



Sentencia SU414/17

Referencia: Expediente T-3.705.111

Acción de tutela instaurada por Miguel Ángel Durán Gelvis contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Magistrado Sustanciador:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Carlos Bernal Pulido, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Iván Humberto Escrucería Mayolo (e), Cristina Pardo Scheslinger, Diana Fajardo Rivera, y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los Artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En revisión de los fallos de tutela proferidos el 6 de junio de 2012 por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del 26 de septiembre de 2012, por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ocasión de la acción interpuesta por Miguel Ángel Durán Gelvis contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. El expediente fue remitido a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 86

inciso 2° de la Constitución y de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

Por Auto de fecha treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional, seleccionó para efectos de revisión la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 54 A¹ del Acuerdo 05 de 1992, en sesión del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), por tratarse de una acción interpuesta contra el organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Justicia), la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir la competencia para revisar las sentencias proferidas por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con los documentos y pruebas obrantes en el expediente, Miguel Ángel Durán Gelvis, interpuso acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en los siguientes:

1. Hechos

1.1. Por Auto del 21 de febrero de 2003, el Procurador General de la Nación dispuso la apertura de indagación preliminar contra persona indeterminada con el objeto de verificar la presunta filtración y manipulación de datos, así como actos de corrupción al interior de la Veeduría de dicha entidad. Para tal efecto, comisionó al Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación a fin de acometer la indagación, y ordenó la interceptación² telefónica de varios abonados: “...*con el objeto de asegurar pruebas dentro de la indagación preliminar ordenada por este Despacho, que se relacionan con presuntos hechos de corrupción, de filtración y manipulación de información al interior de la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación.*”³

¹ Modificado mediante Acuerdo 01 de 3 de diciembre de 2008 y por el Artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional).

² A Folios 158 a 161 reposa copia del auto de autorización para las interceptaciones suscrito por el entonces Procurador General de la Nación Edgardo José Maya Villazón.

³ Folio 750.

1.2. En el curso de las interceptaciones se obtuvo como “*hallazgo casual*” una conversación telefónica sostenida por la funcionaria de la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, Adriana Maribeth Fedullo Rumbo (compañera permanente del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis⁴) con el abogado Luis Antonio Zorro Camargo. Dichas conversaciones están relacionadas con la expedición de una certificación laboral apócrifa con destino a la Embajada de los Estados Unidos para la obtención de una visa, en la que se acreditaría que el señor Zorro Camargo laboró como asesor del Congreso de la República en la unidad de trabajo legislativo a cargo del accionante, quien para la época de los hechos se desempeñaba como representante a la Cámara por el Departamento del Cesar.

El hallazgo causal consiste en la interceptación de cuatro conversaciones telefónicas, conforme se detalla a continuación: (i) la primera se registró a las 3:50 pm del día 12 de mayo de 2003, en la cual la funcionaria de la Procuraduría (Veeduría) Adriana Maribeth Fedullo Rumbo recibe una llamada del abogado Luís Antonio Zorro Camargo, quien le solicita interceda para la obtención de una certificación laboral en la que el Representante a la Cámara Miguel Ángel Durán Gelvis acredite que éste se desempeñaba como asesor en el Congreso de la República; (ii) la segunda se registró a las 3:56 pm del mismo día 12 de mayo de 2003, en la cual la funcionaria de la Procuraduría Adriana Maribeth Fedullo Rumbo le comunica al accionante Miguel Ángel Durán Gelvis la solicitud efectuada por el abogado Luis Antonio Zorro Camargo y en la que el accionante se compromete a expedir la certificación; (iii) la tercera también fue registrada el día 12 de mayo de 2003, a las 4:01 pm, en esta la funcionaria de la Procuraduría Adriana Maribeth Fedullo Rumbo le informa al abogado Luís Antonio Zorro Camargo el éxito de su gestión para la obtención de la referida certificación y, por último, (iv) la conversación del 14 de mayo de 2003 a las 4:01 pm, en la que Adriana Maribeth Fedullo Rumbo se comunica con Mary Stella Galindo, Secretaría Personal de Miguel Ángel Durán Gelvis, quien le confirma que la constancia había sido expedida y efectivamente entregada al abogado Luis Antonio Zorro Camargo.

1.3. El 24 de julio de 2003, el Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, solicitó a la Embajada de los Estados Unidos los documentos presentados por el señor Luis Antonio Zorro Camargo para el trámite de su visa de turismo.

⁴ Esto según la investigación disciplinaria.

1.4. El 19 de agosto de 2004, el Jefe de Previsión de Fraudes de la Embajada de los Estados Unidos remitió a la Procuraduría General de la Nación copia de la certificación requerida por el Director Nacional de Investigaciones Especiales. En la misiva enviada el funcionario consular le precisa al Procurador General de la Nación que en caso de requerir el documento original debía presentar la solicitud mediante nota diplomática de la Cancillería colombiana.

1.5. El 6 de diciembre de 2004, el Procurador General de la Nación profirió pliego de cargos en contra de Miguel Ángel Durán Gelvis dentro del Radicado No. 001-107128-01. En la actuación se imputa al accionante el tipo disciplinario previsto en el numeral 1° del Artículo 48⁵ de la Ley 734 de 2002, que establece como falta disciplinaria la comisión de un delito. Dicha conducta fue atribuida a título de falta gravísima.

1.6. El 13 de enero de 2005, el accionante Miguel Ángel Durán Gelvis presentó descargos, señalando que se efectuaron transcripciones de las interceptaciones que no le fueron notificadas y advirtió inconsistencias sobre el momento en que se ordenó la práctica de estos procedimientos investigativos.

1.7. El 9 de noviembre de 2006, el despacho del Procurador General de la Nación profirió fallo⁶ disciplinario de única instancia, declarando responsable al señor Miguel Ángel Durán Gelvis en su condición de Representante a la Cámara por el Departamento del Cesar y a la funcionaria Adriana Maribeth Fedullo Rumbo, en su calidad de Asesora de la Procuraduría General de la Nación, a título de coautor y determinadora respectivamente, de la falta disciplinaria prevista en el numeral 1° del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002. En virtud de lo anterior, el accionante fue sancionado disciplinariamente con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por doce años y la funcionaria Adriana Maribeth Fedullo Rumbo sancionada con destitución e inhabilidad por el término de once años.

2. Actuaciones dentro del proceso penal

2.1. El 27 de enero de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recibió denuncia del Procurador General de la Nación en contra del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis, por la

⁵ **Artículo 48.** Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. 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.

⁶ La copia del fallo disciplinario obra a folios 298 a 343.

presunta comisión de un delito al expedir una certificación laboral falsa para un tercero con destino al trámite de una visa de los Estados Unidos. Para tal efecto, trasladó las pruebas obtenidas en el curso del proceso disciplinario.

Al momento de rendir indagatoria el accionante Miguel Ángel Durán Gelvis negó la autoría del documento, frente a lo cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resalta que dentro del expediente reposan dos estudios grafológicos ordenados por dicha Corporación, de los cuales se infieren diferencias gráficas entre la firma del accionante y la que aparece en la pluricitada certificación laboral.

2.2. El 28 de mayo de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito del sumario y acusó al accionante del delito de falsedad ideológica en documento público. Lo anterior, con base en que presuntamente certificó que el señor Luís Antonio Zorro Camargo se desempeñó como su asesor en las tareas legislativas durante el período constitucional 2002-2006, sin que para ese momento existiera nexo laboral alguno. En dicha providencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la Procuraduría General de la Nación cuenta con facultades jurisdiccionales para ordenar interceptaciones telefónicas, en virtud de las facultades de policía judicial contenidas en el inciso 3° del Artículo 116, en concordancia con el inciso final del Artículo 277 de la Carta Política, así como el desarrollo de la jurisprudencia Constitucional, en especial, las Sentencias C-244 de 1996 y C-1121 de 2005. Esta consideración fue expresada por la Sala de Casación Penal en los siguientes términos:

“La defensa ha planteado la ilegalidad de las interceptaciones telefónicas, por no haber sido dispuestas por autoridad judicial competente, y carecer el Procurador General de la Nación de facultades para ordenarlas, de acuerdo con lo pregonado insistentemente por ZORRO CAMARGO.

No poderse efectuar estas diligencias de manera preventiva, desligadas de la comisión de un delito porque afectaría desproporcionalmente el sistema de garantías constitucionales. Como su finalidad es probatoria y tendiente a determinar la comisión de un delito y a descubrir a sus autores, no puede estar dirigida a obtener nuevos indicios o sospechas criminales, como sucedió en este caso, argumentos totalmente infundados debido a que la Carta Política en sus artículos 116 tercer inciso y 277 inciso final, otorga a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales, para cuyo cumplimiento le confiere atribuciones

de policía judicial, pudiendo interponer las acciones que estime pertinentes.”⁷

2.3. Por Auto⁸ del 15 de julio de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió de forma negativa el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del accionante contra la resolución de acusación proferida el 28 de mayo de la misma anualidad.

2.4. El 17 de agosto de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a Miguel Ángel Durán Gelvis, en su condición de Representante a la Cámara por el Departamento del Cesar, por el delito de falsedad ideológica en documento público a la pena principal de cuatro años de prisión y cinco años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, concediéndole prisión domiciliaria.

3. Solicitud de la acción de tutela

Con fundamento en los hechos anteriormente expuestos, el accionante Miguel Ángel Durán Gelvis sostiene que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vulneró sus derechos fundamentales a la intimidad, a la libertad, a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso, al incurrir en defecto fáctico por indebida apreciación probatoria y en desconocimiento del precedente judicial. Esto, toda vez que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia omitió valorar la legalidad de la prueba trasladada por la Procuraduría General de la Nación, en desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 239 de la Ley 600 de 2000 y 185 del Código de Procedimiento Civil.

“En suma, se responde afirmativamente el problema jurídico planteado en este acápite, en el sentido de que con ocasión a un “defecto fáctico por indebida apreciación probatoria en su dimensión positiva”, la Accionada valoró el registro de interceptaciones telefónicas, que por las razones arriba expuestas no ha debido admitir, ni valorar, por haber sido indebidamente recaudadas y constituir una prueba inconstitucional.”⁹

Con base en ello solicita:

⁷ Folios 465 y 466.

⁸ Folios 472-499.

⁹ Folio 89.

“Ampare los derechos fundamentales de mi procurado al debido proceso, intimidación, libertad, igualdad, y dignidad humana, y a no ser objeto de injerencias arbitrarias, ilegales o abusivas en la vida privada, y en su lugar se disponga DEJAR SIN EFECTOS, la Sentencia de 17 de agosto de 2011, Proceso n° 22019, M.P: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.”

4. Respuesta de la parte accionada

Por Oficio¹⁰ del 24 de diciembre de 2013 suscrito por el doctor Julio Enrique Socha Salamanca, en su condición de Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la parte accionada se pronunció sobre la acción de tutela, en el sentido de que dicha Corporación sí consideró la legalidad de la prueba recaudada y trasladada por el Ministerio Público, para lo cual cita textualmente un aparte del fallo que estima da cuenta de ello:

“Los demás alegatos de la defensa, atinentes a la pretendida ilegalidad del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría, no tienen razón de ser.

En efecto, ninguno de los argumentos de índole probatoria utilizados por el procesado en sustento de que las interceptaciones telefónicas fueron agotadas sin mediar investigación previa, o en contravía de lo dispuesto en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, tiene vocación de éxito para los fines de esta actuación.

En primer lugar, cita dos autos de la Procuraduría: uno, en el que se indica que la apertura de la investigación previa fue el 19 de diciembre de 2002 (cuando en realizada fue el 21 de enero de 2003), y el otro, en el cual se afirma dar cumplimiento al numeral cuarto de dicho proveído, a pesar de que tan solo cuenta con tres numerales. Eso, en el caso de ser cierto no demuestra que las interceptaciones se hicieron sin haber sido ordenadas en una investigación preliminar, pues la explicación más simple es que tales anomalías solo son errores de digitación, lo que en el medio judicial se conoce como un lapsus cáلامي.”¹¹

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

¹⁰ Folios 618-622.

¹¹ Folio 616.

5.1. Sentencia de la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

La Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 25 de marzo de 2012, rechazó por improcedente la acción de tutela, señalando que por tratarse de un defecto fáctico, la valoración del juez de tutela se restringe en la medida en que se cuestiona una apreciación probatoria efectuada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria:

“Así para el caso bajo estudio encuentra la Sala que los requisitos esgrimidos por el actor se circunscriben en principio, solo a dos de los diez descritos precedentemente; estos son , la invocación de un” defecto fáctico por indebida apreciación probatoria en su dimensión positiva” como consecuencia de la presunta valoración de la validez de la prueba, y, el “desconocimiento del precedente jurisprudencial aplicable”, ambos, sustentados con base en la valoración de la prueba trasladada de interceptación telefónica practicada por la Procuraduría General de la Nación (fl 406-413), realizada por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, cuya evaluación y estudio del acervo probatorio correspondió a la propia del proceso penal.

Lo anterior, bajo el examen de esta Sala, corresponde netamente un asunto sustancial atinente a la valoración de la prueba propio de la justicia ordinaria en materia penal, cuestión que restringe la posibilidad de que esta Corporación en sede constitucional pueda entrar a estudiar y objetar el análisis correspondiente, máxime cuando se trata de una decisión emitida por el órgano de cierre en sede ordinaria.”¹²

Adicionalmente, el juez de tutela de primera instancia se fundamentó en que la acción de tutela fue interpuesta cuando habían transcurrido seis meses desde el momento en que se profirió la decisión judicial que condenó penalmente al accionante, por lo que considera no se cumple el requisito de la inmediatez.

5.2. Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado

¹² Folio 651.

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante providencia del 26 de septiembre de 2012, confirmó la decisión adoptada por la Sección Curta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en que la sentencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta tanto la validez como el contenido de cada una de las pruebas arrojadas al proceso.

“Las normas que en el escrito de tutela se citan como vulneradas tiene relación directa con: la obligación de valorar la prueba, aspecto este último que fue analizado previamente; (ii) la competencia para investigar conductas de aforados, cuestión que no hizo parte integral del fallo; y (iii) el presunto desconocimiento de un Convenio de Cooperación, asunto que no parece haber sido discutido en dichos términos dentro del proceso penal u, si lo fue, el interesado no formuló la solicitud de adición por dicho aspecto.

Además se reitera, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia luego de referirse a la conducta punible imputada valoró el material probatorio allegado, dando cuenta del alcance individual y colectivo de las pruebas al amparo de los principios de autonomía e independencia judicial, por lo que, en consecuencia , no se configura ninguno de los defectos alegados.”¹³

6. Pruebas que obran en el expediente

6.1. Copia del poder conferido por Miguel Ángel Durán Gelvis al abogado Luis Alfredo García Gómez para la interposición de la acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Folio No. 135)

6.2. Copia del Auto de fecha 21 de febrero de 2003, por el cual el Procurador General de la Nación autoriza a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales la interceptación y monitoreo de líneas telefónicas al interior de dicha entidad. (Folios No. 160-161)

6.3. Copia de la transcripción efectuada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación sobre las comunicaciones interceptadas en la Veeduría de dicha entidad. (Folios No. 148-156)

¹³ Folios 780 y 781.

6.4. Copia del Auto del 21 de febrero de 2003, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación inicia indagación preliminar en contra del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis. (Folio No. 158)

6.5. Copia de Oficio del 9 de junio de 2003, mediante el cual el Director Nacional de Investigaciones Especiales solicita al Procurador General de la Nación la cancelación de las interceptaciones telefónicas al interior de la veeduría de la entidad, por considerar suficiente el material probatorio recaudado. (Folio No. 195)

6.6. Copia del Oficio BGT/CONS/FPU 03-298 del 24 de julio de 2003, suscrito por el Jefe de la Unidad de Prevención de Fraudes de la Sección Consular de la Embajada de los Estados Unidos, mediante el cual informa el rechazo de la solicitud de visa al señor Luis Antonio Zorro Camargo. (Folios No. 163 y 164)

6.7. Copia de la Certificación del 13 de mayo de 2003, emitida por el Representante a la Cámara Miguel Ángel Durán Gelvis, en la que certifica los servicios prestados por el señor Luis Antonio Zorro Camargo como asesor del Congreso de la República en el periodo 2002-2006. (Folio No. 166)

6.8. Copia del Oficio del 19 de agosto de 2003 suscrito por la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes, mediante el cual certifica que el señor Luis Antonio Zorro Camargo no celebró contrato alguno con dicha entidad. (Folio No. 168)

6.9. Copia del Oficio del 19 de agosto de 2003 suscrito por la Jefe de la División de Personal de la Cámara de Representantes, mediante el cual certifica que el señor Luis Antonio Zorro Camargo no trabajó al servicio de dicha Corporación en los años 2002-2003. (Folio No. 170)

6.10. Copia de la Orden de Trabajo suscrita el 24 de julio de 2003 por el Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la cual ordena adelantar labores de verificación e interceptación. (Folios No. 177 y 178).

6.11. Copia del Oficio DNIE No. 002996 del 24 de julio de 2003, originado en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual solicita al Jefe de Prevención de Fraudes de la Embajada de los Estados Unidos, documentación relacionada con el trámite de la visa solicitada por el señor Luis Antonio Zorro Camargo. (Folio No. 180)

6.12. Copia del Oficio del 27 de enero de 2004, suscrito por el Procurador General de la Nación, mediante el cual informa al doctor Hernán Galán Castellanos, Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hechos disciplinarios posiblemente constitutivos de una infracción penal. (Folios No. 144-146)

6.13. Copia del Auto del 5 de agosto de 2004, por medio del cual el Despacho del Procurador General de la Nación abrió investigación disciplinaria en contra de Miguel Ángel Durán Gelvis en su condición de Representante a la Cámara por el Departamento del Cesar. (Folios No. 201-206)

6.14. Copia de la Diligencia de Notificación Personal del 8 de agosto de 2004, mediante la cual el señor Miguel Ángel Durán Gelvis se notifica de la apertura de investigación disciplinaria en su contra. (Folio No. 208)

6.15. Copia del Oficio DNIE No. 0003648 del 10 de agosto de 2004, por medio del cual la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, le solicita al Jefe de Prevención de Fraudes de la Embajada de los Estados Unidos la certificación expedida por el Representante a la Cámara Miguel Ángel Durán Gelvis, en la que acreditó los servicios supuestamente prestados por el señor Luis Antonio Zorro Camargo. (Folio No. 210)

6.16. Copia del testimonio rendido ante la Procuraduría General de la Nación por el señor Luis Antonio Zorro Camargo el 17 de agosto de 2004. (Folio No. 212-215)

6.17. Copia del Oficio suscrito el 19 de agosto de 2004, por el Jefe de Prevención de Fraudes de la Embajada de los Estados Unidos informando a la Procuraduría General de la Nación los datos suministrados por el señor Luis Antonio Zorro Camargo en el trámite de solicitud de visa. (Folios No. 217 y 218)

6.18. Copia del Auto del 10 de septiembre de 2004, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual abre investigación formal contra el accionante Miguel Ángel Durán Gelvis, por el delito de falsedad en documento público. (Folios No. 185-188)

6.19. Copia del Auto de fecha 17 de noviembre de 2004, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual ordena la práctica pruebas. (Folios No.236-238)

6.20. Copia del Oficio 16528 del 22 de noviembre de 2004, por el cual la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se dirige a la Ministra de Relaciones Exteriores solicitándole iniciar trámites diplomáticos para requerir documentos a la Embajada de los Estados Unidos. (Folio No. 240)

6.21. Copia de la Nota Diplomática No. 1927 del 17 de enero de 2005 del Ministerio de Relaciones Exteriores, dirigida a la Embajada de los Estados Unidos, solicitando la certificación original presentada por el señor Luis Antonio Zorro Camargo para el trámite de una visa. (Folio No. 242)

6.22. Copia de la Nota Diplomática No. 3138 del Ministerio de Relaciones Exteriores dirigida a la Embajada de Estados Unidos, solicitando información relacionada con el trámite de solicitud de visa efectuado por el señor Luis Antonio Zorro Camargo. (Folios No. 244-246)

6.23. Copia del Acta de Diligencia de Declaración rendida por Luis Antonio Zorro Camargo el 20 de mayo de 2005, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Folio No. 248-258)

6.24. Copia del Oficio del 10 de agosto de 2005, por medio del cual la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia da a conocer la comunicación telefónica a través de la cual la Embajada de los Estados Unidos informó que no autorizaba la entrega del documento requerido mediante nota diplomática, pero, a la vez, concedía autorización a efectos de que ingresaran a la Embajada técnicos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para realizar la práctica de pruebas. (Folio No. 260)

6.25. Copia del acta de diligencia de indagatoria rendida por Luis Antonio Zorro Camargo el 8 de marzo de 2005 ante la Fiscalía 119 Seccional Unidad Segunda-Fe Pública y Patrimonio Económico. (Folios No. 262-272)

6.26. Copia del Auto de Pliego de Cargos del 6 de diciembre de 2004, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación formuló pliego de cargos contra Miguel Ángel Durán Gelvis y Adriana Maribeth Fedullo Rumbo. (Folios No. 274-282)

6.27. Copia del escrito de descargos presentado ante la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero de 2005 por Miguel Ángel Durán Gelvis. (Folios No. 284-296)

6.28. Copia del Fallo de única instancia proferido el 9 de noviembre de 2006, por el despacho del Procurador General de la Nación, mediante el cual declara disciplinariamente responsables a Miguel Ángel Durán Gelvis y a Adriana Maribeth Fedullo Rumbo, sancionándolos con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas por doce (12) y once (11) años respectivamente. (Folios No. 298-343)

6.29. Copia de la decisión disciplinaria del 22 de mayo de 2007, por la cual la Procuraduría General de la Nación resuelve no reponer el fallo de única instancia proferido el 9 de noviembre de 2006. (Folios No. 345-377)

6.30. Copia del Auto de fecha 28 de mayo de 2008, por el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, acusa a Miguel Ángel Durán Gelvis como presunto autor del delito de falsedad ideológica en documento público. (Folios No. 403-470)

6.31. Copia del Auto del 15 de julio de 2008, mediante el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide no reponer la resolución de acusación formulada contra Miguel Ángel Durán Gelvis a través de la providencia del 28 de mayo de 2008. (Folios No. 472-499)

6.32. Copia del escrito de alegaciones finales de la defensa de Miguel Ángel Durán Gelvis, presentado el 16 de mayo de 2008 ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Folios No. 501-529)

6.33. Copia del Fallo de única instancia proferido el 17 de agosto de 2011 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual declara a Miguel Ángel Durán Gelvis responsable del delito de falsedad ideológica en documento público y es condenado a cuatro (4) años de prisión y cinco (5) años de inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas. (Folios No. 533-589)

7. Trámite en sede de revisión

7.1. El expediente de tutela T-3.705.111 fue radicado en la Corte Constitucional el 1 de noviembre de 2012. Por Auto del 29 de noviembre de 2012 la Sala de Selección de tutelas Número Once integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla decidió no seleccionar para revisión el expediente de tutela T-3.705.111. Dicha decisión fue notificada el 14 de diciembre de 2012.

7.2. El 21 de enero de 2013 el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub presentó insistencia para su revisión.

7.3. Por Auto del 30 de enero de 2013 la Sala de Selección de Tutelas Número Uno integrada por los Magistrados Mauricio González Cuervo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo aceptó la insistencia para revisión del expediente de tutela T-3.705.111.

7.4. El 14 de febrero de 2013 el expediente de tutela T-3.705.111 fue repartido al Magistrado (e) Alexei Julio Estrada.

7.5. El 7 de marzo de 2013 se suspendieron los términos por unificación de jurisprudencia, por tratarse de una acción de tutela instaurada contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7.7. El 3 de diciembre de 2013, el Magistrado Alberto Rojas Ríos formuló impedimento para conocer de la acción de tutela interpuesta por Miguel Ángel Durán Gelvis contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en las causales contempladas en los numerales 1 y 5 del Artículo 56 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Dicha solicitud fue negada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sesión del 20 de febrero de 2014.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para examinar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional).

2. Problema jurídico y método de resolución

De acuerdo con los hechos y las pruebas relacionadas, corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional, determinar si en el presente caso se estructuró un defecto fáctico que pudo traer como consecuencia la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad (Art. 15 C.P.), al debido proceso (Art. 29 C.P.) y al acceso a la administración de justicia (Art. 229 C.P.) del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis, en el trámite del proceso penal que cursó en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial que valoró pruebas

trasladadas, consistentes en interceptaciones telefónicas realizadas por la Procuraduría General de la Nación en desarrollo de un proceso disciplinario.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala Plena se pronunciará en torno a los siguientes ejes temáticos: (i) el marco normativo y el desarrollo jurisprudencial sobre la interceptación a las comunicaciones; (ii) la función de policía judicial y la interceptación a las comunicaciones; (iii) el hallazgo casual, la prueba trasladada y la regla de exclusión; (iv) el defecto fáctico en cuanto a la validez de las pruebas y, para finalizar; (v) se resolverá el caso concreto en atención a estas materias.

3. Marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre la interceptación a las comunicaciones

3.1 Marco normativo

La interceptación a las comunicaciones¹⁴ privadas es una herramienta investigativa de naturaleza legal cuya práctica normalmente se encuentra en tensión con el derecho a la intimidad, prerrogativa que está protegida por múltiples garantías constitucionales e instrumentos de orden internacional. En especial, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

En Colombia el Artículo 15 de la Carta Política en guarda del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar establece como regla general que las formas de comunicación privada son inviolables y, por consiguiente su intervención requiere orden judicial previa. En desarrollo de esta regla constitucional, la Ley 599 de 2000 *“por la cual se expide el Código Penal”*, en protección del bien jurídico a la intimidad, tipifica¹⁵ la

¹⁴ En términos técnicos el profesor Tomás López-Fragoso Álvarez define esta herramienta investigativa como: *“...aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la Fase Instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente, frente a un imputado, u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio determinados elementos probatorios.”* LÓPEZ-FRAGOSO Álvarez Tomás, *Las interceptaciones telefónicas en el proceso penal*, Ed. S.A. Colex Editorial Constitución y Leyes, 1991, pg. 12.

¹⁵ **Artículo 192.** *Violación ilícita de comunicaciones.* El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere

interceptación a las comunicaciones como delito sancionado con pena privativa de la libertad que oscila entre uno y tres años de prisión.

En materia procesal penal, la Ley 600 de 2000 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, reguló la interceptación a las comunicaciones, fijando una limitación funcional, según la cual, este procedimiento investigativo comporta una facultad exclusiva de los funcionarios judiciales. El tenor de la norma es el siguiente:

*“Artículo 301. 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 utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban y que 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 cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la orden.*

Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación la decisión debe ser remitida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

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.

Tales grabaciones se trasladaran al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

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

A su turno, el Artículo 316 de la Ley 600 de 2000, estableció una restricción expresa a la policía judicial para la práctica de interceptación a las comunicaciones. El tenor de la norma en cita es el siguiente:

“Artículo 316. Actuación durante la investigación y el juzgamiento. Iniciada la investigación la policía judicial sólo actuará por orden del fiscal, quien podrá comisionar a cualquier servidor público que ejerza funciones de policía judicial para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, lo cual podrá ser ordenado y comunicado por cualquier medio idóneo, dejando constancia de ello. La facultad de dictar providencias interlocutorias es indelegable.

Los miembros de policía judicial pueden extender su actuación a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión, excepto capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, las que atenten contra el derecho a la intimidad o cualquier actividad que represente la vinculación de los implicados a la actuación procesal.

Por comisión del juez respectivo, en la etapa del juzgamiento cumplirán las funciones en la forma indicada en los incisos anteriores.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Posteriormente, con la implementación del sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, el cual entró en vigor el 1° de enero de 2005¹⁶ y que fue modificado en lo que a la interceptación de comunicaciones se refiere por el Artículo 15¹⁷ de la Ley 1142 de 2007 “*Por medio de la cual*

¹⁶ **Artículo 533.** *Derogatoria y vigencia.* El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

¹⁷ **Artículo 15.** El artículo 235 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 235. Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares. El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados o indiciados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana” y por el Artículo 52¹⁸ de la Ley 1453 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, se reguló de manera integral el procedimiento de esta práctica investigativa.

En efecto, la Ley 906 de 2004 prevé cuatro disposiciones relativas a la interceptación a las comunicaciones, a saber: (i) el artículo 14¹⁹ establece como principio rector de la actuación procesal el derecho a la intimidad; (ii) el artículo 154.1²⁰ regula las distintas modalidades de audiencia

¹⁸ Artículo 52. *Interceptación de comunicaciones.* Reglamentado por el Decreto Nacional 1704 de 2012. El artículo 235 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

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

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

La orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías.

¹⁹ “**Artículo 14. Intimidad.** Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.

No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-336 de 2007, en el entendido que se requiere de orden judicial previa cuando se trata de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello.

En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.”

²⁰ “**Artículo 154.** Modificado por el 12 de la Ley 1142 de 2007. Modalidades. Se tramitará en audiencia preliminar:

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.

preliminar y ordena “...poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”; (iii) el artículo 235 versa sobre la finalidad de la interceptación a las comunicaciones y, finalmente, (iv) el artículo 237²¹ regula la audiencia de control de legalidad posterior, la cual está a cargo del juez de control de garantías. El tenor literal del artículo 235²² es el siguiente:

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

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida

6. La formulación de la imputación.

7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.

8. Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo.

9. Las que resuelven asuntos similares a los anteriores.”

²¹ Artículo 237. *Audiencia de control de legalidad posterior.* Modificado por el art. 16, Ley 1142 de 2007. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-025 de 2009. El resto del inciso fue declarado EXEQUIBLE en la misma Sentencia, siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

²² El artículo 1° del Decreto 1704 de 2012 al definir la interceptación de las comunicaciones, dispuso que se trata de un mecanismo de seguridad pública que busca optimizar la labor de investigación de los delitos que adelantan las autoridades y organismos competentes, en el marco de la Constitución y la ley.

reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

La orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Sobre el alcance de esta disposición, la Corte resalta dos aspectos normativos esenciales. De una parte, que se encuentra inserta en el Capítulo II de la Ley 906 de 2004, cuyo título establece: “*Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización*”. Y, de otra, que dicha norma al ser parcialmente demandada fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación.

En la demanda se cuestionaba la constitucionalidad de la expresión las “*autoridades competentes*” para realizar interceptación a las comunicaciones. En dicha oportunidad, la Corte por medio de la Sentencia C-594 de 2014, acudiendo a una interpretación sistemática de la Carta Política, de los tratados internacionales y en general de las normas previstas en el ordenamiento jurídico en materia de interceptación a las comunicaciones, se pronunció en el sentido de precisar los límites a los cuales está supeditada esta práctica investigativa, independientemente de la autoridad que la realice:

“Todas las interceptaciones están sujetas a una serie de límites materiales independientemente de cuál sea la autoridad que las realice, derivadas de la ley y de los principios que rigen la restricción del derecho a la intimidad: (i) Las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley. (ii) Requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las treinta y seis (36) horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución. (iii) En virtud del principio de finalidad deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En este sentido, el artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que señala que: “el fiscal podrá ordenar, con el único objeto

de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético”. (iv) De acuerdo al principio de necesidad no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual es igualmente consagrado en la parte final del artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones “cuya información tenga interés para los fines de la actuación”. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado: “Esa legitimación no alcanza para justificar la divulgación o uso abusivo de la información almacenada, la cual en tanto privada mantiene la garantía de protección que le brinda la Constitución a su titular, cosa distinta es que quepa dentro de lo dispuesto en el último inciso del artículo 15 de la Carta, que establece que para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (v) En virtud del principio de veracidad, los datos personales que se puedan divulgar en el proceso deben corresponder a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos. (vi) Por último, de acuerdo al principio de integridad, la información que sea objeto de divulgación en el proceso debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados.”

El artículo 237 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007-, establece una audiencia de control de garantías, posterior a la realización de la interceptación a las comunicaciones. La norma en cita dispone:

*“**Artículo 237.** Audiencia de control de legalidad posterior. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.*

Durante el trámite de la audiencia sólo²³ podrán asistir, además del

²³ El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-025 de 2009. El resto del inciso fue declarado EXEQUIBLE en la misma Sentencia, siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias

fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

Parágrafo. *Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.”*

En ese mismo sentido, por virtud del Acto Legislativo Número 3 de 2002²⁴ que entró en vigor el 19 de diciembre de ese año, se modificó, entre otras disposiciones, el numeral 2º del Artículo 250 de la Constitución Política, el cual dispone que la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de la función investigativa está facultada para la práctica de interceptación a las comunicaciones, pero, a su vez, establece que dicho procedimiento debe ser puesto a disposición del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes a su realización: “2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.”

En cuanto a la vigencia del Acto Legislativo 3 de 2002, se dispuso²⁵ su aplicación de acuerdo con una gradualidad que inició el 1º de enero de 2005 y que entró en plena vigencia el 31 de diciembre del 2008.

practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

²⁴ En la Sentencia C-1092 de 2003 la Corte efectuó el estudio de la modificación efectuada por el Acto Legislativo 03 de 2002 al numeral 2º del Artículo 250 de la Constitución Política.

²⁵ **Artículo 5º.** Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

Al respecto, conviene recordar la Sentencia C-336 de 2007 mediante la cual esta Corporación se pronunció en torno al control posterior ejercido por el juez de control de garantías, haciendo énfasis en la exigencia constitucional de contar con orden judicial previa para la interceptación a las comunicaciones:

“El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado. Al establecer, en las normas impugnadas, la facultad para el órgano de investigación de acceder a información confidencial, reservada a la esfera personal del individuo, sin que medie la autorización judicial previa, está estableciendo una interferencia indebida en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, que resulta efectivamente transgresora del artículo 14 C.P., así como del 250.3 ib. que establece los presupuestos bajo los cuales el Estado, en legítimo ejercicio de su potestad investigativa, puede realizar intervenciones en los derechos fundamentales.”

En esta misma providencia la Corte se refirió al control posterior a cargo del juez de control de garantías en los siguientes términos:

“Para determinar el tipo de control que debe recaer sobre las medidas a que se refieren las normas demandadas, conviene recordar las reglas que deslindan la actuación de la Fiscalía y del juez de control de garantías en materia de facultades de afectación de derechos fundamentales, conforme al artículo 250 superior: (i) corresponde a los jueces de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; solo excepcionalmente y previa regulación legal que incluya los límites y eventos en que procede, la Fiscalía puede efectuar capturas; (ii) la Fiscalía tiene la facultad de

adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, sometidos al control posterior del juez de control de garantías; y (iii) en todos los demás eventos en que para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, se requiera medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá mediar autorización, es decir, control previo, por parte del juez de control de garantías..”

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 1453 de 2011 *“por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”*, dispone que durante la fase de investigación el fiscal puede decretar la práctica de interceptaciones:

“Artículo 81. El artículo 78 de la Ley 1395 de 2010 que adiciona el artículo 12 de la Ley 793 de 2002, con el artículo 12A quedará así:

*Artículo 12A. Durante la fase inicial y de investigación con el propósito de recaudar pruebas que fundamenten el trámite de extinción, **el fiscal podrá utilizar las siguientes técnicas de investigación:***

a) Registros y allanamientos;

*b) **Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares;***

c) Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes; y vigilancia de cosas.

Cuando se decrete la práctica de las anteriores técnicas de investigación, se deberá proferir resolución de sustanciación que contenga las razones o motivos fundados para su práctica.

El control de garantía y legalidad se hará ante los jueces de extinción de dominio.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En este ámbito normativo, también es preciso mencionar el Decreto 1704 de 2012 *“por medio del cual se reglamenta el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011, se deroga el Decreto 075 de 2006 y se dictan otras disposiciones”*, en el que se define la interceptación legal de comunicaciones, de la siguiente manera:

“Artículo 1º. Definición de interceptación legal de comunicaciones. La interceptación de las comunicaciones, cualquiera que sea su origen o tecnología, es un mecanismo de seguridad pública que busca optimizar la labor de investigación de los delitos que adelantan las autoridades y organismos competentes, en el marco de la Constitución y la ley.”

De manera especial, la Ley Estatutaria 1621²⁶ de 2013 “*Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones*”, regula la interceptación a las comunicaciones, estableciendo que esta herramienta investigativa sólo puede efectuarse en el marco de los procesos judiciales y, siempre que se supedita a lo dispuesto en el artículo 15 de la Carta Política:

“Artículo 17. Monitoreo del Espectro Electromagnético e Interceptaciones de Comunicaciones Privadas. Las actividades de inteligencia y contrainteligencia comprenden actividades de monitoreo del espectro electromagnético debidamente incorporadas dentro de órdenes de operaciones o misiones de trabajo. La información recolectada en el marco del monitoreo del espectro electromagnético en ejercicio de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, que no sirva para el cumplimiento de los fines establecidos en la presente Ley, deberá ser destruida y no podrá ser almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia. El monitoreo no constituye interceptación de comunicaciones. La interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, deberán someterse a los requisitos establecidos en el Artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales.”

En el orden internacional, un repertorio de instrumentos, los cuales por virtud del artículo 93 de la Constitución Política forman parte del Bloque de Constitucionalidad, en protección de los derechos humanos, prohíben las interferencias arbitrarias en la vida privada de las personas.

Como se mencionó en párrafos precedentes, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”. En similar sentido, el Artículo 17.1 del

²⁶ El Decreto 1900 de 1990 establece la regulación del servicio público de telecomunicaciones. El artículo 9 dispone lo siguiente:

Artículo 9º. El Estado garantiza como derecho fundamental de la persona la intimidad individual y familiar contra toda intromisión en ejercicio de actividades de telecomunicaciones que no corresponda al cumplimiento de funciones legales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 dispone que: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

El Artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972 prescribe que: *“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 esas injerencias o esos ataques.”*

La densidad de normas relativas a esta específica materia (interceptación de comunicaciones), impone analizar su verdadero alcance a la luz de su interpretación y aplicación en la práctica. Ello solamente es posible en el entendimiento autorizado de la jurisprudencia, la cual de manera constante ha sostenido que bajo ninguna circunstancia se puede desconocer el parámetro constitucional previsto en el artículo 15, el cual ordena que dicho procedimiento investigativo en todos los casos requiere de orden judicial previa.

3.2. Desarrollo jurisprudencial

El primer referente jurisprudencial en materia de control abstracto de constitucionalidad en materia de interceptación a las comunicaciones, se suscitó a propósito de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra varios artículos de la Ley 104 de 1993 *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*. En dicha oportunidad, la Corte se refirió al núcleo esencial del derecho a la comunicación, en los siguientes términos:

“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”. De ese derecho a la comunicación hacen uso las personas que obtienen del Estado

autorización para operar equipos mediante los cuales acceden a las frecuencias radioléctricas. Su núcleo esencial no se ve afectado por la falta de un específico instrumento de comunicación -para el caso, los equipos de radiocomunicaciones-, pues la persona goza de otros medios para satisfacer su natural tendencia a relacionarse con los demás y para canalizar su libertad de expresión.”²⁷

Posteriormente, con la emisión de la Sentencia C-626 de 1996, originada en la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 9, 14 y 16 de la Ley 228 de 1995 “*Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones*”, esta Corporación hizo énfasis en que las intromisiones en las comunicaciones de los particulares, sólo pueden adelantarse previa orden de la autoridad judicial competente y con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley:

“La Corte Constitucional, en guarda de la cabal interpretación y aplicación de las normas constitucionales enunciadas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido estrictos y celosos en la materia (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, aprobada mediante Ley 16 de 1992, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley 78 de 1968, artículo 17), debe declarar sin ambages que ninguna persona pública ni privada, por plausible o encomiable que sea el objetivo perseguido, está autorizada para interceptar, escuchar, grabar, difundir ni transcribir las comunicaciones privadas, esto es, las que tienen lugar entre las personas mediante conversación directa, o por la transmisión o registro de mensajes, merced a la utilización de medios técnicos o electrónicos aptos para ello, tales como teléfonos convencionales o celulares, radiotelefonos, citófonos, buscapersonas, equipos de radiocomunicaciones, entre otros, A MENOS QUE EXISTA PREVIA Y ESPECIFICA ORDEN JUDICIAL Y QUE ELLA SE HAYA IMPARTIDO EN EL CURSO DE PROCESOS, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY, según los perentorios términos del artículo 15 de la Constitución Política.”

En cumplimiento del control automático²⁸ de constitucionalidad efectuado por la Corte sobre el Decreto Legislativo No. 2002 del 9 de

²⁷ Sentencia C-586 de 1995.

²⁸ La norma examinada por la Corte dispone lo siguiente: “Decreto 2002 de 2003, Artículo 5°. 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

septiembre de 2002 “*Por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación y consolidación*”, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 213 de la Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002, mediante el cual se declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional, la Corte se pronunció en el sentido de reafirmar que aún en los estados de excepción, toda interceptación a las comunicaciones, en aplicación del Artículo 15 de la Carta Política requiere orden judicial. La parte pertinente de la providencia en cita se transcribe a continuación:

“Así las cosas, resulta apenas obvio que la Constitución Política, en su artículo 15, inciso tercero, señale de manera precisa y perentoria que las comunicaciones privadas no puedan ser objeto de interceptación o registro, sino mediante orden judicial, por un caso específicamente autorizado por la ley y siempre y cuando se cumplan de manera estricta las formalidades señaladas en ella. Aquí, de nuevo, como se observó tratándose de la libertad personal han de concurrir para proteger ese derecho fundamental, las tres ramas del poder público: el legislador, que señala en cuáles casos y de acuerdo con cuáles formalidades, el juez, que ante la situación concreta no puede proceder sino cuando la cuestión fáctica se enmarca dentro de la legislación, y el ejecutor de la orden impartida por el juez, que para la interceptación o registro ha de hacerlo con estricta sujeción a dichas formalidades.

Si bien es verdad que a la protección de esa garantía se dedicó de manera expresa en la Constitución anterior el artículo 38, y ahora a él se refiere el artículo 15 de la Carta vigente, existen sin embargo algunas diferencias. En efecto, en la Constitución de 1886 se prohibía la interceptación y el registro de “las cartas y papeles privados”, a menos que ella fuera ordenada “por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las

permanentes de policía judicial, podrán disponer, previa autorización judicial, la interceptación o el registro de comunicaciones con el único fin de buscar pruebas judiciales o de prevenir la comisión de delitos.

Parágrafo. La autorización referida en el presente artículo permitirá que las autoridades mencionadas intercepten, registren o graben, a través de cualquier medio tecnológico, todo tipo de comunicación, con el objetivo de buscar pruebas para fines judiciales o de prevenir la comisión de delitos.

Las grabaciones serán aportadas como prueba a los respectivos expedientes, cuando ello lo amerite.”

formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales”, esa garantía en la Constitución de 1991, se extiende a todas las “formas de comunicación privada”, de manera tal que su interceptación o registro sólo pueda realizarse “mediante orden judicial”, lo que restringe la competencia para ello a los funcionarios de la rama jurisdiccional, pero con una limitación establecida por el legislador, pues ellos no pueden ordenar la interceptación o registro sino “en los casos y con las formalidades que establezca la ley.”²⁹

Este criterio jurisprudencial fue reiterado por la Corte en Sentencia C-692 de 2003, mediante la cual se juzgó la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 746 de 2002 *“Por la cual se regula la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos.”*

“En tal sentido, la Constitución prevé que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables y que las mismas sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial en los casos y con las formalidades que la ley determine. Del mismo modo, la Carta indica que la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados sólo podrá exigirse para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección y vigilancia e intervención del Estado, en los términos que defina la Ley (Art. 15 C.P.)

Así las cosas, en tratándose de la información citada, la Carta ha prescrito una protección fuerte en virtud de la cual aquella sólo puede extraerse de la órbita individual en circunstancias excepcionalísimas y bajo los estrictos parámetros legales.”

En materia de control concreto de constitucionalidad, cabe mencionar la Sentencia T-058 de 2006, por la cual esta Corporación decidió la acción de tutela instaurada por el entonces Ministro de Minas y Energía, Rodrigo Villamizar Alvarogonzalez, quien como consecuencia de la presunta *“ilicitud de la grabación”* que dio lugar a la investigación penal en su contra por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, alegaba la vulneración de su derecho a la defensa y al debido proceso. En dicha oportunidad, la Corte hizo énfasis en la garantía del principio del juez natural y su prevalencia en el ordenamiento jurídico colombiano:

“Proscrita como lo está la fijación ex post facto de competencias judiciales, cualquiera fuere la autoridad que lo disponga, como

²⁹ Sentencia C-1024 de 2002.

también su señalamiento ad hoc por parte de autoridades administrativas o judiciales, puede concluirse que la vulneración del principio de juez natural da lugar a la tutela por vía de hecho, con el carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia. De esta manera, la corte ha sostenido que se incurre en vía de hecho, por vulneración del derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, “cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria”

Bajo esta comprensión, el principio del juez natural adquiere un papel determinante en las diversas actividades desplegadas por una autoridad de orden estatal, toda vez que en el evento en que se requiera la intervención de un juez de la República, ya sea para efectuar control previo o posterior a la actividad que se esté desarrollando, es necesario conocer la autoridad judicial facultada para ello y así garantizar los derechos de defensa y de acceso a la administración de justicia.

En cuanto al control posterior a las interceptaciones, por medio de la Sentencia C-025 de 2009, mediante la cual se juzgó la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, la Corte se pronunció con respecto al fundamento jurídico de la audiencia de control de garantías durante la fase investigativa del proceso penal, en los siguientes términos:

“La audiencia de control o revisión de legalidad posterior que se cumple por parte del Juez de Control de Garantías sobre la práctica de ciertas diligencias realizadas, bien durante la indagación previa o bien durante la etapa de investigación, por parte de la Fiscalía General de la Nación y los órganos de Policía Judicial sin previa autorización judicial para su realización, comprende las medidas de: (i) registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios

similares; (ii) actuación de agentes encubiertos; (iii) entrega vigilada de objetos; (iv) búsqueda selectiva en base de datos y (v) práctica de exámenes de ADN, y tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales.” (Subrayas fuera del texto)

En este recuento jurisprudencial, es de singular importancia recordar que por virtud de la Sentencia C-334 de 2010, la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el inciso 1º parcial del artículo 16³⁰ de la Ley 1142 de 2007 y contra el inciso 2º del artículo 245 de la Ley 906 de 2004. En dicha ocasión esta Corporación sostuvo que las actuaciones que impliquen restricciones a los derechos fundamentales no siempre deben estar precedidas de una orden judicial:

“Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es claro que los Estados pueden adelantar actuaciones que supongan afectación o injerencia en ámbitos de libertad o de derecho protegidos. Sin embargo, tales actuaciones aunque no siempre deben estar respaldadas por orden de autoridad judicial, en todo caso sí deben ser reguladas por la ley, de modo tal que sólo puedan desplegarse cuando sea necesario, no implique una afectación ilegítima de otros derechos, se corresponda con las formas y exigencias propias de una sociedad democrática cuyo animus vivendi se encuentra en la preservación de los derechos de los individuos y grupos que la integran.” (Subrayas y negrillas propias)

³⁰ ARTÍCULO 16. El artículo 237 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 237. *Audiencia de control de legalidad posterior.* Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

Durante el trámite de la audiencia podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

PARÁGRAFO. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.

Posteriormente, en Sentencia C-540 de 2011 fue declarado exequible el artículo 78 de la Ley 1395 de 2010 *“Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”*. Para adoptar esa decisión la Corte sostuvo que a efectos de aplicar las prohibiciones contempladas en los artículos 15 y 28 de la Constitución Política, se entiende que los fiscales que adelantan la acción de extinción de dominio son autoridades judiciales competentes:

“En resumen, en virtud de los artículos 15 y 28 constitucionales, los registros y allanamientos al domicilio, así como la interceptación de comunicaciones requieren de orden judicial previa. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dentro de la categoría de “autoridad judicial” se hallan los fiscales. Si bien es cierto el artículo 250-2 de la Constitución introduce exige el control posterior del juez de control de garantías, esta excepción debe interpretarse de manera restrictiva, es decir, únicamente en el marco del proceso penal, no en el contexto del proceso de extinción de dominio.”

En Sentencia C-594 de 2014, originada en la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el Artículo 52 (parcial) de la Ley 1453 de 2011 *“por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”*, valiéndose de una interpretación sistemática de la Carta Política, de los tratados internacionales y de las diversas normas previstas en el ordenamiento jurídico en materia de interceptación a las comunicaciones, la Corte se pronunció en el sentido de precisar los límites materiales a los que se supeditada esta herramienta investigativa:

“Todas las interceptaciones están sujetas a una serie de límites materiales independientemente de cuál sea la autoridad que las realice, derivadas de la ley y de los principios que rigen la restricción del derecho a la intimidad: (i) Las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley. (ii) Requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las treinta y seis (36) horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución. (iii) En virtud del principio de finalidad deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En este sentido, el artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que señala que: “el fiscal podrá ordenar, con el único objeto

de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético”. (iv) De acuerdo al principio de necesidad no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual es igualmente consagrado en la parte final del artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones “cuya información tenga interés para los fines de la actuación”. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado: “Esa legitimación no alcanza para justificar la divulgación o uso abusivo de la información almacenada, la cual en tanto privada mantiene la garantía de protección que le brinda la Constitución a su titular, cosa distinta es que quepa dentro de lo dispuesto en el último inciso del artículo 15 de la Carta, que establece que para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (v) En virtud del principio de veracidad, los datos personales que se puedan divulgar en el proceso deben corresponder a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos. (vi) Por último, de acuerdo al principio de integridad, la información que sea objeto de divulgación en el proceso debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados.”

En Sentencia C-516 de 2015, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el numeral 2º parcial del artículo 26 y el artículo 170 de la Ley 1708 de 2014 “*por medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio*”, esta Corporación reiteró que las medidas de intervención en los derechos fundamentales, deben contar con controles efectivos³¹, de tal manera que sean examinadas por un funcionario judicial independiente e imparcial:

“Atrás quedó el oscurantismo, la concepción escolástica y medieval del proceso judicial, los juicios secretos y sumarios, donde la forma era considerada un fin en sí y la obtención de la “verdad”, pasaba por la aplicación de cualquier medio, incluso el tormento. Hoy en

³¹ “...la garantía de los derechos fundamentales, en un Estado de Derecho, dependerá de que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, diseñe controles judiciales efectivos sobre las medidas de intervención en los derechos fundamentales.”

día, el proceso judicial, en una sociedad democrática, solo es comprensible en clave de derechos fundamentales.

En este escenario, las medidas de intervención en el derecho a la intimidad, realizadas por la Fiscalía general de la Nación, deben ser sometidas al control constitucional de un juez independiente e imparcial. Lo anterior, por las siguientes razones:

Desde el punto de vista orgánico, de estructura del Estado colombiano, si bien el ente investigador hace parte de la Rama Judicial (art. 116 Superior), también lo es que, en los términos del artículo 251 constitucional, la Fiscalía se rige por los principios de unidad de gestión y jerarquía. De tal suerte que, en sus actuaciones, los fiscales no gozan de plena autonomía, garantía constitucional inherente a todo funcionario que ejerce jurisdicción.

Adicionalmente, por su propia naturaleza, en un proceso penal acusatorio, entendido como un “sistema de partes”, (fiscal-defensa), el fiscal cumple la labor de recaudar la evidencia física y el material probatorio necesarios que le permitan sustentar adecuadamente una acusación ante los jueces competentes. De allí que, por su naturaleza, no se trata de un funcionario que, orientado por un principio de imparcialidad, pretenda determinar la verdad de lo sucedido, función está asignada a los jueces de la República.”

En el marco del control concreto de constitucionalidad, al conocer en sede de revisión de tutelas un caso de interceptación a las comunicaciones, mediante la Sentencia T-708 de 2008, la Corte en protección del derecho fundamental a la intimidad ordenó que se garantizara la reserva y confidencialidad de una información recopilada como consecuencia de labores de inteligencia:

“Es evidente que ante las irregularidades detectadas en la utilización del espectro, el Estado estaba facultado para iniciar las estrategias necesarias para conservar o restablecer el manejo del espectro electromagnético de conformidad con la ley pero, toca advertir, en todo caso dichas maniobras de inteligencia debían adelantarse atendiendo las garantías adscritas a los derechos fundamentales, bajo la responsabilidad y control, y atendiendo los límites propios de las labores preventivas de la Policía Nacional, y teniendo en cuenta que dichas maniobras no se pueden adelantar en detrimento de las libertades previstas en la Constitución o de potestades claramente legítimas adelantadas por los ciudadanos. Es evidente, por tanto, que el “monitoreo pasivo” sólo debe

adelantarse para conseguir la información que sea estrictamente necesaria sobre operaciones sospechosas o fraudulentas, durante un lapso de tiempo minucioso, sin vulnerar el derecho a la intimidad y afianzando la reserva correspondiente para garantizar el buen nombre de las personas.

Sin embargo, se advierte, esta conclusión no obsta para que a partir de las investigaciones respectivas se termine concluyendo que en algunos casos sí se adelantaron interceptaciones y, en este evento, será necesario que cada autoridad verifique que las mismas se efectuaron conforme a los parámetros del artículo 250-2 de la Constitución Política y el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, so pena de que dichas pruebas sean consideradas ilícitas y por tanto susceptibles de exclusión de cualquier proceso en el que se involucren. En este sentido la Corte debe insistir en que las labores de la Policía sólo pueden implicar maniobras preventivas de inspección del espectro y nunca pueden involucrar el seguimiento individual y estable o la interceptación de las conversaciones personales, sin que exista orden previa de la Fiscalía General de la Nación.”

Esta postura jurisprudencial fue confirmada en la Sentencia T-916 de 2008, en la que a propósito de un proceso en el que se discutía la cesación de los efectos civiles de un matrimonio, la Corte ordenó la exclusión de los correos electrónicos allegados por el apoderado de la parte demandante durante la diligencia de interrogatorio de parte, por haber sido recopilados sin orden judicial previa:

“Uno de los medios de comunicación privada que cobra especial importancia en la actualidad con el surgimiento de la informática es el correo electrónico, sobre el cual, dada la complejidad de la realidad actual exige una aproximación a la intimidad que tenga en cuenta los diversos aspectos que la contempla, entre los cuales se halla el derecho a controlar la información acerca de uno mismo. Por tratarse entonces de un dispositivo que tiene un ámbito privado, es que la regla constitucional prevista en el artículo 15 Superior, referida a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, tiene total aplicabilidad cuando se trata de correos electrónicos, pues se trata de una forma de comunicación entre personas determinadas, siendo solamente posible su interceptación o registro, (i) mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la ley y (iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca.”

En esta misma providencia judicial, la Corte explicó la distinción entre dos tipos probatorios, a saber: la prueba ilegal y la prueba inconstitucional:

“Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales.”

Para una mejor comprensión del extenso tratamiento jurisprudencial en materia de interceptación a las comunicaciones, en los cuadros expuestos a continuación se presenta una síntesis de las principales decisiones judiciales de constitucionalidad y tutela:

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD	NORMA OBJETO DE CONTROL	SÍNTESIS RATIO DECIDENDI
C-586/1995	varios artículos de la Ley 104 de 1993 "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones"	Derecho a comunicarse es fundamental
C-626/1996	Artículos 3, 4, 5, 7, 8, 9, 14 y 16 de la Ley 228 de 1995 "Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones"	Las intromisiones en las comunicaciones de los particulares, sólo pueden adelantarse previa orden de la autoridad judicial

C-1024/2002	Control automático de constitucionalidad efectuado por la Corte sobre el Decreto Legislativo No. 2002 del 9 de septiembre de 2002 “Por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación y consolidación”	Aún en los estados de excepción, toda interceptación a las comunicaciones, en aplicación del Artículo 15 de la Constitución Política requiere orden judicial
C-692/2003	Constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 746 de 2002 “por la cual se regula la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos.”	Reiteración. Comunicaciones sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial
C-025/2009	Artículo 237 de la Ley 906 de 2004, audiencia de control posterior de garantías durante la fase investigativa del proceso penal	Fundamento jurídico de la audiencia de control posterior de garantías durante la fase investigativa del proceso penal, tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales

C-131/2009	Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 14, 15 (parcial) y 16 de la Ley 1142 de 2007, “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”	Las intromisiones en las comunicaciones de los particulares, sólo pueden adelantarse previa orden de la autoridad judicial, dentro de un proceso, con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley.
C-334/2010	Artículo 16, inciso 1° (parcial) de la Ley 1142 de 2007 y contra el Artículo 245, inciso 2°, de la Ley 906 de 2004	Las actuaciones que impliquen restricciones a los derechos fundamentales no siempre deben estar precedidas de una orden judicial
C-540/2011	Artículo 78 de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”	En virtud de los Artículos 15 y 28 constitucionales, los registros y allanamientos al domicilio, así como la interceptación de comunicaciones requieren de orden judicial previa

C-594/ 2014	<p>Artículo 52 (parcial) de la Ley 1453 de 2011</p> <p>“por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”</p>	<p>Límites materiales a los que está supeditada la interceptación: i) Las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley. (ii) Requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las treinta y seis (36) horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el Artículo 250 de la Constitución. (iii) En virtud del principio de finalidad deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En este sentido, el Artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que señala que: “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,</p>
-------------	---	---

		radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético”. (iv) De acuerdo al principio de necesidad no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual es igualmente consagrado en la parte final del Artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones “cuya información tenga interés para los fines de la actuación”
SENTENCIAS DE TUTELA	HECHOS	SÍNTESIS RATIO DECIDENDI
T-708/2008	Acción de tutela instaurada por Abelardo Gabriel De La Espriella Otero contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación	Frente a un caso de interceptación a las comunicaciones, esta Corporación en protección del derecho fundamental a la intimidad ordenó garantizar la reserva y confidencialidad de la información recopilada como consecuencia de labores de inteligencia
T-916/2008	Acción de tutela promovida por Cesar Augusto Henao Vásquez, contra el Juzgado Once de Familia de Medellín y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de	Corte ordenó excluir de un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio, los correos electrónicos allegados por el apoderado de la parte demandante durante la diligencia de

	Familia, con citación oficiosa de la señora Margarita María Silva Gaviria, como tercero con interés	interrogatorio de parte, por haber sido recopilados sin orden judicial previa
SU-159/2002	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	La Corte se pronunció en torno a la regla de exclusión prevista en el inciso final del Artículo 29 de la Constitución ordenando a exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del Artículo 29 inciso último de la Constitución

4. La función de policía judicial y la interceptación a las comunicaciones

La función de policía judicial comprende la actividad realizada por algunos organismos del Estado en el ámbito de la investigación criminal, mediante procedimientos técnicos, operativos y científicos orientados a recaudar el material probatorio que se requiera para demostrar la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad de los autores o partícipes del mismo.

Los artículos³² 314, 315 y 316 de la Ley 600 de 2000, aplicables a los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 906 de

32

“CAPITULO II

Funciones de la policía judicial

Artículo 314. *Labores previas de verificación.* 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 sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación.

Artículo 315. *Investigación previa realizada por iniciativa propia.* En los casos de flagrancia y en el lugar de su ocurrencia o cuando por motivos de fuerza mayor acreditada no pueda el Fiscal General de la Nación o sus delegados iniciar la investigación previa, los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial podrán ordenar y practicar pruebas.

2004, establecen de manera expresa en qué consisten las funciones de policía judicial.

El artículo 311³³ de la Ley 600 de 2000 dispone que las labores de dirección en materia de las funciones de policía judicial se encuentran a cargo del Fiscal General de la Nación, salvo en lo concerniente a las funciones de la Procuraduría General de la Nación. A su vez, el artículo 312 de la misma normatividad dispone de manera taxativa cuáles servidores públicos ejercen funciones permanentes y especiales de policía judicial. El tenor de la norma es el siguiente:

“Artículo 312. Servidores públicos que ejercen funciones de policía judicial. Realizan funciones permanentes de policía judicial:
1. La Policía Judicial de la Policía Nacional.
2. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y todos sus servidores públicos que desempeñen funciones judiciales siempre y cuando guarden relación con la naturaleza de su función.

Iniciada la investigación previa por quienes ejercen funciones de policía judicial, en la primera hora hábil del día siguiente darán aviso o la remitirán al Fiscal General de la Nación o su delegado, a quien le corresponda la investigación por el lugar de comisión del hecho, para que asuma su control y dirección. También se dará aviso del inicio de la investigación a un representante del Ministerio Público. Cuando fuere imposible enviar la diligencia se le comunicará al funcionario judicial tal situación, quien podrá proceder conforme lo dispone el artículo siguiente.

Artículo 316. Actuación durante la investigación y el juzgamiento. Iniciada la investigación la policía judicial sólo actuará por orden del fiscal, quien podrá comisionar a cualquier servidor público que ejerza funciones de policía judicial para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, lo cual podrá ser ordenado y comunicado por cualquier medio idóneo, dejando constancia de ello. La facultad de dictar providencias interlocutorias es indelegable.

Los miembros de policía judicial pueden extender su actuación a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión, excepto capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, las que atenten contra el derecho a la intimidad o cualquier actividad que represente la vinculación de los implicados a la actuación procesal.

Por comisión del juez respectivo, en la etapa del juzgamiento cumplirán las funciones en la forma indicada en los incisos anteriores.”

³³**Artículo 311. Dirección y coordinación de las funciones de policía judicial.** El Fiscal General de la Nación o sus delegados tienen a su cargo dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente o especial cumplen los organismos previstos en la ley y los restantes entes públicos a los cuales de manera transitoria el Fiscal General de la Nación les haya atribuido tales funciones.

El Fiscal General de la Nación, bajo su responsabilidad, separará en forma inmediata de las funciones de policía judicial al servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de sus funciones para el desarrollo investigativo específico que se le haya dado. Si tal servidor no es funcionario o empleado de la Fiscalía General de la Nación, el Fiscal que dirija la investigación informará de inmediato a su nominador, para que inicie la investigación disciplinaria que sea del caso.

Parágrafo. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo la estructura y funciones de policía judicial de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 277 de la Constitución Política.

3. La Policía Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad.

Ejercen funciones especiales de policía judicial, en asuntos de su competencia:

- 1. La Contraloría y la Procuraduría General de la Nación.*
- 2. Las autoridades de tránsito.*
- 3. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.*
- 4. Los alcaldes e inspectores de policía.*
- 5. Los Directores Nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.*

Parágrafo. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial de la Policía Nacional las funciones de policía judicial las podrá ejercer la Policía Nacional.”

Ese cuerpo normativo fue integralmente remplazado por el sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”. De manera puntual, frente a la materia objeto de estudio, el artículo 205 de la Ley 906 de 2004, prescribe en qué consiste la función de policía judicial en el marco de la etapa de investigación penal:

“Artículo 205. Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. *Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.*

Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal.

Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.”

En complemento de ello, el artículo 201 de la Ley 906 de 2004 define cuáles son las autoridades de policía judicial permanente:

“Artículo 201. Órganos de policía judicial permanente. *Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas.”*

A su turno, el artículo 202 de la Ley 906 de 2004, taxativamente establece cuáles autoridades de manera especial ejercen funciones de policía judicial en el marco de su respectiva competencia:

“Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. *Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:*

- 1. La Procuraduría General de la Nación.*
- 2. La Contraloría General de la República.*
- 3. Las autoridades de tránsito.*
- 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.*
- 5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.*
- 6. Los alcaldes.*
- 7. Los inspectores de policía.*

Parágrafo. *Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.”*

En el ámbito constitucional y en aproximación a los hechos del caso concreto, en los que se practicaron unas interceptaciones a las comunicaciones por parte de la Oficina de Investigaciones especiales de la Procuraduría General de la Nación, el inciso final del artículo 277 de la Constitución dispone que dicho organismo de control para el cumplimiento de sus funciones tendrá atribuciones de policía judicial. En desarrollo de ese precepto, el artículo 148 de la Ley 734 de 2002 “*por la cual se expide el Código Disciplinario Único*” establece lo siguiente:

“Artículo 148. Atribuciones de policía judicial. De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 de la Constitución Política, para el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría General de la Nación tiene atribuciones de policía judicial. En desarrollo de esta facultad, el Procurador General y el Director Nacional de Investigaciones Especiales podrán proferir las decisiones correspondientes.

El Procurador General de la Nación podrá delegar en cualquier funcionario de la Procuraduría, en casos especiales, el ejercicio de atribuciones de policía judicial, así como la facultad de interponer las acciones que considere necesarias. Quien hubiere sido delegado podrá proferir las decisiones que se requieran para el aseguramiento y la práctica de pruebas dentro del proceso disciplinario.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 116 de la Constitución Política, para efecto del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecidas en el inciso final del Artículo 277, 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 el trámite procesal.”

En atención a que los hechos que originaron la investigación disciplinaria y, posteriormente la penal, tuvieron ocurrencia en febrero y mayo del año 2003, la norma procesal penal vigente para esa fecha era la Ley 600 de 2000, regulación que, conforme a lo dispuesto en el artículo 312 establece quiénes eran los servidores públicos facultados para ejercer funciones de policía judicial, entre los cuales se encontraban los servidores de la Procuraduría General de la Nación.

Sobre este aspecto, cabe precisar que la Ley 734 de 2002 “*por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, de acuerdo con la remisión

contenida en el Artículo 21³⁴ de ese cuerpo normativo, aplica las disposiciones del Código de Procedimiento Penal vigente al momento de la ocurrencia de los hechos. Es por esto que en materia probatoria la Ley 600 de 2000 cobijó la ocurrencia de los hechos materia de investigación tanto en lo penal, como en lo disciplinario. De esta manera, las interceptaciones efectuadas por la Procuraduría General de la Nación en el mes de mayo del año 2003 estaban sometidas al contenido dispositivo del artículo 301 de la Ley 600 de 2000, norma que establece lo siguiente:

“Artículo 301. 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 utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban y que 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 cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la orden.

Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación la decisión debe ser remitida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

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.

Tales grabaciones se trasladaran al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario.”

³⁴ **Artículo 21.** Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario. (Subrayas propias)

En la Sentencia C-244 de 1996 originada en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varias disposiciones de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único), -norma integralmente remplazada por la Ley 734 de 2002-, la Corte formuló el siguiente interrogante:

*“¿Qué funciones que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios? **Para responder esta pregunta es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal, cumple entre otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc, previa orden escrita de la autoridad judicial competente.** Es importante advertir al Procurador General de la Nación y los demás funcionarios de esa entidad, que en el 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.”* (Subrayas y negrillas fuera del texto)

A partir de la consideración jurídica transcrita, diversos organismos facultados para ejercer funciones de policía judicial han realizado interceptación a las comunicaciones, como parte de las labores investigativas que se encuentran a su cargo.

Una vez implementado el sistema penal acusatorio, al presentarse una demanda de inconstitucionalidad contra un aparte³⁵ del artículo 148 de la Ley 734 de 2002, disposición que le otorga funciones de policía judicial a la Procuraduría General de la Nación, esta Corporación en Sentencia C-1121 de 2005, determinó estarse a lo resuelto en la Sentencia C-244 de 1996 y, por consiguiente, declaró exequible el otorgamiento de tales facultades a ese organismo de control disciplinario. El fundamento para adoptar esa decisión fue el siguiente:

³⁵ El aparte demandado es el siguiente: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, para efecto del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecidas en el inciso final del artículo 277, 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 el trámite procesal.”

“En efecto, a juicio de la actora el inciso final del artículo 148 de la Ley 734 de 2002 es inconstitucional porque permite a la Procuraduría General de la Nación practicar ciertas pruebas que de conformidad con diversos preceptos constitucionales tienen reserva judicial, como la interceptación de correspondencia y de las comunicaciones privadas y adicionalmente permite al Procurador “emitir órdenes de carácter judicial para que se reduzca a prisión o arresto, se detenga o registre el domicilio”. De la lectura del inciso demandado resulta claro que este confiere atribuciones jurisdiccionales al Procurador General de la Nación para dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal, entonces, del enunciado demandado no se derivan los contenidos normativos acusados por el demandante.”

En lo concerniente a los tipos de autoridades que ejercen funciones de policía judicial la Corte en Sentencia C-594 de 2014 precisó lo siguiente:

“La legislación procesal penal distingue tres tipos de autoridades que ejercen funciones de policía judicial: Las que lo hacen de manera permanente y general como la Policía Judicial de la Policía Nacional, el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación y todos los servidores que desempeñen funciones judiciales siempre y cuando guarden relación con la naturaleza de su función. Los que ejercen funciones especiales de policía judicial, en asuntos de su competencia: “1. La Contraloría y la Procuraduría General de la Nación. 2. Las autoridades de tránsito. 3. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. 4. Los alcaldes e inspectores de policía. 5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario”. Adicionalmente, el Fiscal General de la Nación, en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 251-4 Superior, les atribuye funciones transitorias de policía judicial a las entidades públicas, tal como reconoció la Sentencia C-1506 de 2000. En todo caso, no todos los servidores de las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, como en el caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ejercen dichas funciones sino solamente aquellos que el Director de la entidad en coordinación con el Fiscal General de la Nación determine y que en estos casos es solamente en relación con los asuntos de competencia de dichas entidades que esta función se cumple. En este sentido, no toda la

Policía Nacional, ni todos los integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, desempeñan funciones de policía judicial, sino sólo quienes estén específicamente capacitados para ese efecto, es decir, quienes constituyan dentro de las entidades respectivas un cuerpo especial, el de “policía judicial.”

En la misma providencia judicial la Corte explica que la función de policía judicial es concebida en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004, como la tarea que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación, dependiendo funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados.

“En el ordenamiento jurídico colombiano la policía judicial tiene dos (2) acepciones, la orgánica y la funcional, las cuales son diferentes pero están muy relacionadas entre sí: (i) Desde el punto de vista orgánico la policía judicial implica el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. En este sentido, la concepción moderna de la policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces. La Corte Constitucional ha precisado que la policía judicial debe desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección, coordinación y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por mandato de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público. (ii) Desde el punto de vista funcional la policía judicial constituye un elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado. Constituye en este aspecto la actividad desarrollada con ocasión de la comisión de un delito, encaminada a su esclarecimiento e individualización de los presuntos responsables, operación que no es característica ni propia de la policía, aun cuando miembros de esta institución en sus dependencias especializadas puedan ser investidos de tal función o supletoriamente la tengan que ejercer, lo cual es ocasional y excepcional. La labor encomendada a la policía judicial tiene una naturaleza investigativa, así ésta se realice bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación. En este aspecto, según las exigencias de cada fase del proceso, la ley atribuye a la policía judicial una mayor iniciativa propia, que luego se torna menor y finalmente desaparece. En todo caso, se orienta sustancialmente a la comprobación de hechos y circunstancias

relevantes para el juzgamiento. De esta manera, la policía judicial es concebida por la propia Ley 906 de 2004, inciso final de su artículo 200, como la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación, dependiendo funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

4.1 Alcance del concepto “autoridad judicial” contenido en los Artículos 15 y 28 de la Constitución Política

A la luz de una concepción garantista como la impregnada en todo el articulado de la Carta Política, las medidas que impliquen una intervención sobre el núcleo duro de los derechos fundamentales, son de la competencia exclusiva de las autoridades judiciales. Esto se manifiesta con mucha claridad en el contenido dispositivo del artículo 15 de la Carta Política, a cuyo tenor:

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

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. (Subraya y negrilla fuera del texto)

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

En ese mismo sentido, el artículo 28 de la Constitución dispone:

*“**Artículo 28.** Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (Subraya y negrilla fuera del*

texto)

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”

En concordancia con ello, el artículo 116 de la Constitución restringe el ejercicio de la función judicial a determinadas autoridades públicas:

“Artículo 116. Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 1º. El artículo 116 de la Constitución quedara así:

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, ³⁶Comisión Nacional de Disciplina, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los jueces, administraran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

*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.*

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En la Sentencia C-025 de 2009, que se originó en la demanda de inconstitucionalidad formulada contra varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, la Corte se refirió a la diferencia entre los actos investigativos realizados por la Fiscalía General de la Nación y los actos jurisdiccionales de los jueces de control, en los siguientes términos:

³⁶ Acto Legislativo 02 de 2015 Artículo 26. Concordancias, vigencias y derogatorias. Sustitúyase la expresión “Consejo Superior de la Judicatura” por la de “Comisión Nacional de Disciplina Judicial” en el Artículo 116 de la Constitución Política.

*“En el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, **los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación**, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, **los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías**, quien los autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. La Fiscalía General de la Nación quedo facultada para ejercer el principio de oportunidad e imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, las cuales no requieren, en el nuevo texto constitucional, autorización judicial previa para ello, pero sí están sometidas a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías.(negrillas y subraya fuera del texto).*

En esa misma orientación, en Sentencia C-516 de 2015 la Corte se pronunció en torno a la diferencia entre las funciones judiciales y jurisdiccionales que cumple la Fiscalía General de la Nación, precisando que, si bien los fiscales cumplen funciones judiciales, tales actos no son jurisdiccionales:

*“Una lectura sistemática de la Constitución apunta a que todo acto de intervención severa en los derechos fundamentales (i.e. interceptaciones telefónicas, allanamientos y búsquedas selectivas en bases de datos) debe ser decretado **por una autoridad judicial y no administrativa, como es el caso de la Fiscalía General de la Nación, y posteriormente, revisada su validez por un juez de control de garantías**. Lo anterior, con independencia de que se trate de un proceso de naturaleza real, como es aquel de extinción de dominio.”*

En la misma providencia judicial la Corte sostuvo:

*“Si bien los actos investigativos que realiza la Fiscalía General de la Nación, que comportan restricción de derechos fundamentales (i.e. allanamientos, interceptaciones telefónicas y búsquedas selectivas en bases de datos), cumplen con los requerimientos de los artículos 15 y 28 Superiores, **en la medida en que su práctica es***

ordenada por una “autoridad judicial” (art. 116 Superiores), razones vinculadas con los postulados filosóficos del Estado de Derecho y la estructura de un sistema penal acusatorio, implican que tales decisiones sean posteriormente controladas por un juez, es decir, por un funcionario investido de la jurisdicción, cuya labor se encuentra amparada por la garantía constitucional de la autonomía judicial.”

5. El hallazgo casual, la prueba trasladada y la regla de exclusión

El concepto “hallazgo casual” está inescindiblemente ligado al procedimiento de intervención a las comunicaciones, toda vez que esta práctica investigativa surge de manera accidental o intempestiva y revela información sobre la ocurrencia de un hecho ilícito hasta entonces desconocido por las autoridades. Casanova Martí lo define de la siguiente manera: *“aquellos descubrimientos accidentales en el desarrollo de una intervención telefónica previamente autorizada por un Juez dentro de una investigación penal que revele la comisión de un hecho ilícito nuevo desconocido hasta el momento, planteándose entonces la legitimidad de la utilización de esos hallazgos.”*³⁷

Estos descubrimientos ocasionales o casuales³⁸, versan sobre hechos nuevos no buscados que, por ser desconocidos en la investigación en la que irrumpen, pueden ser conexos o inconexos con los que son objeto de la causa y, de esta manera, afectar al sindicado y/o a terceras personas no imputadas en el procedimiento. Sobre la base de lo anterior, tales descubrimientos son nuevos hechos que no constan en la orden judicial respectiva, su principal problema radica, de una parte, en el uso que de éstos puede hacerse, tanto desde el punto de vista investigativo como probatorio y, de otra, determinar si con estos descubrimientos que, como ya se dijo, están por fuera del ámbito de protección de la autorización judicial se está vulnerando el derecho a la intimidad de las comunicaciones.

Precisamente como quiera que el asunto en revisión versa sobre la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso en el marco de un proceso judicial en el que una prueba consistente en un

³⁷ MARTI Casanova Roser, *Las Intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Ed. Bosch Procesal, 2014, pg. 88-89.

³⁸ Por su parte, López-Fragoso Álvarez lo explica de la siguiente manera: *“...por la propia naturaleza de la ejecución de una intervención telefónica, se hace patente que la misma pueda dar lugar fácilmente a dichos conocimientos casuales.”*³⁸

hallazgo casual fue trasladada³⁹ desde un proceso disciplinario a uno penal de única instancia, es menester fijar el alcance de dicho material probatorio, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 239 de la Ley 600 de 2000, vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia de investigación. La citada norma dispone:

“Artículo 239. Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.

Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Nótese que la disposición anteriormente transcrita exige que la prueba sea válidamente recaudada, de lo contrario carecerá de valor probatorio alguno y frente a lo cual conviene precisar que el problema jurídico en discusión no está dado por determinar si por economía procesal se puede realizar un traslado probatorio de un proceso a otro, sino la licitud del procedimiento con que los medios de convicción fueron recaudados.

La valoración de la prueba es precisamente el procedimiento que permite al juzgador determinar si el contenido de lo que se prueba puede ser admitido como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica. Cuando se constata la violación del debido proceso por parte de una prueba ilegítima, dicha prueba es nula en el contexto del proceso dentro del cual pretende aducirse. Sin embargo, la nulidad de la prueba no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene. Sobre

³⁹ Sobre la prueba trasladada la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de septiembre de 2006, indicó la importancia y finalidad de la prueba trasladada al interior de un proceso judicial: *“También resulta imprescindible resaltar que, a pesar de que la mencionada prueba trasladada no fue notificada de acuerdo con las exigencias dispuestas por el legislador respecto de esta clase de medios probatorios, no hay duda que como de tiempo atrás lo ha dicho la Sala, tal incorrección no genera nulidad de la prueba y tanto menos de la actuación, siempre que se cumplan las finalidades de las normas que así lo disponen, que no son otras que los sujetos procesales tengan acceso a dicha prueba y cuenten con oportunidades reales de contradicción, situación que se presentó en este caso, dado que tanto la defensa como los demás sujetos procesales tuvieron acceso a tal testimonio y pudieron controvertirlo de diversas maneras durante el desarrollo del trámite, circunstancia procesal acorde con las pautas jurisprudenciales que la Sala ha tenido oportunidad de señalar, así:*

“Lo que interesa a la Corte respecto de la prueba trasladada frente a la validez en su aducción, no es el proceso de formación en la actuación de origen sino el rito de su traslado y la posibilidad de que una vez incorporada, los sujetos procesales hayan podido conocerla y por ende ejercer el derecho de contradicción” .” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 19888 del 28 de septiembre de 2006.

este aspecto, es preciso recordar que la Corte en Sentencia T-233 de 2007 se pronunció en los siguientes términos:

*“Independientemente de la fuente de la ilegitimidad de la prueba, lo que importa resaltar por ahora es que cuando se verifica la violación del debido proceso por parte de una prueba ilegítima, dicha prueba es nula en el contexto del proceso dentro del cual pretende aducirse. Esta precisión permite mostrar el otro aspecto de la argumentación y es que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, pero no por ello es nulo de pleno derecho el proceso en el que se inserta. **En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer que la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene.**”* (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Los ordenamientos jurídicos de tipo acusatorio incorporan una regla de exclusión probatoria (Art. 29 C.P.), en virtud de la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales (ilicitud probatoria). Y en efecto, esta regla de exclusión, ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de esta Corporación.

En la Sentencia T-008 de 1998, frente a un caso en el que se obtuvo la declaración de un testigo con reserva de identidad, se dispuso la nulidad de pleno derecho de un testimonio practicado sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por los Decretos 099 y 2271 de 1991, lo que condujo a su exclusión del material probatorio. Posteriormente, mediante la Sentencia SU-159 de 2002 la Corte se pronunció en torno a la regla de exclusión prevista en el inciso final del Artículo 29 de la Constitución. Por la pertinencia de la regla de decisión contenida en la providencia referida, a continuación se cita *in extenso*:

“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 “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser

válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos: Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. 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 sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad. A la cuestión de sí 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 sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida.”

Similares consideraciones fueron pronunciadas por la Corte en Sentencia T-233 de 2007, al aplicar la regla de exclusión probatoria en el marco de

un proceso penal en el que se valoraron grabaciones practicadas sin orden de autoridad judicial competente:

“En esa medida, las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto. La Sala considera que la grabación de la reunión que se hizo sin el consentimiento del procesado vulneró el derecho a la intimidad de éste en aspectos como el de la reserva de la propia imagen, la reserva de las comunicaciones personales y la reserva del domicilio –entendido en el sentido amplio pertinente al derecho a la intimidad-. En esas condiciones, la grabación no podía presentarse como prueba válida en el proceso y debió ser expulsada.”

En la misma providencia judicial la Corte confirmó que la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida no necesariamente acarrea la nulidad del proceso:

“Con todo, atendiendo a las consideraciones generales de la jurisprudencia, el hecho de que las autoridades competentes hayan admitido como prueba de cargo una prueba manifiestamente inconstitucional no produce la invalidación automática del proceso penal. Tal como lo dice la Corte, es requisito para la invalidación del proceso que la decisión final haya tenido como fundamento la prueba ilícita. De lo contrario, si la convicción del funcionario se forma a partir de elementos probatorios distintos, independientes de la prueba o a los que se habría llegado por otras vías, puede admitirse la subsistencia del proceso, pese a la inconstitucionalidad de la prueba que debe expulsarse. En el caso concreto, esta Sala estima que la aducción y valoración de la prueba inconstitucional no afectó la decisión final condenatoria, o, por lo menos, su incidencia en la valoración de la responsabilidad del procesado no fue decisiva.”

En la Sentencia C-591 de 2005, la Corte juzgó la constitucionalidad de varias disposiciones del sistema penal acusatorio introducido con la Ley 906 de 2004. Dentro de las disposiciones analizadas se encuentran las

relacionadas con el modelo de exclusión de pruebas ilícitas y sus excepciones, precisando que la Constitución Política en el artículo 29 no consagra excepciones a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación al debido proceso:

“El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que [T]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.”

En Sentencia T-916 de 2008 esta Corporación consideró que la interceptación de correos electrónicos, sin orden judicial configura una vía de hecho por defecto fáctico en su dimensión positiva, por tratarse de una prueba que vulnera los derechos fundamentales a la intimidad. En dicha oportunidad, la Corte distinguió entre la prueba ilegal y la prueba inconstitucional:

“Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales.”

Los medios de prueba son aquellos procedimientos a través de los cuales se desarrolla la actividad de recaudación de evidencias en el curso de un proceso y que están regulados por ley. Siguiendo a Ernst Beling la prueba prohibida: *“es aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiéndose por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de*

*búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales...*⁴⁰

En la obtención de la prueba ilícita se encuentran en tensión bienes jurídicos de distinta índole: por un lado, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y, por otro, los derechos fundamentales que exigen no ser vulnerados o lesionados al recaudarse los medios de convicción. El conflicto se presenta cuando para acreditar un hecho o alcanzar la verdad en el proceso se obtienen medios y/o fuentes de prueba con afectación a los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que luego se quieren hacer valer al interior del proceso y que exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria.

En el derecho constitucional norteamericano desde 1914⁴¹ se aplicó de pleno derecho la denominada “regla de exclusión”⁴², según la cual las pruebas obtenidas o valoradas en contra de las garantías constitucionales⁴³ son inadmisibles en el trámite del proceso penal. Esta regla tiene por fundamento la teoría “del fruto del árbol envenenado”⁴⁴, a partir de la cual si la fuente de la prueba “el árbol” está viciada, por consiguiente, todo “fruto” que se derive de esta, también lo estará. En otros términos, si la prueba que origina los demás elementos de convicción es ilegal, su resultado también lo será, por aplicación del principio general de derecho “*Accessorium naturam sequi congruit principalis*”.

Sin embargo, desde 1980, la jurisprudencia estadounidense desarrolló el “*Balacing Test*” que deja al arbitrio judicial valorar la conveniencia de excluir la prueba ilícita en atención a las circunstancias de cada caso concreto, teniendo en cuenta la intensidad de la infracción, el grado de invasión, la conciencia de la violación y el daño que la exclusión podría ocasionar. En el caso *United States v. Williams* de 1980 se aceptó como prueba una incautación de heroína hallada en la requisita efectuada a un vehículo detenido por las autoridades de policía, por cometer una infracción de tránsito y sin que hubiese sospecha previa de la presencia de los narcóticos. Ese mismo, año en el caso *United States v. Payner*, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó que la exclusión de la prueba en cada caso de ilegalidad debe ser sopesada frente al daño que pueda causar la aplicación indiscriminada de la regla de exclusión.

⁴⁰ Ernst Beling. Esquema de Derecho Penal, la Doctrina del Delito Tipo, Unam 2002.

⁴¹ *Weeks V. United States*, Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁴² Al respecto, ver Teoría de la bandeja de plata en *Elkins V. United States*.

⁴³ Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

⁴⁴ *Lumber Co. v. United States* (1920).

En aplicación de la regla de exclusión probatoria, esta Corporación mediante la Sentencia SU-159 de 2002, ordenó excluir de un proceso penal únicamente una grabación telefónica ilícita, sin que se afectara la totalidad del proceso penal:

“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 éstas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena. En este caso, dichas pruebas no sólo 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 responder el siguiente interrogante: ¿La no exclusión de unas pruebas, en gracia de discusión, ilícitas derivadas que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas y pertinentes hace que la sentencia sea nula? No. Esta Corte subraya que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes.”

En la Corte Europea de Derechos Humanos también son varios los referentes jurisprudenciales en torno a la confidencialidad de las comunicaciones privadas. Puntualmente, las providencias judiciales del Caso Klas contra Alemania del 6 de septiembre 1978, Malone contra el Reino Unido del 2 agosto de 1984, Olsson contra Suecia del 24 de marzo 1988 y Kruslin contra Francia del 24 de abril 1990, consolidaron una línea jurisprudencial mediante la cual se fijaron reglas mínimas (límites materiales) para justificar la interferencia en la privacidad de las comunicaciones, que se resumen en las siguientes exigencias: (i) que la injerencia esté legalmente prevista; (ii) que constituya una medida necesaria para proteger convenientemente la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud, la moral y, en definitiva, los derechos y libertades de los demás ciudadanos (artículo 8.2 del Convenio de Roma), y (iii) que exista una necesidad y

proporcionalidad en su injerencia.

Este ámbito comparativo, es útil a efectos de una mejor comprensión del tratamiento jurisprudencial dado por las diversas jurisdicciones a la recaudación de pruebas y hallazgos casuales en el curso de un proceso.

6. El defecto fáctico en cuanto a la validez de las pruebas

Sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conviene recordar que mediante la Sentencia C-543 de 1992 esta Corporación declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, que habilitaban su procedencia contra providencias judiciales, fundamentándose en que dichas disposiciones desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política y, en consecuencia, implican afectación del principio de seguridad jurídica. No obstante, en la misma providencia judicial esta Corporación sostuvo que: “(...) *nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...)*”.

A partir de esta consideración y con base en una interpretación sistemática de la Carta Política, la Corte en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, a través de unas causales genéricas y específicas de procedibilidad que, tras una larga construcción jurisprudencial se encuentran compendiadas en la Sentencia C-590 de 2005 y que han sido objeto de reiteración en innumerable providencias judiciales⁴⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para que proceda una acción de tutela contra providencias judiciales, además de lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, se deben satisfacer los presupuestos generales de procedibilidad⁴⁶, así como una o varias de las o causales específicas, a saber:

⁴⁵ Ver, entre otras, las Sentencias C-543 de 1992; T-462 de 2003; C-590 de 2005; C-591 de 2005 y T-343 de 2010.

⁴⁶ “a. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.*

b. *Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*
- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
- i. Violación directa de la Constitución.”⁴⁷*

En cuanto al defecto fáctico, la jurisprudencia constitucional ha precisado que se configura a partir de una doble dimensión⁴⁸: (i) positiva cuando el operador judicial admite a trámite pruebas que no ha debido valorar, por haber sido indebidamente recaudadas, en desconocimiento directo de la Constitución, y (ii) una dimensión negativa⁴⁹, cuando el operador judicial

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela

⁴⁷ Sentencia C-590 de 2005.

⁴⁸ Ver sentencia T-233 de 2007.

⁴⁹ Ver T-442 de 1994.

niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa u omite por completo su valoración. En palabras de esta Corporación:

“En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.”⁵⁰

A la luz de lo transcrito, la aludida dimensión positiva se concreta cuando el juez somete a valoración una prueba, cuya ilegalidad es manifiestamente contraria a incluirla en el proceso por haber sido practicada en contravía de las formas propias de cada juicio. Sobre esta modalidad de defecto fáctico, es ilustrativa la referida Sentencia T-233 de 2007, mediante la cual esta Corporación decretó la nulidad de pleno derecho de una grabación obtenida con violación del derecho fundamental al debido proceso:

“Frente a la consideración de la Sala Penal según la cual la grabación que se hizo valer en el proceso fue convalidada por el imputado al haber admitido en la indagatoria que la reunión videograbada era la que sostuvo en Yopal, esta Sala debe precisar que la nulidad de pleno derecho que establece la Constitución como consecuencia de haberse recaudado la prueba con violación de derechos fundamentales impide considerarla válidamente en el proceso, así el demandante admita que esa prueba consigna hechos que se le endilgan en el proceso penal. La Corte Constitucional reitera en este punto que la inconstitucionalidad de la prueba impide considerarla válidamente en el proceso penal, pese a su convalidación por parte del procesado. En este punto debe ponerse

⁵⁰ Corte Constitucional Sentencia T-274 de 2012.

de relieve que la frase utilizada por la Carta es la de “nulidad de pleno derecho”, expresión que indica la improcedencia de la convalidación por afectación absoluta o radical de la validez del acto.”

7. Análisis del caso concreto

De acuerdo con los elementos normativos y jurisprudenciales expuestos, la Sala Plena de la Corte Constitucional procede a efectuar un estudio conjunto de sus implicaciones frente al ámbito probatorio desplegado en el asunto objeto de revisión.

Los hechos se resumen en que durante el curso de unas interceptaciones telefónicas ordenadas en el mes de febrero del año 2003, por quien entonces fungía como Procurador General de la Nación, se recaudaron unas pruebas como hallazgo casual, consistentes en varias conversaciones telefónicas sostenidas por la funcionaria de la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, Adriana Maribeth Fedullo Rumbo⁵¹, con el abogado Luis Antonio Zorro Camargo. En dichas conversaciones se acordó expedir una certificación laboral apócrifa, - conforme se demostró en el curso de la investigación disciplinaria y posteriormente penal-, requerida para tramitar una visa en la Embajada de los Estados Unidos, y en la que se acreditaría que el señor Zorro Camargo prestó servicios como asesor del Congreso de la República en la unidad legislativa a cargo del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis, quien para la época de los hechos se desempeñaba como representante a la Cámara por el Departamento del Cesar.

El accionante sostiene que las providencias judiciales proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el curso del proceso penal de única instancia seguido en su contra, constituyen evidentes vías de hecho en modalidad de defecto fáctico, toda vez que al haber sido admitidas a trámite como prueba las interceptaciones telefónicas, cuya ilicitud estima manifiesta, se violó el derecho fundamental al debido proceso.

En primer término, la Sala Plena procederá a evaluar las condiciones generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De cumplirse tales requisitos, se determinará si la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un defecto

⁵¹ Compañera permanente del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis según la investigación disciplinaria.

fáctico al valorar las interceptaciones telefónicas practicadas por la Procuraduría General de la Nación.

En ese orden de consideraciones, al verificar los presupuestos genéricos de procedibilidad la Sala Plena encuentra que, el presente asunto reviste: (i) relevancia constitucional, toda vez que se debe determinar si se afecta el derecho fundamental a la intimidad y al debido proceso, cuando quiera que una autoridad administrativa en el ámbito de un proceso disciplinario practica interceptaciones a las comunicaciones y recauda hallazgos casuales, trasladándolos posteriormente al ámbito de un proceso penal; (ii) tratándose de un proceso de única instancia, al no existir recursos contra la decisión que pone fin al proceso, el accionante no dispone de otros medios de defensa judicial, con lo cual se satisface la condición de subsidiariedad; (iii) la acción de tutela fue interpuesta en un término razonable, en tanto que la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia fue proferida el 17 de agosto de 2011, y la acción de tutela fue instaurada por el apoderado judicial del accionante el 17 de febrero de 2012, es decir, no trascurrieron más de seis meses desde el momento en que se adoptó la decisión y se presentó la acción de tutela; (iv) el accionante identificó claramente los hechos objeto de reclamación constitucional, y por último, (v) no se trata de una acción de tutela contra tutela.

Así las cosas, cumplidos los presupuestos generales de procedibilidad⁵², se debe verificar la ocurrencia de las condiciones específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales alegadas por el accionante.

Conforme a lo expuesto en las consideraciones generales de esta providencia, en cuanto al defecto fáctico, la jurisprudencia constitucional ha precisado que se configura a partir de una doble dimensión⁵³: (i) positiva cuando el operador judicial admite a trámite pruebas que no ha debido valorar, por haber sido indebidamente recaudadas, en

⁵² “a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela

⁵³ Ver sentencia T-233 de 2007.

desconocimiento directo de la Constitución, y (ii) una dimensión negativa⁵⁴, cuando el operador judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa u omite por completo su valoración.

La dimensión positiva se materializa cuando el juez somete a valoración una prueba, cuya ilegalidad se opone a incluirla en el proceso, por haber sido practicada en contravía de las formas propias de cada juicio (art.29 C.P.).

Así, para que esta Corporación determine si la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en el defecto fáctico alegado, y partir de la autonomía judicial del máximo organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria, es necesario recapitular el contenido de las providencias judiciales objeto de reclamación.

Del análisis probatorio desplegado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Plena observa que dicha autoridad judicial valoró las pruebas disciplinarias trasladadas al proceso penal, conforme se detalla a continuación: El 27 de enero de 2004, la Sala de Casación Penal recepcionó la denuncia formulada por el entonces Procurador General de la Nación en contra del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis, por la presunta comisión de un delito, al expedir una certificación laboral falsa para un tercero con destino al trámite de la obtención de una visa de los Estados Unidos de América.

Como consecuencia de ello, el 28 de mayo de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito del sumario, acusando al accionante del delito de falsedad ideológica en documento público. Lo anterior, con base en que presuntamente certificó que el señor Luis Antonio Zorro Camargo se desempeñó como asesor del Congreso de la República durante el periodo constitucional 2002-2006, sin que para ese momento existiera nexo laboral o contractual alguno. En dicha providencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la Procuraduría General de la Nación cuenta con facultades jurisdiccionales para ordenar interceptaciones telefónicas, en virtud de las atribuciones de policía judicial conferidas a dicho organismo en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución, en concordancia con el inciso final del artículo 277 Superior y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial las Sentencias C-244 de 1996 y C-1121 de 2005. Esta consideración fue expresada por la Sala de Casación Penal en

⁵⁴ Ver T-442 de 1994.

el cuerpo de la providencia judicial por la cual fue condenado el señor Miguel Ángel Durán Gelvis, en los siguientes términos:

“La defensa ha planteado la ilegalidad de las interceptaciones telefónicas, por no haber sido dispuestas por autoridad judicial competente, y carecer el Procurador General de la Nación de facultades para ordenarlas, de acuerdo con lo pregonado insistentemente por ZORRO CAMARGO.

No poderse efectuar estas diligencias de manera preventiva, desligadas de la comisión de un delito porque afectaría desproporcionalmente el sistema de garantías constitucionales. Como su finalidad es probatoria y tendiente a determinar la comisión de un delito y a descubrir a sus autores, no puede estar dirigida a obtener nuevos indicios o sospechas criminales, como sucedió en este caso, argumentos totalmente infundados debido a que la Carta Política en sus artículos 116 tercer inciso y 277 inciso final, otorga a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales, para cuyo cumplimiento le confiere atribuciones de policía judicial, pudiendo interponer las acciones que estime pertinentes.”⁵⁵

Con base en lo anterior el 17 de agosto de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a Miguel Ángel Durán Gelvis en su condición de Representante a la Cámara por el Departamento del Cesar, por el delito de falsedad ideológica en documento público a cuatro años de prisión y cinco años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, concediéndole prisión domiciliaria.

Se recuerda que el accionante alega que el proceso penal adelantado en su contra está viciado, por indebida apreciación probatoria, en tanto la Sala de Casación Penal al omitir valorar la validez de la prueba trasladada por la Procuraduría General de la Nación, desconoció lo dispuesto en los artículos 15 y 29 de la Constitución, en concordancia con el artículo 239 de la Ley 600 de 2000 y 185 del C.P.C.

Planteado este contexto y de acuerdo con el problema jurídico formulado (Supra 2), se procede a determinar si las interceptaciones aportadas al proceso como hallazgo casual fueron recaudadas con violación de los derechos fundamentales del sindicado.

⁵⁵ Folios 465 y 466.

En el ámbito del derecho constitucional toda intromisión en los derechos y garantías fundamentales se supedita a unos límites materiales, orientados por el principio de razonabilidad⁵⁶. En especial la inviolabilidad de las comunicaciones tiene sustento constitucional en el derecho fundamental a la intimidad que resguarda la esfera privada de las personas de la interferencia arbitraria del Estado y/o de otras personas e implica que todos los procedimientos investigativos estén supeditados al debido proceso.

No obstante lo anterior, conforme a lo reseñado en las consideraciones generales de esta providencia los hechos materia de revisión, estuvieron cobijados por el sistema procesal penal contenido en la Ley 600 de 2000 y, en ese sentido, la jurisprudencia constitucional⁵⁷ hasta entonces proferida por esta Corporación, relacionada con la interceptación a las comunicaciones, tenía por fundamento esa estructura investigativa. De allí que no sea posible avizorar irregularidad alguna en lo concerniente a las interceptaciones efectuadas por la Procuraduría General de la Nación en vigencia de ese sistema procesal de juzgamiento.

En efecto, los hechos que originaron la investigación disciplinaria y, posteriormente la penal, tuvieron ocurrencia en febrero y mayo del año 2003, razón por la cual, la norma procesal penal vigente para esa fecha era la Ley 600 de 2000, regulación que, conforme a lo dispuesto en el artículo 312, establecía el listado taxativo de los servidores públicos facultados para ejercer funciones de policía judicial, entre los cuales se encuentran los servidores de la Procuraduría General de la Nación.

En este aspecto, la Ley 734 de 2002 “*por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, ante vacíos en la regulación de actuaciones procesales y probatorias en materia disciplinaria, por virtud del artículo 21⁵⁸ remite⁵⁹ a la normatividad procesal penal vigente. De acuerdo con

⁵⁶ En la Sentencia C-1026 de 2001: la Corte lo expresó en los siguientes términos: “*El contenido mismo del concepto de “razonabilidad” ha sido explorado por la Corte, que en sentencia, dijo “hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad”. Se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios “pro-libertatis” y “pro-homine”, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.*”

⁵⁷ Sentencia C-244 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁸ **Ley 734 de 2002 Artículo 21.** Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

dicha remisión, las interceptaciones realizadas por la Procuraduría General de la Nación que fueron trasladadas y valoradas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentran viciadas como erradamente lo sostiene el accionante, toda vez que como ya se dijo para la época de ocurrencia de los hechos el sistema procesal penal contenido en la Ley 600 de 2000, dio lugar a esa práctica investigativa⁶⁰.

En armonía con ello, mediante Sentencia C-244 de 1996, la Corte Constitucional se pronunció en el sentido de que la Procuraduría a partir de sus atribuciones de policía judicial, autónomamente está facultada para practicar capturas, allanamientos, interceptación a las comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, entre otras prácticas investigativas. La parte pertinente de la providencia en cita señala:

*“¿Qué funciones que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios? **Para responder esta pregunta es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal, cumple entre otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc, previa orden escrita de la autoridad judicial competente.** Es importante advertir al Procurador General de la Nación y los demás funcionarios de esa entidad, que en el 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.”⁶¹ (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

⁵⁹ En Sentencia C-107 de 2004 la Corte precisó, atendiendo a la naturaleza del derecho disciplinario, que los vacíos normativos que se detecten en la ley procedimental disciplinaria deben ser llenados de conformidad con los institutos iguales o similares que regla el Código de Procedimiento Penal, puesto que “la regla de reenvío se erige como un valioso instrumento para la atención y solución de determinadas hipótesis jurídicas, donde, a tiempo que se actualiza la preeminencia del debido proceso, se realiza en cabeza de cada titular el derecho que el ordenamiento jurídico le dispensa”.

⁶⁰ Sentencias C-244 de 1996 y C-1121 de 2005.

⁶¹ Sentencia C-244 de 1996, Mag. Pon. Carlos Gaviria Díaz.

De allí que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió a trámite y valoró la prueba censurada, con fundamentó en el sistema penal vigente y la interpretación constitucional en vigor que para la época de los hechos se tenía.

De otra parte, la Sala Plena constató que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no incurrió en el defecto fáctico alegado por el accionante, ya que concurrieron en la actividad de ordenación, recaudo y valoración, otros y muy diversos elementos probatorios, que contaban con la suficiente entidad para la adopción de la decisión objeto de censura, tales como certificaciones, testimonios, notas diplomáticas e indagatorias, todos recaudados en el curso del proceso penal, independientemente de la “*noticia criminis*” reportada por la Procuraduría General de la Nación.

Dichas pruebas son autónomas respecto de la actividad de policía judicial desarrollada que dio lugar al recaudo, como hallazgo casual, de varias conversaciones telefónicas, en las que se acordó expedir una certificación laboral apócrifa para tramitar una visa en la Embajada de los Estados Unidos y, aun en el evento de que la “*noticia criminis*” hubiese adolecido del defecto alegado por el tutelante, los otros medios de convicción estimados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia son suficientes para valorar los hechos endilgados, lo cual impone necesariamente la desestimación del defecto fáctico alegado por el accionante.

En este aspecto, la Sala Plena es enfática en cuanto a que en el plenario que culminó con la condena del accionante, obran otros medios de convicción independientes a la prueba objeto de controversia, los cuales por sí mismos y de manera autónoma podrían conducir a la demostración del hecho punible. Sobre la valoración de dichas pruebas, a esta Corte no le está dado pronunciarse, pues es una función del juez natural y, en tal sentido y con fundamento en el principio de autonomía de la función judicial, se abstendrá de realizar el análisis de dichos elementos probatorios, pues en tanto juez de tutela, la competencia se limita al análisis de la posible vulneración del debido proceso en el recaudo de las conversaciones telefónicas y su consecuente traslado del proceso disciplinario al penal. Lo anterior significa que la competencia del juez de tutela en este caso se circunscribe a verificar la ocurrencia de una vía de hecho sobre la base de apenas uno de los elementos probatorios con los que contó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para proferir la providencia judicial que puso fin al proceso penal que culminó con la condena del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis y no puede extenderse al análisis de la responsabilidad penal del implicado.

Una cuestión adicional ocupa la atención de la Sala Plena, relacionada con la posible ocurrencia de una carencia actual de objeto por hecho superado. Lo anterior, teniendo en cuenta que la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 17 de agosto de 2011, condenó al accionante Miguel Ángel Durán Gelvis por el delito de falsedad ideológica en documento público a la pena principal de cuatro años de prisión y cinco años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Al haberse cumplido la condena penal, podría entenderse que se ha configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto. Sin embargo, ello no es de recibo para esta Corte, como quiera que debe tenerse en cuenta que la sentencia penal condenatoria proferida en contra del accionante, surte otro tipo de consecuencias accesorias que aún tienen efectos jurídicos, como la inhabilidad para ejercer funciones públicas y el registro de antecedentes penales. En esa medida, no es posible predicar de la situación fáctica y jurídica objeto de estudio dicho efecto procesal.

En virtud de lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional revocará la decisión judicial adoptada el 26 de septiembre de 2012 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que a su vez confirmó la providencia judicial dictada el 25 de marzo de 2012, por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por Miguel Ángel Durán Gelvis contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, negará el amparo de los derechos fundamentales a la intimidad, al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, teniendo como base las motivaciones de que da cuenta esta providencia.

8. Síntesis

8.1. En el curso de un procedimiento disciplinario, se practicaron unas interceptaciones ordenadas en el mes de febrero del año 2003, por quien entonces fungía como Procurador General de la Nación. En dicha actuación, se recaudaron pruebas, como hallazgo casual, consistentes en varias conversaciones telefónicas sostenidas por la funcionaria de la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, Adriana Maribeth Fedullo Rumbo con el abogado Luis Antonio Zorro Camargo, en las que se acordó expedir una certificación laboral apócrifa para tramitar una visa en la Embajada de los Estados Unidos. En dicha certificación se acreditaría que el señor Zorro Camargo había trabajado como asesor del Congreso de la República en la unidad legislativa a cargo del accionante Miguel Ángel Durán Gelvis, quien para la época de los hechos se

desempeñaba como representante a la Cámara por el Departamento del Cesar.

8.2. El 17 de agosto de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a Miguel Ángel Durán Gelvis en su condición de Representante a la Cámara por el Departamento del Cesar, por el delito de falsedad ideológica en documento público a cuatro años (4) de prisión y cinco (5) años de inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas, concediéndole prisión domiciliaria.

8.3. El accionante Miguel Ángel Durán Gelvis instauró acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que las providencias judiciales proferidas en el curso del proceso penal de única instancia seguido en su contra, constituyen vías de hecho en modalidad de defecto fáctico. Lo anterior, al considerar que el proceso penal adelantado en su contra está viciado por indebida apreciación probatoria, en tanto la Sala de Casación Penal omitió valorar la validez de la prueba trasladada (interceptaciones telefónicas) por la Procuraduría General de la Nación, desconociendo lo dispuesto en los artículos 15 y 29 de la Constitución, en concordancia con el artículo 239 de la Ley 600 de 2000 y 185 del C.P.C.

8.4. La Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 25 de marzo de 2012, actuando en condición de juez de tutela de primera instancia, rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada, señalando que por tratarse de un defecto fáctico, la valoración del juez de tutela se restringe en la medida en que se cuestiona una apreciación probatoria efectuada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante providencia del 26 de septiembre de 2012, confirmó la decisión.

8.5. En el presente caso, se planteó como problema jurídico determinar si se estructuró un defecto fáctico que pueda traer como consecuencia la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad (Art. 15 C.P.), al debido proceso (Art. 29 C.P.) y al acceso a la administración de justicia (Art. 229 C.P.) del accionante, en el trámite del proceso que cursó en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial que valoró como parte de la actividad probatoria, pruebas trasladadas consistentes en comunicaciones telefónicas conocidas por la Procuraduría General de la Nación en desarrollo de un proceso disciplinario, mediante actividad de policía judicial.

8.6. La Sala Plena de la Corte Constitucional constató que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no incurrió en el defecto fáctico alegado por el accionante, ya que concurrieron en la actividad de ordenación, recaudo y valoración, otros y muy diversos elementos probatorios, que contaban con la suficiente entidad para la adopción de la decisión objeto de censura, tales como certificaciones, testimonios, notas diplomáticas e indagatorias, todas recaudadas en el curso del proceso penal, independientemente de la “noticia criminis” reportada por la Procuraduría General de la Nación.

8.7. La Corte Constitucional determinó que dichas pruebas son autónomas respecto de la actividad de policía judicial desarrollada que dio lugar al recaudo, como hallazgo casual, de varias conversaciones telefónicas, en las que se acordó expedir una certificación laboral apócrifa para tramitar una visa en la Embajada de los Estados Unidos y, que aun en el evento de que la “*noticia criminis*” hubiese adolecido del defecto alegado por el tutelante, los otros medios de convicción apreciados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia eran suficientes para valorar los hechos endilgados, lo cual impone necesariamente la desestimación del defecto fáctico alegado por el accionante.

8.8. Con base en lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional revocó la decisión judicial adoptada el 26 de septiembre de 2012 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que a su vez confirmó la providencia judicial emitida el 25 de marzo de 2012, por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, negó el amparo de los derechos fundamentales a la intimidad, al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, invocados por el accionante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.-Levantar la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2012 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que confirmó la decisión proferida el 25 de marzo de 2012 por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Miguel Ángel Durán Gelvis Contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

TERCERO.- NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la intimidad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia invocados por el accionante Miguel Ángel Durán Gelvis, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO GOMÉZ
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO
Magistrado(e)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Impedimento aceptado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
Impedimento aceptado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIAN
Secretaria General (e)