artículo 228 del Código Penal es la “sustracción, extravío, interceptación, enteramiento, etc., de una comunicación privada dirigida a otra persona, conducta que se agrava cuando se revela su contenido o se emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro”⁹.

⁸ Urbano Martínez, José Joaquín. “Prueba Ilícita y Regla de Exclusión”. En Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2005. Pág. 317.

⁹ Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. La Policía Judicial. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición. 2002.

Por ello, el sujeto activo del delito de interceptación ilícita de comunicaciones debe ser distinto de aquellos que dirigen la correspondencia y de su destinatario. Ello, por cuanto resulta de simple sentido común que quien crea el documento o papel privado y quien lo recibe (destinatario) son los únicos que pueden decidir su divulgación.

Lo mismo ocurre respecto de las grabaciones magnetofónicas, es decir, que “nadie puede sustraer, ocultar, extraviar o destruir una cinta magnetofónica o interceptar o impedir una comunicación telefónica, sin autorización de autoridad competente. Pero cuando una persona es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes. Esto, por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada”¹⁰.

“Y es que no puede predicarse ilicitud en la conducta de quien acude a los cuerpos secretos y de seguridad en busca de protección y descubrimiento de quienes por vía telegráfica (cartas o mensajes) o telefónica, son víctimas de delincuentes que pretenden extorsionar o chantajear a un ciudadano, bien sea entregándoles los escritos recibidos o demandando la interceptación de sus propias líneas telefónicas para la ubicación del sitio de donde provienen. Tal actitud no requiere autorización de autoridad judicial competente.

A contrario sensu, conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15 C.N.)¹¹.

Por otra parte, tales registros históricos, y entre ellos las grabaciones magnetofónicas constituyen unas de las especies de documentos privados

¹⁰ Ibidem, pág.

¹¹ Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. Ob. cit.

y resultan aptos como medio de prueba, al tenor de los artículos 225 del C.P. y 251 del C.P.P., cuyo valor dependerá de su autenticidad, aducción, publicidad y controversia judicial.

Las sentencias unificadoras de la Sala Penal sobre el tema son las siguientes:

En primer lugar, un fallo relevante para el objeto de estudio es el emitido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de dos mil (2000), con ponencia del Magistrado doctor Jorge Córdoba Poveda (Proceso No. 10656).

Al respecto, sea lo primero manifestar que la defensa toma de manera descontextualizada la jurisprudencia de esta Corporación, con ponencia del doctor Lisandro Martínez Zúñiga, en la que claramente aparece, según transcripción que se hace más adelante, que la prueba solo es ilícita cuando, sin orden de autoridad competente, se interceptan las comunicaciones postales, telefónicas, etc., de personas distintas a las que intervienen en la comunicación, esto es, al remitente y al destinatario.

En otros términos, y como con posterioridad lo ha reiterado la Sala, si la comunicación telefónica es grabada por uno cualquiera de los intervinientes y no se tiene autorización judicial, la actuación es lícita, así no se cuente con el consentimiento del otro, cuando así se procede para preconstituir la prueba del ilícito de que se es víctima.

“En efecto, el artículo 15 de la C. P. tutela, como una manifestación del derecho a la dignidad, a la libertad y autonomía individuales, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, el secreto de las comunicaciones, que supone el amparo al derecho fundamental de comunicarse con otra persona, en cualquier forma, libre de intromisiones extrañas. Es decir, se protege a los comunicantes frente a cualquier injerencia de terceros en ese ámbito de libertad”.

“Pero esta garantía no es absoluta, por lo que la propia Carta estableció que puede ser objeto de intromisiones, mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley (artículo 351 del C. de P. Penal).

“Como lo que se prohíbe es la injerencia de terceros, no es ilícito, como norma general, el registro del contenido del mensaje (telefónico, vía telefax,

telegráfico, etc.) por quien lo envía o por su destinatario, pues, como lo ha sostenido la Sala, lo que sanciona el artículo 288 del Código Penal es la sustracción, extravío, interceptación, enteramiento, etc., de una comunicación privada dirigida a otra persona, conducta que se agrava cuando se revela su contenido o se emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro.

De la norma anteriormente citada, se deduce inequívocamente que el sujeto activo de la infracción debe ser distinto de aquellos que dirigen la correspondencia y de su destinatario. Ello, por cuanto resulta de simple sentido común que quien crea el documento o papel privado y quien lo recibe (destinatario) son los únicos que pueden decidir su divulgación. La norma sanciona a quien sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada o se entere de su contenido, desde luego sin autorización de autoridad competente, cuando el remitente y el destinatario desean que el contenido deba permanecer en reserva. Pero, cuando uno y otro dan a la publicidad o por lo menos ponen su contenido en conocimiento de otras personas, estas de modo alguno incurren en el ilícito previsto en la norma comentada, salvo que se les haya confiado con el carácter de reservado.

Lo mismo ocurre respecto de las grabaciones magnetofónicas, es decir, que nadie puede sustraer, ocultar, extraviar, o destruir una cinta magnetofónica o interceptar o impedir una comunicación telefónica, sin autorización de autoridad competente. Pero, cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes. Esto por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada.

Así mismo, tampoco comparte la Sala el argumento de la defensa de que en este caso, al efectuar la grabación de las llamadas se haya vulnerado el derecho fundamental a la intimidad, pues si por tal entendemos aquella parte de la vida privada, de carácter personalísimo que a veces no se quiere dar a conocer a ninguna persona y en otras solo a las más allegadas, como los atinentes al estado de salud, gustos sexuales, secretos familiares, etc., no encuentra la Sala cómo se puede afectar el derecho a la privacidad, al grabar conversaciones

relacionadas con algo que no toca la esfera de lo íntimo, como lo es el pago de una cuota del salario o la razón de un despido.

En segundo término debe destacarse el fallo emitido por la Corte el treinta (30) de noviembre de dos mil uno (2001), con ponencia del Magistrado doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Proceso No. 13948).

En el evento que estudia la Sala, el demandante acusó a la sentencia de haber incurrido en un falso juicio de legalidad, por cuanto valoró dos grabaciones que de manera clandestina obtuvo el denunciante, quien sin embargo, estaba grabando su propia voz, para lo cual no necesitaba autorización judicial, y si bien lo hizo con desconocimiento por parte de sus interlocutores, los acusados, como estaba motivado por el proceder indecoroso de los empleados judiciales que le solicitarían dinero para el cumplimiento de la función pública, su comportamiento se legitima, dado que era lógico suponer que iba a ser víctima de un delito, evento en el cual la vía por la que optó se torna en un válido mecanismo de defensa de sus intereses, máxime que en la clase de delitos porque se procede, el funcionario que “vende” su labor actúa al amparo de la clandestinidad, eludiendo la posibilidad de dejar rastros.

En este contexto, se cumplen los presupuestos que la Corporación tiene señalados para concluir en la legalidad de la grabación que, de su propia voz y por propia iniciativa, obtiene la víctima de un delito.

“Valga la oportunidad para que la Sala actualice el planteamiento expuesto en sentencia del 16 de marzo de 1988 (M. P. Dr. Martínez Zúñiga), cuando consideró la posibilidad legal que tiene la víctima para preconstituir –con la ayuda de la tecnología a su alcance–, la prueba del delito.

Al efecto debe decirse que con la actual prefiguración constitucional del Estado como Social de Derecho –fundado en el respeto por la dignidad humana–, la libertad y autonomía individuales cobran especial relevancia, al punto de garantizarse a la persona natural el ejercicio de sus facultades ‘sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico’ (art. 16 C .N.).

Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si estas actividades no se hallan expresamente

prohibidas. Este aserto resulta avalado si se tiene en cuenta que quien así actúa es precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos fundamentales, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo.

Como puede advertirse, la Corte Suprema ha hecho una lectura del artículo 15 Constitucional, de acuerdo con la cual no es ilícito el registro del contenido de un mensaje por quien lo envía y por su destinatario, pues esta norma solo prohíbe las interceptaciones realizadas por personas ajenas a la conversación. Esta doctrina se retomó en la sentencia del 21 de enero de 2003, en la cual se apartó de la doctrina en contrario fijada por la Corte Constitucional. En esa oportunidad expuso: Estos argumentos son los que han llevado a la Sala a disentir del criterio de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia de tutela T- 03 del 21 de enero de 1997, en donde declaró nula de pleno derecho una grabación magnetofónica llevada a cabo por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro, con el argumento de que el derecho fundamental a la intimidad, impide que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales. Por ser esta una decisión que tiene fuerza vinculante interpartes no obliga a la Sala¹².

3.2. Postura de la Corte Constitucional

La sentencia de la Corte Constitucional (T- 003 del 21 de enero 1997, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía), a la cual se refiere la Sala Penal de la Corte Suprema, y cuya tesis desestima, resuelve una acción de tutela interpuesta contra la facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, que interpone un aspirante que no fue admitido en el postgrado de especializaciones médicas, clínicas y quirúrgicas. El actor aportó al proceso un casete con la grabación de una charla privada que había sostenido con un directivo de esta institución educativa, quien no había sido enterado de la grabación de la conversación.

¹² Línea jurisprudencial tomada de Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit. Págs. 325 y 326.

El demandante dijo que es médico graduado por la Universidad de Antioquia y que, en su calidad de facultativo graduado, aspiró a un puesto en Ginecología y Obstetricia en la reciente convocatoria de esa Universidad para especializaciones médicas. En el examen escrito obtuvo la segunda mejor calificación, pero, al considerarse “el puesto ponderado durante la carrera de estudiante”, bajó a la posición número diecisiete (17), quedando por fuera de las posibilidades, pues solo se escogían los seis (6) primeros aspirantes.

Consideró entonces “que el valor asignado y la consideración misma del puesto ponderado como requisitos” atentaban contra la equidad, la igualdad y la legitimidad, porque, de entrada, separaban de manera casi definitiva a los aspirantes, al crear entre ellos enormes diferencias.

Para los efectos relevantes del tema bajo estudio señaló la Corte: “aparece probado en el plenario que el actor, con ocasión de la ampliación de su declaración, aportó al proceso un casete, con su correspondiente versión escrita, de la grabación de una charla privada que sostuvo con el doctor Gabriel Agudelo Viana. Sin embargo, como lo dijo el propio demandante, el doctor Agudelo no fue conocedor de que durante la entrevista se realizaba dicha grabación.

Como tal conducta llama la atención, surge el interrogante de saber si guarda armonía con la preceptiva constitucional.

Teniendo en cuenta el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Carta, la Sala, reiterando la doctrina contenida en la sentencia de esta Corporación T-530 del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), (magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), considera que toda persona tiene derecho a un contorno privado, en principio vedado a los demás, a menos que por su asentimiento o conformidad, el titular renuncie a su privilegio total o parcialmente. Entendido así el derecho a la intimidad, es claro que éste, fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partici-

pes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales.

La deslealtad en que incurrió el actor al abusar de la confianza de su contertulio, ajeno al hecho de que sus opiniones estaban siendo grabadas, además de vulnerar el derecho fundamental a la intimidad, impide que el casete pueda ser tenido en cuenta como prueba judicial, porque su creación y aportación tampoco concuerdan con los presupuestos del debido proceso. En efecto, la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad también quebranta el debido proceso, pues, al suponer la utilización de una maquinación moralmente ilícita, constituye clara inobservancia de los principios de la formalidad y legitimidad de la prueba judicial y de la licitud de la prueba y el respeto a la persona humana.

Por último, debe señalarse que esta clase de atentados contra la inmaculación de la prueba conduce a la nulidad a que hace referencia el inciso final del artículo 29 de la Constitución:

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Así, advirtió la Corte Constitucional que “el derecho a la intimidad impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas.

Al contrario, la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 11 de mayo de 2000, suscrita por el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en armonía con la postura de la Corte Suprema de Justicia, “señala que no resulta entendible que a una persona, por ejemplo, le esté prohibido tomar fotos o grabar el sonido las imágenes de una actividad delictiva de la que es objeto, pero sí se le permite capturar en flagrancia a la persona que lleva a cabo tal actividad, en los términos del artículo 32 de la Constitución Política. Con un argumento a fortiori, si la Carta Política permite que la víctima del delito capture al delincuente en flagrancia, con mayor razón legitimará que se graben su conversación

o imágenes cuando despliega actividades anteriores, concomitantes o posteriores vinculadas estrechamente con el delito”¹³.

4. Intervención de comunicaciones telefónicas por parte de uno de los interlocutores en el proceso disciplinario

La tesis de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, según la cual es válida como prueba la grabación magnetofónica que realiza uno de los interlocutores en la conversación, y concretamente la víctima para preconstituir la evidencia que fundamentará su denuncia, ha sido igualmente aplicada en el proceso disciplinario, como quiera que tal actividad no constituye una injerencia indebida en los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones e intimidad.

El caso emblemático en materia disciplinaria, y en este punto concreto, fue fallado por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, a través de un proceso verbal, mediante fallo del 21 de mayo de 2003, en el cual sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad de 20 años, a los Concejales de Bogotá Judy Consuelo Pinzón, Lilia Camelo Chávez y William David Cubides Rojas¹⁴.

Los supuestos de hecho relevantes en el referido caso indican que los Concejales sancionados participaron en la discusión y aprobación del Código de Policía para Bogotá. El señor Mauricio Castillo Mora, en representación de los vendedores ambulantes y empresas que podrían resultar afectados con la aprobación de dicho acuerdo, contactó a los Concejales antes citados, a fin de lograr la modificación de algunos aspectos del proyecto.

Los implicados se reunieron en varias ocasiones con el denunciante Mauricio Castillo en locales comerciales de la ciudad, en la sede política de uno de ellos y en las oficinas del Concejo Distrital, y en el decurso

¹³ Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. Ob. cit.

¹⁴ Fallo de primera instancia proferido por el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, doctor José Fernando Reyes Cuartas. Rad. 162-79713- 2002.

de esos encuentros los Concejales le solicitaron dinero a Castillo Mora como condición para gestionar la modificación del proyecto en beneficio de los interesados. En varias oportunidades los implicados conversaron telefónicamente con Castillo Mora, ya sea por llamadas telefónicas que este efectuara o por llamadas que recibiera de los implicados. Dichas llamadas y las conversaciones, de cuyo contenido se deduce la solicitud de dinero, fueron grabadas por el denunciante, y posteriormente aportadas al proceso penal, y trasladadas como pruebas al proceso disciplinario.

En una reunión que tuvo lugar el 8 de diciembre de 2002 comparecen todos los implicados y el denunciante con un maletín que contendría el pago de las exigencias, momento en el cual los Concejales son capturados en flagrancia por la Policía Judicial, en el momento en que se disponían a recibir el dinero como consecuencia de la ilegal gestión a que se habían comprometido.

En el presente caso, tanto las cintas de audio aportadas por el denunciante, donde aparecen conversaciones telefónicas con los acusados que acreditan probatoriamente la materialidad del delito y de la falta disciplinaria, al igual que el maletín ejecutivo que contenía el dinero auténtico o espurio (en realidad contenía fajos de billetes simulados), que incautó la Policía Judicial en el momento del allanamiento y captura, constituyen elementos materiales de prueba necesariamente sometidos a cadena de custodia, a fin de preservar la identidad, originalidad, integridad y capacidad demostrativa en los procesos penal y disciplinario de las evidencias recaudadas por la Policía Judicial en la escena.

Con respecto a las grabaciones de audio que realizó Castillo Mora, y en las que aparecen conversaciones que sostiene con los Concejales implicados en torno a la contraprestación económica que estos recibirían por su gestión, fueron valoradas como pruebas lícitas, con base en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual “las grabaciones magnetofónicas realizadas por quien está siendo víctima de una conducta punible a través de llamadas telefónicas a su abonado no requieren autorización judicial previa para su validez y eficacia probatoria, puesto que siendo destinatario de la llamada, está facultado para grabarla y difundirla, en virtud del principio de autonomía

individual, sin que con ello se afecte la órbita de la intimidad ajena, ni el ordenamiento jurídico”.

Y agrega la mencionada línea jurisprudencial: “lo prohibido es la grabación en la modalidad de interceptación de terceros, pues se entiende que el interés protegido en lo material es la injerencia indebida de una persona en la comunicación de otra, de la cual no hace parte. Por tanto, si un tercero se inmiscuye en una conversación ajena, y la graba, la prueba así obtenida será ilícita; pero si la grabación es realizada por quien participa en ella, no habrá motivos para afirmar su ilicitud, menos aun si está siendo víctima de un delito”. (Sentencias de marzo 16 de 1988, M.P. Dr Lisandro Martínez Zúñiga; octubre 22 de 1996. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; noviembre 15 de 2000. M.P. Dr Jorge Córdoba Poveda y agosto 15 de 2001. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; todas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia).

En el caso bajo estudio, al denunciante Castillo Mora se le consideró posible “víctima” del delito o falta disciplinaria, pues “hace parte de un colectivo que propende a la defensa de los intereses de los vendedores ambulantes y desarrolla programas sociales que procuran mejorar su nivel de vida, entre otros programas. En tal sentido, las actividades preactivas que él desarrolló tenían un fin filantrópico, como fue desarrollar un programa para ofrecer condiciones ventajosas a los vendedores ambulantes, al tenerlos como guías turísticos, informantes, etc. En este sentido, no puede negarse que el fracaso del proyecto afectaba primordialmente a Castillo Mora, en cuanto líder. Si esto es así, no se niega su calidad de víctima en frente de las demandas de dinero que le hicieron los concejales disciplinados para no sacar a los vendedores informales de las calles, por medio de una norma que así lo dispondría. Ese resultado afectaba a Castillo y a su colectivo, y en ese sentido se le tiene como afectado y por ende legitimado para grabar las conversaciones que en esa dinámica reprochable lo involucraba”.

Capítulo Décimo

INEFICACIA PROBATORIA DE LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS ILÍCITAS

La inexistencia de resolución judicial que autorice la medida, la falta de motivación de la misma, o la ausencia de alguna mención esencial para realizar la interceptación telefónica, se traduce en una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Tales circunstancias determinan irremediablemente la prohibición de valorar cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, y no solo del resultado mismo de la intervención. Es decir, que se considera nula de pleno derecho, y por tanto afectada por la regla de exclusión probatoria, la prueba derivada en forma directa o inmediata de las observaciones telefónicas ilegalmente decretadas, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios.

Al respecto, la Jurisprudencia Española del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo distinguen entre legalidad Constitucional y legalidad ordinaria¹.

Así, “la infracción a la legalidad constitucional se genera, en punto del tema estudiado, cuando la intervención telefónica se realiza sin previa autorización judicial, cuando dicha resolución adolezca de falta de motivación, o de

¹ Sobre el punto, un sector de la doctrina distingue entre prueba ilícita y prueba irregular. Esta se estructura por violación de una norma de rango no constitucional, tanto en su obtención como en su incorporación al proceso; por su lado, la ilicitud probatoria será aplicable a aquellas cuya obtención no ha sido respetuosa de las exigencias constitucionales. En Martínez García, Elena. “Eficacia de la Prueba Ilícita en el proceso penal. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2003. Pág. 38.

alguna de las menciones esenciales antes citadas (especificación delictiva, personal o telefónica). En tales eventos se vulnera el núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones.

Cualquier otra anomalía o irregularidad supondrá una infracción a la legalidad ordinaria, no constitucional, y sus consecuencias no tendrán la gravedad de aquella.

Al plano de la legalidad ordinaria, en punto de la validez probatoria del resultado de las intervenciones telefónicas, pertenecen por ejemplo la falta de entrega al órgano Jurisdiccional de los soportes originales en que la policía judicial haya recogido las conversaciones detectadas, y el desconocimiento del derecho que tienen las partes a participar en la audición y selección de las conversaciones que serían medio de prueba en el juicio oral, para garantizar así las condiciones de inmediación y contradicción de las pruebas.

1. Consecuencias de la vulneración a la legalidad constitucional

En los casos donde se registre una infracción de la normativa Constitucional, la consecuencia es la nulidad radical e insubsanable de la interceptación telefónica, así como de las pruebas directas e indirectas derivadas de tal interceptación, las cuales tampoco serían útiles para desvirtuar la presunción de inocencia.

Solo si existe alguna otra prueba ajena a la intervención, causalmente desconectada de la misma, es posible fundamentar en ellas las providencias y la sentencia condenatoria, pero no en la intervención telefónica ilegalmente practicada.

Como quiera que la nulidad radical o de pleno derecho a que se hace referencia afecta o infringe un derecho fundamental de estirpe constitucional, “no cabe subsanar o convalidar la misma mediante la práctica de ninguna actividad probatoria ulterior, bien sea mediante una resolución judicial dictada a posteriori, mediante el testimonio de quienes realizaron la interceptación telefónica, o de cualquier otra manera”².

² Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 1005.

Bajo esta perspectiva, se ha de concluir que la vulneración del derecho Constitucional protegido (secreto de las comunicaciones), a través de una interceptación telefónica ilícita, se sancionará con la pérdida de efecto de las pruebas que se hubieren obtenido directa o indirectamente a partir de la infracción de este fundamental derecho.

En otros términos: “cuando la medida de intervención telefónica no ha sido ordenada según los presupuestos que la hacen constitucionalmente legítima, ya sea porque no la ordenó un Fiscal o un Juez, no se ha iniciado un proceso penal, no consta ningún imputado como sujeto pasivo de la medida, no existen motivos razonables que fundamenten la injerencia, etc., la consecuencia será siempre la de no producir ningún efecto probatorio, independientemente de la posible infracción penal que se pueda haber cometido”³.

Adicionalmente, en caso de que exista alguna conexión causal entre la intervención telefónica constitucionalmente nula y un medio probatorio derivado de dicha diligencia, este también se considera ilícito en el medio, por hallarse igualmente viciado, y tampoco se le considera eficaz para enervar la presunción de inocencia.

Se produce así un efecto indirecto sobre la prueba derivada, que se sustenta en la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”. En relación con el efecto expansivo de la prueba ilícita, y la ineficacia probatoria que se deriva de las evidencias que se obtienen mediante vulneración de los fundamentos, resulta indispensable no confundir la prueba “diferente” (pero derivada de la ilícita) con la prueba independiente, sin conexión causal con aquella.

Así las cosas, los efectos y consecuencias invalidatorios de la prueba ilícitamente obtenida afectan no solamente la validez de las interceptaciones telefónicas, registros domiciliarios, vehiculares, incautaciones y otras diligencias que pudieren llevarse a cabo con infracción a la legalidad constitucional, sino que los efectos se extienden de igual modo a la posible detención o captura del sospechoso con sustento en tales diligencias, o a cualquier otra prueba o diligencia con la que sea posible establecer un nexo causal.

³ Rodríguez, Orlando Alfonso. Ob. cit. Pág. 248; el autor retoma el criterio de López- Gragoso Álvarez Tomás. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, pág. 94.

Solo las pruebas no derivadas directa o indirectamente de las ilícitamente obtenidas, es decir, desconectadas causalmente de la intervención telefónica nula, pueden fundar un pronunciamiento condenatorio.

Por tal motivo, no es válido afirmar que si en determinado proceso una prueba es declarada nula, la absolución constituye un hecho irremediable. Pueden existir, de acuerdo con la jurisprudencia, declaraciones textuales que no guardan relación alguna con la interceptación telefónica nula, y estas por tanto serán tomadas en consideración para desvirtuar la presunción de inocencia, o serán asumidas como hechos indicadores para construir indicios de responsabilidad, que en el contexto de la valoración conjunta del caudal probatorio permitirían sustentar la responsabilidad penal de los procesados. No sucede lo mismo, a la luz de criterios jurisprudenciales, con la confesión del acusado que se obtiene luego de una intervención telefónica ilícita, puesto que tal prueba, en principio, no se puede considerar causalmente desconectada de la intervención telefónica nula, como quiera que siempre guarda alguna relación con la misma, en tanto suele ser consecuencia de la situación procesal adversa en que se coloca al imputado tras la interceptación de sus conversaciones telefónicas. Así, el nexo causal, aunque debilitado, continúa existiendo⁴.

Al lado de las pruebas desconectadas causalmente con la intervención telefónica ilícita, cuya eficacia es admitida, también el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del descubrimiento inevitable.

A efectos de adquirir claridad sobre la naturaleza y contenido de esta figura, es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo Español de 4 de julio de 1997, donde se indica: “la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizados por la Policía, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual en la venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubierto de la reunión en la cafetería donde se cerró el negocio ilícito. Es decir, que inevitablemente y por métodos regulares ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo en un lugar público, y sujeto a la vigilancia de la Policía Judicial que procedió al seguimiento de la acusada.

⁴ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 1010.

Por tanto, las referidas pruebas habrían sido irremediabilmente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento policiales realizadas continuamente, e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la intervención telefónica”⁵.

2. Ineficacia probatoria por vulneracion de la legalidad ordinaria

Las infracciones de esta índole suelen registrarse en la etapa de escucha, grabación y transcripción de las conversaciones interceptadas. Una vez obtenida la autorización del juez para realizar una intervención telefónica, los funcionarios de Policía Judicial pueden poner en marcha los mecanismos técnicos para escuchar las conversaciones telefónicas que se produzcan a través de los abonados objeto de intervención.

Durante las escuchas telefónicas pueden registrarse 3 situaciones distintas:

- a. Que se logre descubrir el delito investigado durante el plazo que ha fijado el juez, o no se consiga descubrir ningún delito.

En dicho evento la Policía Judicial le ha de rendir al juez el respectivo informe, donde se consigne el resultado positivo o negativo, anexando las cintas magnéticas (soportes físicos) originales e íntegros, es decir, sin ninguna mutilación o corte.

- b. Que no se consiga tal objetivo, pero concurren indicios suficientes para entender que podrá lograrse si se prorroga el plazo inicial de la escucha.

La prórroga está sujeta igualmente a la valoración del juez, y se ordenaría a través de resolución motivada en cada caso, sin perjuicio de considerar admisible y válida la motivación por remisión a los indicios consignados en la solicitud policial de prórroga.

La ausencia de fundamentación de la prórroga constituye una injerencia ilegítima en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, con la consiguiente ineficacia probatoria.

⁵ Ibidem, pág. 1012.

La prórroga, cuya fecha inicia no en la fecha de la resolución judicial que la ordena, sino en el momento mismo en que se reanudan las escuchas telefónicas, está sometida a un control judicial previo a su realización (a través de la orden judicial que la autoriza), coetáneo (mientras se realiza), con la intervención del organismo judicial que la decreta, y posterior a las escuchas, una vez estas concluyen.

“En cualquier caso, la mejor manera de controlar las escuchas telefónicas es mediante la audición de las cintas originales, aunque también puede hacerse mediante la lectura de las transcripciones judiciales totales o parciales de las conversaciones grabadas, las cuales, aunque carecen del valor probatorio que tendrá la transcripción policial efectuada bajo la fe pública judicial, son útiles para ejercer el Control Judicial periódico de la efectividad de la intervención.

- c. Es posible que durante las escuchas se llegue a descubrir un delito diferente, cuya investigación no constituyó objeto de la autorización judicial. En tal caso, resulta indispensable que la policía lo informe en forma inmediata al juez que ordenó la interceptación inicial, a fin de que este funcionario expida una nueva y específica autorización, o se inicie un proceso diferente con respecto al nuevo delito.

De no procederse de esta manera, resultaría vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la persona afectada, y sería totalmente nulo el valor probatorio de las conversaciones telefónicas escuchadas y grabadas.

De modo que, como se indicó antes, tras el descubrimiento del hallazgo casual “el investigador tiene dos opciones: o bien solicitar autorización judicial para ampliar el objeto de las escuchas telefónicas al nuevo delito, o bien proseguir con las escuchas, circunscribiéndolas al hecho originalmente investigado, e iniciar una investigación aparte sobre el nuevo hecho delictivo, pues no puede renunciarse a investigar la noticia criminal incidentalmente descubierta”. Es decir, que la información ya obtenida sirve lícitamente como noticia criminal, determinando las actuaciones y diligencias posteriores⁶.

⁶ Ver el análisis detallado del tema en Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Págs. 1020-1025. Cuestionable resulta este punto de vista, pues en tal supuesto se conculcan igualmente garantías constitucionales básicas.

Las irregularidades alternas a las escuchas en sí mismas consideradas generan en términos generales infracción a la legalidad ordinaria, bien sea porque la Policía Judicial realice una selección parcial de las conversaciones, o las seleccionen ellos mismos, sin ningún control judicial, o porque la audición y selección de las cintas se lleve a cabo sin la presencia de las partes, vulnerando el principio de contradicción, o porque la transcripción de las cintas no se realice correctamente.

“Cuando ocurre algo así, es claro que las conversaciones telefónicas grabadas, en cuanto constituyen un medio de prueba, carecen de eficacia probatoria, porque adolecen de un vicio derivado de la vulneración de las garantías procesales básicas”. Pero esta no impide, según un sector de la doctrina, que las escuchas telefónicas puedan constituir un medio de información que permite aducir al proceso otras pruebas válidas sobre las cuales se puede fundar un pronunciamiento condenatorio, en cuanto deriva de una prueba obtenida con sujeción a las exigencias constitucionales, aunque irregular desde una perspectiva procesal.

Tiene interés al respecto la distinción entre lo que es un medio de investigación (las escuchas telefónicas) y lo que es un medio de prueba (las grabaciones de las conversaciones telefónicas, o la transcripción de las mismas). El hecho de que sean nulas las grabaciones o sus transcripciones no les resta validez y eficacia probatoria a las escuchas, ya que estas pueden haber sido una importante fuente de información, para, a partir de ellas, obtener otros medios probatorios sobre los cuales basar una eventual condena”⁷.

Bajo la anterior perspectiva la interceptación de comunicaciones telefónicas puede tener una doble finalidad: servir de fuente de información o utilizarse como medio de prueba. “Es por ello que según algunos autores ha de reputarse válido el registro domiciliario que se practica sobre la base de una información obtenida a través de unas escuchas telefónicas constitucionalmente lícitas, aunque posteriormente tales escuchas no puedan utilizarse como medio de prueba, por cuanto la grabación, la selección o la transcripción se han realizado con vulneración de una garantía procesal básica”⁸.

⁷ Ibídem, pág. 1030.

⁸ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 1031.

3. Audición, selección, y transcripción de las cintas

La información que existe en las cintas magnéticas, esto es, el contenido de las conversaciones íntegras y originales, debe ser entregada al juez, para que formalice el resultado de la diligencia, a través de la audición, selección y transcripción, con presencia de las partes, a fin de transformar la misma en un instrumento probatorio preconstituido, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia durante el juicio oral.

La preconstitución probatoria o prueba anticipada es una fase en la cual interviene el juez de instrucción, el secretario judicial que confiere autenticidad a la información suscrita por los funcionarios de policía judicial, al igual que el imputado y el Ministerio Fiscal. Se trata de oír las cintas grabadas, en presencia del imputado, ministerio fiscal y acusación particular, si la hay (con lo que quedaría garantizado el principio de contradicción), así como la selección de las conversaciones que se estimen de interés para la acusación o la defensa, y de transcribir las conversaciones seleccionadas, para facilitar su lectura durante el juicio oral.

Es al juez, en presencia de las partes, y no a la Policía, “a quien le compete seleccionar los apartes de las grabaciones que se consideren útiles para la instrucción de la causa, excluyendo las que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo, aquellos que por afectar la intimidad de terceros ajenos al proceso, y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben ser excluidos de la publicidad. En otros términos, la selección apunta a elegir las conversaciones con repercusión probatoria de cargo o descargo, y en desarrollo de esta deben garantizarse los derechos fundamentales de los implicados”⁹.

Por ello, “las cintas magnetofónicas grabadas como consecuencia de las escuchas telefónicas deben ser entregadas originales en el Juzgado que haya acordado la medida . Solo la entrega de la cinta original permitirá, en su caso y cumpliéndose todos los requisitos, que la misma pueda tener algún valor. La entrega de copias o de grabaciones incompletas en las que, por las razones que

⁹ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 1036.

fueren, se han extraído parte de las conversaciones, produce la imposibilidad de utilizar dichas cintas. Quien ha de decidir la pertinencia o utilidad de lo grabado es el Juez, por lo que a este corresponde la decisión sobre ello, al igual que sobre la destrucción de la información contenida en las cintas, cuando esta carece de relevancia como tema de prueba; además, el interesado debe tener pleno conocimiento de lo que va a realizarse¹⁰.

En tal sentido, a “ la policía no le es permitido seleccionar lo que entienda relevante de lo que resulte insignificante o superfluo para efectos de la investigación concreta. De ello se deriva la necesaria entrega al Juez de la integridad de los originales (masters) donde consten la totalidad de las grabaciones, para que aquel y el secretario judicial procedan a las transcripciones y a la incorporación a la causa de los pasajes de interés para la misma. En tal sentido la policía judicial no está habilitada para seleccionar en forma autónoma los fragmentos de las grabaciones que estime relevantes, ni para guardar los que considere fútiles. Otra cosa es señalar o proponer al Juez, quien tiene la facultad de decidir sobre el asunto, los apartes de relevancia para el proceso”¹¹.

“La audición, por su parte, supone conocer el contenido de las conversaciones, y conlleva la necesidad de identificar a quienes intervienen en las mismas. Cualquier duda o confrontación sobre la identidad de las voces ha de ser resuelta mediante una prueba pericial”¹².

Resulta evidente que cualquier selección policial de las conversaciones telefónicas es nula y carente de valor probatorio, si se ha procedido a la destrucción total o parcial de los soportes físicos originales que la contenían, al no ser posible en este caso que el juez subsane la irregularidad ordenando una nueva selección; tal nulidad es completa e irreversible¹³.

Ahora bien, si se ha realizado una selección policial, pero al propio tiempo se han conservado las cintas originales e íntegras, el juez tendrá la posibilidad

¹⁰ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1176.

¹¹ Queralt, Joan Joseph. Ob. cit. Pág. 236.

¹² Ibidem, pág. 137.

¹³ “En todo caso, la regulación del tema debe incluir un acápite sobre los requisitos bajo los cuales las grabaciones pueden ser destruidas o borradas, en especial cuando al acusado se le archiva el proceso o ha sido absuelto. También debe incluir las precauciones necesarias para mantener siempre un ejemplar intacto e íntegro de todas las grabaciones, a fin de eventuales controles por parte del juez y de la defensa”. En Queralt, Joan Joseph. Ob. cit. Pág. 229.

de control sobre la selección inicial, con la cual la preconstitución probatoria podrá ser admisible.

“En lo relativo a la transcripción, es el secretario judicial quien garantiza la autenticidad de ella, pues es quien da fe de que lo transcrito corresponde literalmente al contenido de las conversaciones que han oído.

La transcripción, de todas formas, puede ser efectiva (la que se realiza en forma directa), o por cotejo (cuando se comprueba que la selección policial ha sido acertada), y concuerda con las grabaciones presentadas en el juzgado”¹⁴.

Ahora bien, si la audición, selección y transcripción no se efectúa con todas las exigencias precisas (intervención, control judicial y presencia contradictoria de las partes) se vulnera la legalidad ordinaria, no constitucional, y la consecuencia que se produce es la ineficacia probatoria de lo que se ha preconstituido judicialmente.

“Así ocurre cuando la audición se realiza sin la concurrencia de alguna parte afectada; o sin la presencia del secretario judicial encargado de dar autenticidad al contenido de la grabación magnetofónica, cuando la selección no se realiza, remitiéndose el Juez a la selección policial, sin llevar a cabo un previo cotejo con presencia de las partes, o en el evento de que la transcripción se realiza sin ninguna supervisión judicial; sin embargo, estas vulneraciones de legalidad ordinaria no afectan la eficacia de las escuchas como diligencia de investigación, a partir de las cuales se llega a obtener otro medio probatorio distinto (por ejemplo, un registro domiciliario, seguimiento o registro personal)”¹⁵.

El vicio de legalidad ordinaria, en este orden de ideas, no afecta al resto de las pruebas practicadas ni determina la invalidez de las realizadas sobre la base de los datos obtenidos a través de las referidas intervenciones, que aun cuando carezcan por sí mismas de eficacia probatoria, pueden servir como base lícita de investigación, pues el efecto expansivo sobre las pruebas derivadas solo es aplicable en los supuestos de violación de derechos constitucionales, lo cual no ocurre en el caso de simple irregularidad procesal.

¹⁴ Ibidem, pág. 1043.

¹⁵ Climent Durán, Carlos. Ob. cit. Pág. 1044.

En otros términos: cuando se cometen irregularidades en la etapa de audición realizada durante el sumario, en la selección o en la transcripción, entre otras, ellas pueden ser subsanadas durante el juicio oral, a través de la corrección del defecto, a fin de reparar de esta manera la vulneración a la legalidad ordinaria, y lograr así que la conversación telefónica pueda ser valorada por el tribunal como prueba de cargo o descargo. De esta forma se garantizan, durante el juicio, los principios de inmediación, contradicción y defensa, quedando así descartada la probabilidad de indefensión.

En otros casos, por razones fácticas, no será posible subsanar la irregularidad, como ocurre cuando la policía judicial, tras realizar la audición, selección y grabación de las cintas, procede a destruir total o parcialmente los soportes originales de los mismos.

Capítulo Undécimo

EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA DE INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

La prueba obtenida con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o sin las formalidades legales esenciales (v. gr., sin orden judicial o sin motivación de la providencia que la ordena), es objeto de la regla de exclusión o de prohibición probatoria, es decir, “deberá ser excluida material y jurídicamente del proceso. Igual suerte deberán correr las pruebas derivadas de una interceptación ilegal de comunicaciones privadas, pues nada se lograría si se renunciara a la prueba ilícita como evidencia, pero se le aceptara como fuente de prueba. Con esta lógica, paradójicamente se estimularía la producción de prueba ilícita, pues ella constituiría el camino para practicar otras pruebas que permitan desvirtuar la presunción de inocencia”¹.

Es por ello que en los modernos sistemas procesales se opta no solo por excluir la prueba ilícita en sí, sino también la que es consecuencia de ella. “Es lo que se conoce en el derecho anglosajón como la teoría de los ‘frutos del árbol envenenado’, en virtud de la cual la ilicitud se traslada de la prueba ilícita a aquellas pruebas que son su fruto. Sin embargo, existen muchos casos en los cuales la prueba derivada ilícita no está estrechamente ligada a la prueba prohibida”², y por ello se considera independiente; y otros donde el nexo entre una y otra es atenuado, o la prueba derivada se habría obtenido, de manera inexorable, a través de medios lícitos (descubrimiento ineludible). Finalmente, existen eventos en los cuales no es posible desconocer la evidencia física sobre

¹ Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit. Pág. 390.

² *Ibidem*, pág. 390.

la comisión de un delito que se obtiene como consecuencia de una interceptación de comunicaciones ilegalmente practicada (pruebas objetivas).

1. Doctrina de la fuente independiente

La doctrina de la fuente independiente, como excepción a la regla de exclusión probatoria, “se aplica en eventos donde la evidencia se ha obtenido por un medio distinto y separado de la obtención ilegal, es decir, se trata de aquellos casos en los que para la demostración de un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que exista entre ellos vínculo alguno”. El problema se circunscribe entonces a definir si existe o no conexión entre las evidencias maculadas y las evidencias limpias, es decir, vínculos causales entre evidencias ilegales y evidencias legalmente obtenidas, que se asumen por la dogmática procesal bajo la denominación de “descontaminación del fruto”³.

La ley 906 de 2004 establece que “para determinar si una prueba es derivada de una prueba ilícita (como en el caso de una intervención telefónica que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones), y si respecto de ellas opera el mandato de exclusión jurídica y material, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, y los demás que establezca la ley. De acuerdo con esto la ley fija esos criterios y, además, consagra una reserva legal para la configuración de otros criterios adicionales”⁴.

Los criterios para determinar si se está o no en presencia de una prueba derivada ilícita han sido diseñados por la jurisprudencia comparada, y en especial por la Norteamericana. La sentencia SU-159 de 2002, de la Corte Constitucional colombiana, se refiere a algunos de ellos: según la doctrina de la fuente independiente, la prueba que supuestamente proviene de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la evidencia derivada se obtuvo por un medio legal independiente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita. Fue esta la tesis aplicada para mantener las condenas contra

³ En Guerrero Peralta, Óscar Julián. Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo sistema penal. Editorial Nueva Jurídica. Segunda edición. 2007. Pág. 435.

⁴ Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit. Pág. 391.

el ex ministro Arboleda, en el caso conocido en los medios de comunicación como el caso del miti-miti, y analizado en capítulo anterior.

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

Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC-238 de 1999, se decidió un caso donde las sospechas policiales y la investigación inicial se dirigieron contra una tercera persona posteriormente absuelta. La intervención telefónica, que más tarde se declaró lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones, fue encaminada hacia el citado tercero y su teléfono, pero de ellas se obtuvo información según la cual un individuo distinto recibiría una droga en un hotel de la provincia de Almería.

Concluye el Tribunal Supremo que “la sentencia ciertamente se fundamentó en pruebas obtenidas lícitamente. Ese carácter lo tienen el hecho de la aprehensión de la droga en el taxi donde viajaba el poseedor de la droga, la declaración de los agentes de la guardia civil que participaron en la vigilancia y seguimiento de los sospechosos, la del propio demandante que reconoció como suya la carpeta en la que se encontró la droga, y el testimonio del taxista que conducía el vehículo donde el actor transportaba la sustancia intervenida. Si bien todas estas pruebas, atendiendo al desarrollo histórico de los hechos, se sitúa en el contexto de las escuchas telefónicas ilícitas, lo verdaderamente relevante es que se muestra desconectada de estas, en la medida en que no era el recurrente la persona sujeta a investigación a través de tales escuchas telefónicas, ni se supo su relación con los hechos hasta el momento en que fue detenido en el control policial.

Concluye entonces que “ninguna de las conversaciones grabadas fue determinante de la intervención de la droga, y por ello puede estimarse que la ilicitud inicial de las escuchas referidas, en cuanto lesivas de derechos fundamentales, no se propagó a las demás pruebas que fundamentaron la condena”⁵.

⁵ Martínez García, Elena. Ob. cit. Pág. 60.

En esta sentencia “no se aplica la teoría sobre ruptura del nexo de antijuridicidad, porque se mueve en el terreno de la prueba directa ilícita, pero justificada su admisión por el hecho de que la afectación del derecho fundamental no afectó al coimputado, ni el dato obtenido mediante la violación fue decisivo en la investigación. Esta idea enlaza directamente la titularidad del derecho fundamental material con la presunción de inocencia, de modo que esas pruebas reputadas ilícitas son aptas para enervar la presunción de inocencia del no titular del derecho fundamental material”⁶.

En otras palabras, tras un pinchazo telefónico a un sujeto que finalmente resulta absuelto, el Tribunal Constitucional declara válida para condenar la prueba obtenida frente a un tercero, ahora sí imputado, porque al no ser titular del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, resulta susceptible de ser roto el nexo de antijuridicidad existente entre la ilicitud originaria y la prueba derivada. Razón asiste a la profesora Martínez García, al señalar que “tal argumento resulta enormemente peligroso, pues abre la puerta a intervenciones telefónicas generales o de carácter preventivo, a sabiendas de que lo obtenido podrá ser utilizado en juicio contra aquellos procesados no titulares del teléfono”⁷.

Para determinar cuando se rompe el nexo causal o directo entre la prueba originalmente ilegal y la prueba de cargo derivada de esa, la jurisprudencia norteamericana ha establecido tres criterios: “por un lado, el factor temporal, es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente. Por otro, la intencionalidad del agente o Juez, y el efecto disuasorio que sobre él podría tener la inadmisión de la prueba; y por último, la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza de la ilicitud, es decir, el resultado”⁸.

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

⁶ Ibidem, pág. 60.

⁷ Ibidem, pág. 62.

⁸ Martínez García, Elena. Ob. cit. Pág. 74.

2. El descubrimiento inevitable

La doctrina del descubrimiento inevitable se aplica cuando la fiscalía demuestra que la prueba derivada de la prueba primaria ilícita de todos modos habría sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original deba ser excluida. En el caso de la fuente independiente se entiende que existe una fuente de información alterna pero legal que enerva la mácula de una fuente ilegal; en el caso del descubrimiento inevitable la situación opera en forma análoga, pero se requiere más que una fuente independiente, esto es, una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente hubiese llegado a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada. Por esa razón a la doctrina del descubrimiento inevitable también se le conoce con el nombre de “extensión conceptual” de la regla de la fuente independiente”⁹.

Así, mientras en el caso de la fuente independiente existe un cotejo entre dos fuentes con respecto a un hecho, en el descubrimiento inevitable lo que realmente existe es un cotejo entre una fuente ilegal y un camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llegado a la misma conclusión. En consecuencia se trata de una construcción en la que juega profundamente la especulación, lo que ha obligado a la jurisprudencia a afinar el análisis con vistas a su aplicación objetiva”¹⁰.

La mayoría de los casos en los que se ha empleado el descubrimiento inevitable corresponden a ejemplos en los cuales la conducta ilegal de los agentes de investigación penal ocurre cuando ya existe una indagación en progreso, que permitiría a través de un procedimiento de rutina obtener la evidencia. En estos casos lo normal es que lo ilegal acelere el descubrimiento. Por ello, el examen realizado por la judicatura, en tales eventos, contempla dos hipótesis: primero se indaga por los procedimientos estandarizados empleados en casos similares por parte de la entidad policial que tiene a su cargo el asunto, de tal manera que la situación objetiva se mide en el contexto del trabajo policial normal, y no en las directrices que trace quien maneja la investigación en el caso concreto.

⁹ Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit. Pág. 440.

¹⁰ Ibidem, pág. 440. Otras aplicaciones frecuentes que el mismo autor destaca sobre la doctrina del descubrimiento inevitable se refieren a las “investigaciones propiciadas por información ilegalmente asegurada”; al “descubrimiento inevitable en situaciones de registro” y al “descubrimiento de cuerpos”. Ver Ob. cit. Págs. 444-446.

En segundo lugar, se examina si los resultados de tales procedimientos son claramente predecibles, de tal manera que la línea conductora a la evidencia quede cerrada a especulaciones o hipótesis difícilmente demostrables¹¹.

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

3. El vínculo atenuado

La tercera excepción a la exclusión de la prueba ilícita que ha diseñado la jurisprudencia, especialmente en los países anglosajones, se denomina “doctrina del vínculo atenuado”. El análisis de la mencionada doctrina se remonta a la decisión *Nardone vs. Estados Unidos*, que adoptó la Corte Suprema de ese país, en 1939. El núcleo del problema en el caso concreto se centra en la introducción al proceso de un testimonio descubierto como resultado de una interceptación telefónica ilegal, y por tanto el problema a solucionar en la Corte se refería a si los frutos indirectos de la intervención ilegítima podían ser valorados, aun existiendo la prohibición federal de interceptar comunicaciones sin autorización judicial¹².

En el referido caso la Corte Suprema de los Estados Unidos advierte que en algunos eventos el vínculo o relación causal entre la prueba ilegalmente obtenida y otras aducidas al proceso puede ser atenuado como para disipar la mancha. Concretamente la Corte estima que la confesión, en la hipótesis fáctica bajo estudio, fue posterior a la interceptación ilegal y absolutamente voluntaria, pues el acusado fue por sus propios medios a la policía. Para reconocer la noción de “atenuación” es necesario que la fiscalía demuestre que no ha explotado en su favor el error o la conducta de la policía en la práctica de la prueba ilegal, y como segundo elemento, que exista un acto libre de intervención de un acusado que declara, a pesar de la constatación de una ilegalidad anterior¹³.

¹¹ Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit. Pág. 444.

¹² *Ibidem*, pág. 447.

¹³ *Ibidem*, pág. 448.

En 1963, en el caso “Won Sun vs. United States”, se aplicó nuevamente tal teoría a efectos de resolver el proceso donde tras un arresto ilegal se produjo días después una confesión voluntaria del acusado que llevó hasta la droga. La Corte estadounidense consideró que si bien las pruebas se encontraban causalmente conectadas, la mancha se disipaba o atenuaba al haber mediado dicha voluntariedad testifical exculpatoria. Además, la falta de mala fe policial en el registro y el consecuente efecto disuasorio en la policía¹⁴, así como el amplio lapso de tiempo transcurrido entre la prueba ilícita y la prueba nueva evidencia, fueron razones para presumir matizado el vicio inicial. Esta postura se encuentra a mitad de camino entre la teoría de la fuente independiente y la admisión de las pruebas ilícitas¹⁵.

En la sentencia STC-81 del 2 de abril de 1998, frente a todas las excepciones a la prueba ilícita, el Tribunal Constitucional Español postuló una interesante y controvertida teoría integrada por criterios aplicables a los casos donde, aun existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente o medio de prueba obtenido.

“Al tenor de la citada jurisprudencia, con base en un test triple se puede determinar cuándo opera la desvinculación jurídica que justifica la admisión de la prueba refleja. Se trataría de valorar tres datos: a) la magnitud de la violación, es decir, la poca motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica; b) la entidad del resultado, por ejemplo, la confesión espontánea y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa, o la noticia de una posible entrega de la droga a partir de un ‘pinchazo telefónico’ (perspectiva interna) y c) las necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo –importancia del bien jurídico tutelado e incentivación de transgresiones legales– en caso de ser admitida la prueba como válida (perspectiva externa)”¹⁶.

¹⁴ En la Jurisprudencia española también se ha registrado una tendencia a la admisión de las pruebas ilícitas pero obtenidas con buena fe de los agentes policiales que, por ejemplo, creen actuar bajo la cobertura de un auto de autorización judicial correctamente motivado. Martínez García, Elena. Ob. cit. Pág. 86.

¹⁵ En Martínez García, Elena. Ob. cit. Pág. 75.

¹⁶ Martínez García, Elena. Ob. cit. Págs. 95-96.

Así las cosas, el ciudadano tiene un derecho subjetivo fundamental a que no se enerve la presunción de inocencia, y por tanto a no ser condenado: 1. Si la prueba de cargo es ilícita y única, es decir, no existen otras pruebas causalmente independientes de las ilícitas. 2. Cuando aun existiendo otras pruebas de cargo causalmente independientes de la original, si un juicio de experiencia del Tribunal no consigue romper de forma racional la conexión de antijuridicidad existente entre las dos pruebas causalmente dependientes. Se rompe la conexidad con base en los tres criterios que integran el test sobre juicio de experiencia, antes citados.

“Así, bajo esta perspectiva, para los casos en los que el Tribunal compruebe que la inadmisión de una prueba derivada no contribuye a generar el efecto disuasorio en la policía y órganos jurisdiccionales, se puede llegar a permitir que pondere los intereses en conflicto y confirmar la desconexión entre las pruebas y su validez, y por tanto, la posibilidad de enervar la presunción de inocencia. Se hace depender, por tanto, la decisión final de un juicio hipotético, como es el resultado persuasivo o no de la actuación judicial o policial, en caso de llegarse a excluir la prueba en cuestión.

Todo esto parece responder, en la jurisprudencia española, a una opción de política criminal sin consonancia con las exigencias constitucionales, condicionando la validez de la prueba en cuestión a aspectos que, en puridad, son ajenos al proceso, lo que implica un riesgo de vulneración de garantías mínimas, que se suma a la imprecisión legal existente en materia de restricción de derechos”¹⁷.

4. Hallazgos casuales y pruebas objetivas

Los hallazgos casuales surgen cuando en desarrollo de la intervención legalmente decretada por funcionario judicial competente, y con un objetivo preciso, se descubre evidencia de otro acontecer delictivo, que puede o no guardar conexidad con el delito o falta disciplinaria que se investiga. “Son entonces evidencias que se obtienen en el decurso de la intervención, pero que no se corresponden con el fin inmediato para la que fue autorizada la medida, y que además afecta a personas frente a las cuales no se ha ordenado la investigación”¹⁸.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 219.

¹⁸ Rodríguez, Orlando Alfonso. *Ob. cit.* Pág. 254. Cita a Noya Ferreiro, María Lourdes. “La intervención de comunicaciones orales en el proceso penal”. Pág. 270.

López Barja de Quiroga sostiene que “el problema de los hallazgos casuales surge cuando lícitamente durante la realización de una diligencia de investigación dirigida a la obtención de pruebas relacionadas con un determinado delito, aparecen pruebas relativas a un delito distinto; incluso se refieran al mismo imputado o a persona no sometida a investigación”¹⁹.

Los hallazgos que en tal contexto se obtengan de manera casual deben ser remitidos de forma inmediata, y con el cumplimiento de las normas sobre cadena de custodia, al organismo judicial correspondiente, siendo válidas las grabaciones como evidencia física contra personas diversas a las inicialmente investigadas, obtenidas en desarrollo de la intervención legalmente decretada.

En este punto la cadena de custodia constituye un mecanismo para preservar y demostrar la autenticidad de la evidencia obtenida, y evitar que la misma sea adulterada, manipulada o alterada en su contenido, en detrimento de su valor probatorio y fuerza demostrativa. Adicionalmente, es posible determinar la autenticidad del documento fonográfico mediante el reconocimiento del propio acusado; a través de testimonio de los ejecutores de la medida que declaren ante juez sobre los aspectos técnicos de la misma, o por la práctica de una prueba pericial donde un experto determine la autenticidad de la voz.

Con respecto a la intervención de la correspondencia privada, el artículo 234 del C.P.P. colombiano establece que “si en el examen de la misma se descubriere información sobre otro delito, distinto y no conexo con aquel que se investiga en el proceso donde se realizó la diligencia, se debe iniciar la investigación correspondiente o remitir el hallazgo, bajo cadena de custodia, a quien la adelanta”. “Por analogía es posible extender esta interpretación para el caso de las interceptaciones telefónicas”²⁰.

La doctrina extranjera, con respecto a los hallazgos casuales encontrados en materia de interceptaciones telefónicas “utiliza la noción de conexidad delictiva para permitir la utilización e investigación del delito nuevo, esto es, el delito descubierto debe guardar relación con el marco general de los hechos de la investigación adelantada. En esta hipótesis no se produce una novación del objeto de investigación, sino únicamente una adición de la misma. En cambio,

¹⁹ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1265.

²⁰ Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit. Pág. 381.

si el delito nuevo descubierto no guarda conexidad con los hechos investigados, se permite la utilización siempre y cuando la gravedad del delito permita la injerencia²¹. Sólo el Juez habrá de decidir si los delitos distintos descubiertos son o no conexos y si, en conclusión, procede extender el mandamiento judicial y ampliar el objeto de la diligencia inicialmente ordenada (ampliación habilitante).

Un criterio para establecer la conexidad en la jurisprudencia española estima que “si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en que se las encontró, nada impide que tales pruebas sean valoradas. Por ejemplo, si en el auto que ordena una diligencia de allanamiento y registro se indica que el objetivo del mismo es tan solo constatar la existencia de estupefacientes, la valoración de pruebas obtenidas en dicha diligencia relativas a la tenencia ilícita de armas, es ajustada a derecho, pues tales pruebas hubieran podido ser obtenidas por medio de una diligencia de registro domiciliario²²”.

Un segundo criterio que se ha construido para admitir las pruebas obtenidas como hallazgo casual es el relativo al delito flagrante. En tal sentido, el hecho de encontrar en un registro domiciliario, válida y fundadamente en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma han de ostentar pleno valor probatorio, pues fueron recaudados en situación de flagrancia delictiva. Es el caso, por ejemplo, del hallazgo de droga en la chaqueta de un detenido, en desarrollo de una diligencia de registro domiciliario cuya literalidad del mandamiento judicial se orientaba a la incautación²³ de armas”.

Aunque las evidencias obtenidas como hallazgo casual, en desarrollo de una diligencia legalmente decretada, son admitidas en la mayor parte de legislaciones procesales, con apoyo en los criterios de conexidad o la flagrancia

²¹ *Ibidem*, pág. 381.

²² López Barja de Quiroga, Jacobo. *Ob. cit.* Pág. 1266.

²³ *Ibidem*, pág. 1268.

delictiva, la jurisprudencia española destaca una diferencia entre los hallazgos casuales mediante una escucha telefónica a los que surgen durante una diligencia de entrada y registro.

Según la sentencia del Tribunal Supremo Español de 8 de marzo de 1994 “la intervención telefónica incide de manera directa en la esfera de la intimidad y de ahí que tal resolución matriz disponga que no es admisible extender autorizaciones prácticamente en blanco. En ellas, la investigación toma al presunto imputado como fuente de prueba y por ello las garantías para su práctica tienen necesariamente que sobredimensionarse, pues la dignidad de la persona no autoriza una especie de causa general. En cambio, la inviolabilidad del domicilio solo se refiere a un objeto perteneciente a la esfera del investigado, y por ello, una vez autorizada la entrada y registro, la protección garantística ha de ser menor que en el otro caso.

Como consecuencia, el propio tratamiento normativo de tales diligencias difiere sustancialmente, ya que en tanto la intervención telefónica supone por su propia naturaleza su prolongación temporal, hasta por tres meses, la diligencia de registro se realiza en unidad de acto, con la única interrupción prevista respecto a la prolongación durante horas nocturnas. Por ello también, en la entrada y registro domiciliario el principio de especialidad no tiene por qué ser exigido con la misma intensidad que en las intervenciones telefónicas, y si en la práctica de aquel aparecen objetos constitutivos de un delito distinto del cobijado por el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se adecua al concepto de flagrancia, pues la comisión del delito nuevo se percibe como evidencia y exige por ello una inmediata intervención y la recogida urgente de los efectos del delito”²⁴.

En todo caso, y no obstante la referida postura de la jurisprudencia penal española, en términos generales la jurisprudencia del Derecho comparado admite como evidencia válida el hallazgo casual obtenido tanto en el allanamiento y registro, al igual que en desarrollo de una diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas. En este segundo supuesto, la exigencia de licitud del medio probatorio obtenido casualmente implica que la interceptación te-

²⁴ López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit. Pág. 1268.

telefónica en cuyo decurso se encuentra la evidencia relevante para iniciar un nuevo proceso, se haya decretado con el cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales que permiten conferir validez a las pruebas obtenidas a través de la diligencia reservada.

Una figura distinta es la relacionada con las “pruebas objetivas” que surgen en desarrollo de una diligencia afectada en su legalidad, porque fue practicada sin orden escrita de autoridad judicial competente, o porque la motivación fáctica y jurídica no supera el test de proporcionalidad.

A nivel de jurisprudencia, el tema se ha planteado principalmente en relación con las evidencias físicas (rastros, huellas, objetos, cadáveres, armas, sustancias estupefacientes, etc.), que surgen en desarrollo de las diligencias de allanamiento y registro domiciliario que se ordenan sin los presupuestos constitucionales y legales de validez, y que acreditan la materialidad de un delito distinto al que se estaba investigando a través de la diligencia afectada en su legalidad.

La jurisprudencia ha considerado que en tales eventos, si bien es cierto que la noticia criminis surgió en desarrollo de un procedimiento viciado, hay evidencias materiales que no se pueden negar, por lo que debe procederse a la correspondiente investigación del hecho encontrado casualmente, a través del principio de oficiosidad, cuando procede, procurando en el marco del nuevo proceso, demostrarlo por otros medios.

La Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que las pruebas objetivas que demuestran la materialidad de delitos distintos, y encontradas en desarrollo de diligencias afectadas en su legalidad, son válidas para iniciar la respectiva investigación, en cuyo desarrollo la responsabilidad de autores y partícipes debe acreditarse por medios probatorios complementarios, como el testimonial, la inspección, la pericia, el documento o el indicio.

Bajo tal perspectiva, si bien las pruebas obtenidas en un registro domiciliario irregularmente decretado o llevado a cabo, o a través de una interceptación telefónica ilegal, no pueden ser apreciadas como fundamento de las decisiones judiciales que se profieran, porque tanto estas como las pruebas que de ellas se derivan se encuentra afectadas por la regla de exclusión, en

tanto vulneradoras de garantías y derechos fundamentales, los hallazgos que en desarrollo de estas se encuentren en punto de la materialidad de otros delitos deben ser objeto de investigación separada, en la cual los organismos de policía judicial deben aducir la prueba legal independiente que permita proferir un fallo judicial definitivo.

En sentencia del 13 de noviembre de 1990, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado doctor Lisandro Martínez Zúñiga, se refiere al núcleo de la teoría sobre las pruebas objetivas²⁵.

En esta ocasión la Corte se pronunció sobre un caso en el que “algunos miembros de la Dijín conocieron, por una llamada telefónica, que en la casa de un ciudadano, este guardaba un material explosivo y armas de fuego. Solicitaron la correspondiente orden de allanamiento, pero horas antes de que esta fuera expedida por el Juzgado Cuarto de orden público, al observar que el procesado salía de su casa, le detuvieron e interrogaron, volviendo al sitio, y penetrando allí luego que aquel, por alguna presión ejercida por sus capturadores, accediera a franquear su residencia, pues dijo no estar comprometido en ningún hecho delictuoso. En la revisión se hallaron múltiples armas. En un segundo registro, se le encontró una barra de explosivo sísmico y una mina antivehicular, posesión sobre la cual brindó tres explicaciones: que los elementos los recibió de terceros, creyendo que eran repuestos; los agentes de la Dijín fueron quienes colocaron dolosamente ese material comprometedor en su casa; todo esto fue llevado por ellos para ganarse una recompensa. También se hallaron en la casa del procesado numerosas cédulas de ciudadanía y variada documentación perteneciente a otra persona”.

La Corte consideró que la diligencia de allanamiento y registro practicada por miembros de la Dijín, en este caso constituye una prueba lícita, que no vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por la aquiescencia del procesado, quien no logra acreditar que la misma se haya producido como resultado de la coacción o violencia sobre él ejercida, y además porque se configura un fenómeno de flagrancia que legitimaba la diligencia sin orden judicial. Además, como el procesado en diligencia válida posterior, decide

²⁵ Un análisis del referido fallo y sus implicaciones en punto de la prueba ilegal, aparecen en Parra Quijano, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Ediciones Librería del Profesional. Novena Edición. 1998. Págs 32 a 38.

reconocer la posesión de esas armas, la situación cambia fundamentalmente, pues el valor de esta probanza ya no depende del allanamiento, sino de la indagatoria misma.

Por otra parte, concluye la Corte, “conviene dejar a salvo demostraciones innegables, incontrovertibles, como situaciones de hecho, las cuales no pueden unirse al desprestigio o carencia de validez de los procedimientos que los anteceden, rodean o subsiguen. Así el allanamiento hubiere exhibido irregularidades, hay acontecimientos que surgen en su desarrollo que no pueden desconocerse, como sería por ejemplo, el descubrimiento de un cadáver, de dinero o documentos falsificados, de un laboratorio para la producción de estupefacientes, de un depósito de armas o explosivos, o de una persona detenida”.

Una lectura de esta sentencia, dictada antes de la vigencia de la actual Constitución Nacional, y sobre todo, de la existencia del aparte final del artículo 29 de la C.N., a la luz del ordenamiento constitucional hoy vigente, conduce a reafirmar la teoría según la cual, en caso de encontrarse evidencia física que demuestre la materialidad de un delito, en el decurso de un procedimiento policial que se realice sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, las mismas darán lugar, como noticia criminis, a que se inicie la respectiva investigación, en cuyo decurso el funcionario judicial someterá al principio de exclusión probatoria la diligencia reservada que se practicó ilícitamente, y en tal caso, como esta prueba, al igual que las que de ella se deriven, son nulas de pleno derecho, resultará necesario que se acredite la responsabilidad con base en elementos probatorios independientes, que no guarden nexo causal alguno con la prueba ilícita.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en España resolvió un caso similar, que surge tras la práctica de un registro domiciliario, practicado legalmente por la policía judicial, cuyo objeto era buscar objetos procedentes de un hurto con intimidación. En desarrollo de la diligencia, sin embargo, se encontró droga de grave daño para la salud, como es la heroína, dosificada en 69 bolsas. La jurisprudencia española resuelve estos casos por la vía de la flagrancia delictiva, sin que estime razonable exigir a la policía que en tales circunstancias suspenda la diligencia para solicitar un nuevo mandamiento ju-

dicial, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas²⁶.

²⁶ Martínez García, Elena. Ob. cit. Pág. 93.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. “La Policía Judicial”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición. 2002.
- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. “La Policía Judicial”. En “Procuraduría General de la Nación. Memorias 2. Jornadas de Reflexión en Derecho Penal Colombiano”. 24 y 26 de octubre de 2001.
- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. “Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio”. Ediciones Nueva Jurídica. 2005.
- BAQUERO BORDA, Hernando. “La Policía Judicial”. Imprenta NACIONAL. 1973.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio”. Universidad Externado de Colombia. 2004.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “El Proceso Penal”. Cuarta Edición. 2000.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “El derecho de los derechos” (Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales). Universidad Externado de Colombia. 2005.

- CADENA LOZANO, Raúl. “Principios de la prueba en materia penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2003.
- CLIMENT DURÁN, Carlos. “La Prueba Penal. Doctrina y Jurisprudencia”. Tirant Lo Blanch. 1999.
- CHIESA, Ernesto L. “Tratado de Derecho Probatorio”. Publicaciones JTS. Estados Unidos de América. Reimpresión 2005. Tomo II.
- FARFÁN MOLINA, Francisco. “Policía Judicial Disciplinaria”. Edición ampliada y actualizada. Grupo Editorial Ibáñez. 2006.
- GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. “Las Pruebas en el Proceso Penal Colombiano”. Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente, CATENA MORENO, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “Derecho Procesal Penal”. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, Jhon Jairo. “Las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Primera Edición. 2002.
- GÓMEZ MEJÍA, Fernando. “La Interpretación del Derecho”. Ediciones Anaké. 1979.
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. “Código de Procedimiento Penal Comentado”. Colección Pequeño Foro. 1987.
- GONZÁLEZ AMADO, Iván. “La Prueba Ilícita”. 2003. Artículo sin publicar.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR, Serrano. “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal”. 1990.
- GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. “Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo sistema penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición actualizada. 2007.
- HASSEMER, Winfried. “Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal”. Ed. Temis. 1999.
- HENDLER, Edmundo S. “Sistemas Procesales Comparados”. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc. 1999.
- HOYOS, Arturo. “La interpretación Constitucional”. Editorial Temis. 1993.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Thomson. Aranzadi. 2005.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Las escuchas telefónicas ilegalmente obtenidas”. Madrid: Akal Iure Editores. 1989.
- MAIER, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto. Buenos Aires: 1999.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/ 98, de 2 de abril)”. Tirant Lo Blanch. Universidad de Valencia. 2003.
- MIRANDA STRAMPES, Manuel. “El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal”. Bosch Casa Editorial. 1999.
- MONTOYA, Mario. Daniel. “Informantes y técnicas de investigación encubiertas”. Ad Hoc. Buenos Aires: Segunda edición. Octubre de 2001.
- MORAS MON, Jorge R. “La Investigación en el Proceso Penal. La Técnica del Descubrimiento”. Buenos Aires: Abelardo Perrot. 1998.
- NINO, Carlos Santiago. “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Editorial Ariel. 1986.
- OWEN, David. “40 casos criminales y cómo consiguieron resolverse”. Ed. Evergreen. 2000.
- PARRA QUIJANO, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Ediciones Librería El Profesional. 1998.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. “Derecho Constitucional Colombiano”. Editorial Temis. 1992.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Guía Práctica para las Investigaciones Disciplinarias por Violaciones de los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario”. 2004.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. “Estados de Excepción”. 2004.

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. “Ley 201 de 1995”. Colección Legislativa. Segunda Edición. 1996.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. “Nueva Estructura de la Procuraduría General de la Nación”. Decreto 262 de 2000. Concordado.
- PULIDO BARRANTES, Carlos y RODRÍGUEZ QUIÑONES, Jairo. “La Policía Judicial”. En *El Penalista*. Revista No. 8 del Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca. Ed. Gustavo Ibáñez. 2000.
- QUERALT, Joan Joseph. “Introducción a la Policía Judicial”. Bosch Casa Editorial. Tercera Edición. 1999.
- QUEVEDO HIDALGO, Rodrigo y MUÑOZ LONDOÑO, Carolina. “Atribuciones de Policía Judicial a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República”. Tesis de Grado. Facultad de Jurisprudencia. U del Rosario. Especialización en Derecho Administrativo. 1997.
- QUIROGA LAVIE, Humberto. “Derecho Constitucional”. Ediciones DePalma. Buenos Aires: 1993.
- RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso. “Prueba Ilícita Penal”. Ediciones Gustavo Ibáñez. 2003.
- ROXIN, Claus. “Derecho Procesal Penal”. Editores del Puerto. Buenos Aires: 2000.
- SIERRA PORTO, Humberto A. “Concepto y Tipos de la Ley en la Constitución Colombiana”. Universidad Externado de Colombia. 1998.
- SILVA GARCÍA, Germán. “Experiencias de Unificación de Cuerpos de Policía”. En *Memorias Seminario Internacional sobre Investigación Criminal*. U. Externado de Colombia. 2003.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA-ASOCIACIÓN NACIONAL DE ESPECIALISTAS EN DERECHOS HUMANOS. “Memorias Seminario. La Responsabilidad en Derechos Humanos”. 1996.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. “Prueba ilícita y regla de exclusión”. En *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Consejo Superior de la Judicatura. “Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla”. 2006.

VANEGAS GONZÁLEZ, David. “La Investigación Previa en la Nueva Ley de Procedimiento Penal”. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. 2002.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. “Manual de Derecho Disciplinario”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Primera Edición. 1996.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia del 16 de marzo de 1988. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Magistrado Ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga.

Sentencia del 13 de noviembre de 1990, Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga.

Sentencia del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y seis. Magistrado ponente: Doctor Fernando Arboleda Ripoll (Proceso No. 9579).

Sentencia del 22 de marzo de 2000. Magistrado ponente: Doctor Jorge Córdoba Poveda.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Veintitrés de noviembre de dos mil. Magistrado ponente: doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. (Proceso No. 13255).

Fallo del 15 de noviembre de dos mil (2000). Magistrado Ponente: doctor Jorge Córdoba Poveda. (Proceso No. 10656).

Fallo del treinta (30) de noviembre de dos mil uno (2001). Magistrado ponente: doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón. (Proceso No. 13948).

Sentencia del 14 de marzo de 2007. Magistrado ponente: doctor Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-444 de junio 7 de 1992.

Sentencia T-525 de 1992. Magistrado ponente: doctor Ciro Angarita.

Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996. Magistrado ponente: doctor Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-657 de noviembre 28 de 1996. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-037 de 1996. Magistrado ponente: doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-003 del 21 de enero de 1997. Magistrado ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Sentencia T-066 del 5 de marzo de 1998. Magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU-159/02 del 6 de marzo de 2002. Magistrado ponente: doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-530 del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-428 de 2003.

Sentencia C-1121 del 1º de noviembre de 2005. Magistrado ponente: doctor Humberto Sierra Porto.

CONSEJO DE ESTADO

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Providencia del 29 de abril de 2005. Radicación No. 11001031500020040121200; Consejero Ponente: Dr Germán Rodríguez Villamizar.

Providencia del 7 de abril de 2006. Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Subsección B, con ponencia del Consejero Dr. Tarcisio Cáceres Toro (Rad. 25000-23-25-000-2005-03806-01).

Fallo del 22 de junio de 2006. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Moreno García.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Fallo de única instancia del 6 de mayo de 2003. (Rad. 009-68643-02).

Fallo del 9 de mayo de 2003. Despacho del Procurador General de la Nación. (Rad. 009-68646-02).

Fallo de única instancia del 22 de septiembre de 2003. Despacho del Procurador General de la Nación. (Rad. 009-68642-02).

Fallo de Unica instancia del 7 de octubre de 2003. Despacho del Procurador General de la Nación. Interceptaciones ilegales en el Gaula de Medellín.

Fallo del 29 de julio de 2004. Viceprocurador General de la Nación. (Rad. 002-81139-03).

Fallo de única Instancia proferido por el Despacho del Procurador General, el 1 de febrero de 2005. (Rad. 001-89709).

Fallo del 11 de octubre de 2005. Despacho del Procurador General de la Nación contra Esperanza Guzmán.

Sentencia del 5 de mayo de 2006. (Rad. 009-117262-05). Despacho del Procurador General de la Nación.

Fallo del 9 de noviembre de 2006 (Radicación 001-107128-05). Suscrito por el Viceprocurador General de la Nación.

Fallo de primera instancia proferido por el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, doctor José Fernando Reyes Cuartas. (Rad. 162-79713-2002). Caso corrupción administrativa Concejales de Bogotá.



www.imprenta.gov.co
PBX(0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia