



Nuevo Derecho

ISSN: 2011-4540

nuevo.derecho@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Colombia

Velásquez Arango, Eliseo Antonio; Otálvaro Ochoa, Piedad Cecilia; Londoño Grajales,
Natalia Andrea

El derecho disciplinario frente a la interceptación de comunicaciones en Colombia

Nuevo Derecho, vol. 6, núm. 8, enero-junio, 2011, pp. 85-102

Institución Universitaria de Envigado

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669770718001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El derecho disciplinario frente a la interceptación de comunicaciones en Colombia*

*Eliseo Antonio Velásquez Arango
Piedad Cecilia Otálvaro Ochoa
Natalia Andrea Londoño Grajales*

Resumen. En el marco del proceso disciplinario existen una serie de disposiciones en las que se determinan las acciones y sanciones a que da lugar la interceptación ilegal de comunicaciones telefónicas, las cuales no sólo basta con identificar, sino también requieren de un análisis específico de casos como el tráfico de influencias, el conflicto de intereses, la indebida participación en política de funcionarios públicos, la corrupción, la falsedad material en documento público, las nóminas paralelas, la nulidad de las interceptaciones ilícitas, el control de garantías a posteriori, entre otros casos. En vista de ello, se busca en este artículo definir cuándo se configura la responsabilidad disciplinaria por la interceptación de comunicaciones en Colombia a partir de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional.

Palabras clave: Interceptación de comunicaciones, derecho a la intimidad, responsabilidad disciplinaria, interceptación ilegal.

Abstract. As part of the disciplinary process there are a number of provisions in determining the actions and sanctions that result from the illegal interception of telephone communications, which not only enough to identify, but also require a specific analysis of cases as influence peddling, conflict of interest, undue political involvement by public officials, corruption, material misrepresentation in a public document, payroll parallel, the invalidity of illegal interceptions, the subsequent control of securities, including cases. In view of this, this article seeks to define when you set the disciplinary responsibility for the interception of communications in Colombia from the provisions of national law.

Keywords: Interception of communications, right to privacy, disciplinary, illegal interception.

Introducción

Las constituciones políticas reconocen generalmente, en su parte dogmática, el secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental de aplicación inmediata y exigible judicialmente. Las disposiciones que regulan tal derecho, garantizan al ciudadano la libertad para despojar del conocimiento ajeno las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas en las que él inter- venga.

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

Es así como en ciertos casos y bajo determinadas condiciones resulta legítima y

* Trabajo de Investigación desarrollado en el Diplomado de Derecho Disciplinario ofrecido por la Institución Universitaria de Envigado. Asesorado por el docente investigador Jorge Eduardo Vásquez Santamaría. Correos: eliseoavelasquez@yahoo.com; piedadotalvaro@hotmail.com; natilogra22@hotmail.com

válida la afectación del secreto de las comunicaciones, a través de una injerencia estatal sobre la libertad, con el fin de obtener por esta vía, pruebas que permitan demostrar la materialidad de un hecho delictivo, e identificar o descubrir sus autores y partícipes. Al respecto, el artículo 14 de la Ley 906 de 2004 estipula que sólo en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos, podrá realizarse la búsqueda selectiva en bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.

En este supuesto, se sacrifica y afecta en forma temporal el mencionado derecho, en aras de satisfacer el interés público que existe en torno a la investigación de los delitos y la sanción a los responsables, como otra manera de preservar los derechos y libertades fundamentales, con lo cual el Estado cumple de igual manera un deber de garantía.

Bajo esta perspectiva, la Constitución Política y las Leyes Procesales suelen permitir la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, a través de interceptaciones telefónicas cuya legitimidad y validez probatoria deriva de la existencia de determinados requisitos y presupuestos, que para el efecto se consideran estándares mínimos. Los requisitos generales para que proceda la intervención telefónica son los siguientes:

1. Que exista una ley interna que permita a la autoridad pública adoptar la medida de interceptación que implica una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad.
2. Que se autorice a través de Resolución Judicial, ya que la autoridad Judicial es la única investida constitucionalmente para interferir el derecho al secreto de

las comunicaciones, en el marco de la investigación penal o disciplinaria.

3. Motivación suficiente de la resolución judicial que adopte la medida, esto es, explicación razonable y razonada que justifiquen en el evento concreto el sacrificio del derecho. La motivación debe fundarse en la existencia de indicios de la comisión del delito, más allá de las sospechas o conjeturas (Justificación Fáctica), y en la debida ponderación del caso, a la luz del Principio de proporcionalidad (Juicio Jurídico), lo que comprende sólo las medidas que persigan un fin constitucionalmente legítimo, y resulten además necesarias, en cuanto no pueda acudir a otro medio de investigación de menor incidencia para los derechos y libertades individuales; y proporcionales en sentido estricto, pues la restricción del derecho puede acordarse únicamente cuando se trate de investigar delitos graves, aspectos que más adelante serán explicados en detalle. A la luz de la doctrina Constitucional queda claro que la motivación resulta esencial, pues representa el vehículo que permite conocer las razones de la decisión judicial, y brinda la posibilidad, por tanto, de ejercer cabalmente el derecho de contradicción frente a la misma, como garantía de los sujetos investigados.
4. Existencia previa de un procedimiento de investigación penal y finalidad exclusivamente probatoria de las intervenciones que han de encaminarse a establecer la existencia del delito y el descubrimiento de las personas que puedan ser responsables del mismo. Con lo anterior, quedan proscritas las escuchas prospectivas o predelictivas, y de ahí que se exija, para la práctica de esta diligencia reservada, la existencia

de un procedimiento en cualquiera de las modalidades que las leyes arbitran.

5. Exclusividad y concreción del hecho delictivo que se investiga, pues no resulta admisible decretar una intervención telefónica para descubrir indiscriminadamente la existencia de hechos delictivos.
6. Afectación de la medida tan solo a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean titulares de los mismos o usuarios habituales.
7. Limitación temporal de la medida de interceptación, que no podrá aplicarse en forma indefinida o excesiva.
8. Control judicial previo, concomitante y posterior de la actividad que desarrolla la policía judicial con respecto a la interceptación, y entrega de los originales íntegros de las grabaciones al juez que autorizó la medida (Durán, 1999, p. 957 ss).

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

- a) Entrega íntegra que ha de realizar la policía judicial a la autoridad de los soportes originales donde se hayan recogido las conversaciones detectadas.
- b) Ofrecer a las partes la posibilidad de intervenir en la audición y selección de las grabaciones con relevancia probatoria, que van a ser utilizadas como medio de prueba en el Juicio Oral. De esta manera se garantizan los principios de publicidad, contradicción e inmediatez de la prueba preconstituida.
- c) En caso de duda sobre la identidad de las personas intervinientes en las conversaciones detectadas, resulta necesario

ordenar la práctica de pruebas periciales u otras idóneas para completar el efecto probatorio del resultado de los escuchas (Durán, 1999, p. 961).

De acuerdo con el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, al Estado le corresponde respetar y velar porque no se vulnere el derecho a la intimidad personal y familiar. Dicha norma consagra que la correspondencia y demás formas de comunicación son inviolables, y que sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

De ahí que el artículo 192 del Código Penal establezca que quien ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

A su vez, el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal sostiene que 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. 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.

Se tiene pues que una de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, es la de

ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad. El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden. En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

Toda esta situación, en particular, ha hecho, por ejemplo, que en la actualidad, cuando están comenzando a salir a la luz pública a través de los medios los famosos casos de las “chuzadas del DAS”, quede en tela de juicio el control de garantías que se realiza a posteriori de las interceptaciones de comunicaciones; y si bien el Departamento Administrativo de Seguridad das, es un órgano competente para realizar este tipo de interceptaciones, debido a la ausencia de un control de garantías previo, diversos personajes de la vida política y judicial del país, entre ellos magistrados, ministros, senadores, opositores, a los que hay que sumar periodistas, miembros de ONG’s, personajes públicos, entre otros, han sido víctimas de atentados contra su intimidad al ser interceptados ilegalmente con fines netamente maliciosos, mafiosos, políticos, etc.

Precisamente, quienes adelantaban dichas interceptaciones ilegales no sólo se han visto sometidos a procesos de carácter

penal llevados por la Corte Suprema de Justicia, sino también a acciones disciplinarias ejercidas por la Procuraduría General de la Nación, dándose paso a sanciones como inhabilidades y destituciones para el ejercicio de cargos públicos, situación que sigue haciendo parte de la cotidianidad jurídica tanto del derecho penal como disciplinario en Colombia.

La Constitución Política de Colombia de 1991, en el artículo 15 - numeral 3, declara que “la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo podrán ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”.

La práctica de la interceptación de comunicaciones telefónicas en el decurso del proceso disciplinario, al igual que todas las diligencias reservadas, se rige por las normas que al efecto prevé el Código de Procedimiento Penal a la luz del artículo 130 numeral 3 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) que indica: “los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”.

Ahora bien, las diligencias investigativas que implican restricción de derechos fundamentales del investigado, como la intervención de comunicaciones telefónicas, están reguladas en el Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia, tales normas se aplican por integración al proceso disciplinario, de acuerdo con la disposición legal antes mencionada.

Según lo dicho, aquí lo se busca es responder el siguiente interrogante: ¿cuándo se configura la responsabilidad disciplinaria por la interceptación de comunicaciones en Colombia a partir de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional?

Para ello, en este artículo se propone además, describir los elementos jurídicos que configuran la interceptación de comunicaciones; determinar a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional los fundamentos por medio de los cuales se autoriza la interceptación de comunicaciones sin que se configure responsabilidad disciplinaria de los competentes; y estimar la actuación de la Procuraduría General de la Nación como autoridad competente en materia disciplinaria frente a interceptaciones de comunicaciones realizadas recientemente en Colombia.

En virtud de este debate surge esta investigación, en la cual se busca poner en evidencia una lectura jurídica del asunto desde el ámbito disciplinario, por lo que se hace necesario no sólo vislumbrar el marco sancionatorio disciplinario aplicable a aquellos funcionarios que, de manera ilícita e ilegal, interceptan comunicaciones en Colombia, sino también establecer las condiciones de legalidad que debe comportar la interceptación misma de comunicaciones.

El presente artículo se desarrolla de acuerdo a un interés investigativo de naturaleza cualitativa, el cual facilita la investigación social en la medida en que puede adaptarse a lo que se descubre mientras se recogen los datos, puede implicar la fusión de diferentes metodologías; la información se recolectó a través de un proceso de fichaje que permitió la identificación de la bibliografía y contenidos atinentes al tema.

Es de gran interés esta problemática, no sólo por el reto académico e investigativo que demanda, sino también por lo novedoso del tema, ya que si bien desde la perspectiva penal se ha analizado en demasía el asunto de la interceptación de comunicaciones, no ha ocurrido lo mismo desde el ámbito disciplinario, donde la ley es clara y concreta, pero aún así el análisis hermenéu-

tico se ha quedado apenas en una lectura exegética de la norma.

Desde la perspectiva del derecho disciplinario, se busca analizar el proceso disciplinario en la interceptación ilegal de comunicaciones telefónicas en Colombia, bajo un enfoque hermenéutico de interpretación de la doctrina y la legislación, con su respectivo sustento en la jurisprudencia colombiana y en los diferentes tratados internacionales en materia constitucional y disciplinaria. En este orden de ideas, se entiende que el enfoque hermenéutico es aquel proceso que tiene como característica propia interpretar y comprender para develar los motivos del actuar humano. El enfoque hermenéutico, por tanto, proporciona un margen amplio de interpretación, no sólo de la norma y la posición doctrinal asumida por diferentes autores, sino también del fenómeno mismo de la interceptación de comunicaciones, tema bastante escuchado hoy en día por causa de las denominadas “chuzadas del DAS” y que, por ende, requiere de una apreciación crítica y reflexiva tanto de la norma como de la misma jurisprudencia.

De esta manera, en el presente artículo, se parte en principio del derecho a la intimidad, al ser éste el derecho de mayor vulneración frente a las interceptaciones ilegales de comunicaciones, lo que hace necesaria la conceptualización de dicho derecho, así como su contextualización doctrinal y jurisprudencial.

El derecho a la intimidad

Respecto a este derecho, conviene tener en cuenta lo preceptuado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12, el cual ordena “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 de 1991, al respecto del derecho a la intimidad, establece lo siguiente:

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. 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.

Como puede verse, este artículo comprende varios aspectos importantes a tener en cuenta. En primer término, se establece la protección a la intimidad de los seres humanos y de la familia, así como al buen nombre, por lo que se establece el derecho a la protección por parte del Estado y de los particulares a la intimidad y al buen nombre y el deber de respeto para estos derechos.

Se crea la reserva de la correspondencia y la posibilidad de que exista reserva sobre las relaciones familiares, de amistad, de amor, sobre la economía familiar, sobre la información relacionada con la salud de las personas, entre otras, siempre y cuando no se atente contra el interés general de la sociedad. Esto quiere decir que si, por ejemplo, un padre está atentando contra los derechos de su hijo no puede alegar el derecho a la intimidad para evitar el control del Estado sobre sus actos.

Adicionalmente este artículo hace referencia al denominado *Habeas Data* o dere-

cho al adecuado manejo de la información que sobre las personas se posea en bancos de datos o archivos de cualquier naturaleza. Como excepción a este adecuado manejo y reserva de información debemos entender que en los casos tributarios, judiciales o de control y vigilancia que el Estado ejerce sobre determinadas actividades se puede exigir la presentación de información que se maneja en forma privada como en el caso de los libros de contabilidad que las personas deben llevar cuando así lo señala la ley.

En este mismo sentido, encontramos en el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 14, un concepto bien semejante al constitucional:

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. 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.

Como puede verse, la intimidad es un derecho general, absoluto en un principio, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y se puede hacer valer "*erga omnes*", vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estará viciado de nulidad absoluta.

La interceptación de comunicaciones

De acuerdo con Farfán Molina, las constituciones políticas reconocen generalmente en su parte dogmática el secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental de aplicación inmediata y exigible judicialmente (2008, p. 25). Las disposiciones que regulan tal derecho, garantizan al ciudadano la libertad para sustraer del conocimiento ajeno las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas en que intervenga.

Sin embargo, como todo derecho subjetivo, “el secreto de las comunicaciones no posee carácter absoluto, y puede por tanto estar sujeto a límites jurídicos que el mismo Constituyente o el Legislador establecen con miras a lograr la armonización del mismo con otros derechos o libertades, o la preservación de intereses igualmente significativos para el normal funcionamiento del Estado Democrático” (De Otto, 1987).

Es así como en ciertos casos y bajo determinadas condiciones resulta legítima y válida la afectación del Secreto de las Comunicaciones, a través de una injerencia Estatal sobre la Libertad, con el fin de obtener por esta vía pruebas que permitan demostrar la materialidad de un hecho delictivo, e identificar o descubrir sus autores y partícipes. De acuerdo con lo dicho, se sacrifica y afecta en forma temporal el mencionado derecho, en procura de satisfacer el interés público que existe en torno a la investigación de los delitos y la sanción a los responsables, como otra manera de preservar los derechos y libertades fundamentales, con lo cual el Estado cumple de igual manera un deber de garantía.

Bajo esta perspectiva, las Constituciones Políticas y las Leyes Procesales suelen permitir la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, a través de interceptaciones telefónicas cuya legitimidad y

validez probatoria deriva de la existencia de determinados requisitos y presupuestos, que para el efecto se consideran estándares mínimos, ya mencionados en la introducción de este texto.

Además, vale la pena aclarar que únicamente es posible interceptar, para efectos investigativos, comunicaciones telefónicas, radiofónicas o cualquiera otra que utilicen el espectro electromagnético, a través de cualquier medio tecnológico que permita captar la conversación a distancia entre el emisor y el receptor que utilizan la vía electromagnética. Se excluye entonces la posibilidad de llevar a cabo el “espionaje acústico”, es decir, la captación de conversaciones entre presentes, a través de escuchas o micrófonos reinstalados en espacios que ampara el derecho a la intimidad, lo que representa una invasión demasiado intensa a los derechos fundamentales, que impide preservar el espacio inviolable donde ha de desarrollarse el libre desarrollo de la personalidad. De esta manera:

La interceptación de comunicaciones telefónicas, radiográficas y afines, muestra sustanciales diferencias con el rastreo del espectro electromagnético que se lleva a cabo en desarrollo de labores de inteligencia militar o policial, para obtener y captar informaciones, con la finalidad exclusiva de prevenir la comisión de delitos, y lograr por esta vía la preservación del orden público. Así mismo, es diferente al denominado ‘espionaje acústico’ como figura que permite a la policía judicial, en el decurso de las pesquisas, grabar conversaciones entre presentes, a través de engaños simples o cualificados, y utilizando para tal efecto dispositivos y tecnología que permiten los registros de voces. La idea de intervención telefónica implica captar y grabar, por medio de la tecnología adecuada, una conversación entre personas que establecen contacto verbal a distancia y no de las que se producen en un mismo ámbito temporo-espacial (Farfán, 2008, p. 47).

De igual forma, como diligencia de investigación que restringe el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la interceptación telefónica es un método que difiere de los registros y archivos que con-

servan las empresas operadoras de telefonía celular o de “buscapersonas” (beeper), con respecto a los mensajes de texto que un usuario transmite a los proveedores del servicio, y estos a su turno, al destinatario del respectivo mensaje.

El artículo 116, inciso 3, de la Constitución Política de Colombia: alcance y contenido

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

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

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

Cabe anotar que cuando se sostiene que el Fiscal General de la Nación está investido de facultades jurisdiccionales para la investi-

gación de los delitos, ello significa que tiene asignadas competencias constitucionales y legales para ordenar la práctica de pruebas y actuaciones que están sujetas a reserva judicial, tales como los allanamientos y registros domiciliarios, la interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, labores encubiertas, capturas etc., en las cuales se sacrifica un derecho fundamental, tras un juicio de ponderación que determina la prevalencia del interés público en la persecución y sanción de las conductas delictivas, interés que ha entrado en choque con los derechos que resultan finalmente afectados (intimidad, inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, entre otros).

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

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

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

En atención a que la Constitución Política colombiana condiciona el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de autoridades administrativas a la existencia de una ley (artículo 116, inciso 3) que la autorice en materias precisas, el Código Disciplinario Único de 1995 (Ley 200), disponía en su artículo 135 que el Procurador General de la Nación tendría atribuciones jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de policía judicial que la Constitución le confiere.

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

No cabe duda entonces, que las facultades jurisdiccionales del Procurador serán ejercidas en el marco de los procesos disciplinarios, como recurso valioso para la búsqueda, recaudo y aseguramiento de la prueba, cuando resulte indispensable que la policía judicial disciplinaria practique pruebas y diligencias sujetas por la Constitución o la ley a reserva judicial, es decir, las que implican afectación de los derechos fundamentales del investigado.

La ley 200 de 1995 otorgó a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación facultades para ejercer funciones de policía judicial en desarrollo de los procesos disciplinarios, cuando estas resultaren necesarias y conducentes, con lo cual, la titularidad de esta función no se encontraba legalmente circunscrita a una dependencia específica de la Procuraduría, aunque la Ley 201 del mismo año hiciera referencia a la

Dirección Nacional de Investigaciones Especiales como la unidad que desarrollaba tales actividades, justamente porque su estructura fue creada para tales efectos.

Sin embargo, y de acuerdo a lo anterior, las facultades jurisdiccionales si estaban referidas única y exclusivamente a la figura del Procurador General, cuyas facultades y poderes para dictar las providencias que dispongan el aseguramiento de la prueba mediante diligencias restrictivas de derechos fundamentales, es por su esencia indelegable.

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

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

Con respecto a las funciones jurisdiccionales para el ejercicio de las atribuciones de policía judicial, el artículo 148, numeral 3, de la Ley 734 de 2002, se las confiere al Procurador General, en los mismos términos y condiciones en que aparecía regulado el tema en la Ley 200 de 1995; es decir, como

facultad indelegable que le habilita para decretar y ordenar a la policía judicial disciplinaria la práctica de medios probatorios que comporten afectación de libertades a través de providencias destinadas al cumplimiento de los fines del proceso disciplinario.

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

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

En otras palabras, todas aquellas diligencias de carácter reservado que puedan atentar contra los derechos fundamentales

de los ciudadanos, y en especial su derecho a la intimidad (allanamiento, registro, retención de correspondencia postal o telegráfica, interceptación de comunicaciones, seguimiento pasivo y labores encubiertas) que se lleven a cabo en el marco del proceso disciplinario, y en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales concedidas al Procurador General de la Nación para el aseguramiento y práctica de pruebas, deberán ser ordenadas y decretadas expresamente y de manera exclusiva por el jefe del Ministerio Público, ya que requieren orden judicial expresa para su realización, y es una competencia indelegable.

Corte Constitucional y del Consejo de Estado: respaldo a la facultad del Procurador para decretar interceptaciones telefónicas en el proceso disciplinario

La atribuciones jurisdiccionales concedidas al Procurador General en la Ley 200 de 1995, artículo 135, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-244 del 30 de 1996. Sobre el particular sostuvo la Corte que para el aseguramiento de las pruebas en procesos disciplinarios se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, siendo indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación (artículo 135 de la ley 200 de 1995), funciones jurisdiccionales en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del estatuto superior que prescribe lo siguiente:

Excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar

delitos; requisitos que se cumplen en el caso que se examina, pues la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria. (...) Es importante advertir al Procurador General de la Nación y a los demás funcionarios de esta entidad que en ejercicio de las funciones a que alude la norma demandada deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, haciendo uso de las funciones de policía judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios, para asegurar o practicar las pruebas. La arbitrariedad y el mal uso, por parte de tales funcionarios, de dichas atribuciones, les acarrearán las sanciones penales y disciplinarias establecidas para estos casos.

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

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por ejemplo, ha considerado igualmente que las facultades jurisdiccionales del Procurador General guardan pleno fundamento constitucional. Frente a una queja donde se aducía supues-

ta arbitrariedad del Procurador e infracción del derecho fundamental a la intimidad por ordenar la interceptación de abonados telefónicos en el marco de una indagación disciplinaria, el Consejo de Estado, al disponer el archivo del asunto, señaló mediante providencia del 29 de abril de 2005:

En materia disciplinaria, el artículo 148 de la Ley 734 asignó a la Procuraduría General de la Nación atribuciones de policía judicial. Esta norma corresponde exactamente al mismo texto del artículo 135 de la Ley 200 de 1995, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C- 244 de 1996 (...) Al contar la Procuraduría con atribuciones de policía judicial que le permiten, entre otras medidas, disponer la interceptación de llamadas, y al no observarse con las pruebas allegadas que en los casos en los que se ordenó se hubiera incurrido en arbitrariedad o mal uso de la información recolectada como consecuencia de la interceptación de líneas telefónicas las que, por lo demás, fueron autorizadas por el Procurador General de la Nación y ordenadas dentro de indagaciones preliminares adelantadas por violación al régimen contractual, con el fin de asegurar y practicar pruebas, no se vislumbra la ocurrencia de ningún hecho sancionable disciplinariamente.

Así mismo, por demanda ante la Corte Constitucional del artículo 148, inciso final de la Ley 734 de 2002, en el que se confieren facultades jurisdiccionales al Procurador General de la Nación, para el aseguramiento y práctica de pruebas, en el contexto de los procesos disciplinarios que tramita la entidad (Expediente No. D-5692).

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

Según la Corte, la demandante estima que el inciso final del artículo 148 de la Ley 734 de 2002 es contrario a la Constitución porque le otorga facultades jurisdiccionales a un ente (la Procuraduría General de la Na-

ción) que no es una autoridad administrativa ni hace parte del poder judicial y, además, le permite al órgano de control practicar pruebas que, de conformidad con distintos preceptos constitucionales, tienen reserva judicial, tales como la interceptación de comunicaciones, los registros y allanamientos, al igual que emitir órdenes de carácter judicial para que se reduzca a prisión o arresto a los sujetos investigados disciplinariamente.

La mayoría de los intervinientes solicitaron a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia C-244 de 1996, mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 135 de la Ley 200 de 1995, disposición que tenía un contenido normativo muy parecido al enunciado demandado en esta oportunidad. Por esa razón, antes de abordar el examen de constitucionalidad del inciso tercero de la Ley 734 de 2002, estimó la Corte que debía pronunciarse sobre la existencia de cosa juzgada material, y la pertinencia y oportunidad de los cargos formulados por la demandante.

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

Una de estas modalidades es la cosa juzgada material, cuyo alcance ha intentado precisar la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas oportunidades. Así se ha sostenido que esta figura tiene lugar cuando la norma acusada tiene un contenido normativo idéntico al de otra disposición sobre la cual esta Corporación previamente emanó una decisión, razón por la cual los argumentos jurídicos, que sirvieron de fun-

damento para declarar la constitucionalidad de este, serían totalmente aplicables a aquella y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior.

Sin embargo, en otras oportunidades la Corte Constitucional ha rechazado que esta figura se predique de preceptos idénticos a otros previamente encontrados constitucionales, puesto que ha vinculado los efectos de la cosa juzgada material a la declaración de inexequibilidad. Así, por ejemplo, en sentencia C-228 de 2002 sostuvo:

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

1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexequible.
2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexequible. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el Contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.
3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la "reproducción" haya sido declarado inconstitucional por "razones de fondo", lo cual significa que la *ratio decidendi* de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma.
4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad. Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental.

Así las cosas, puede decirse que la jurisprudencia constitucional siempre ha sido constante en vincular la cosa juzgada material al concepto de precedente, específicamente con la obligación en cabeza del juez cons-

titucional de ser consistente con sus decisiones previas, deber que no deriva sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica, pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles —sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez, (...). Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones.

Ahora bien, de acuerdo con la Sentencia C-1121 de 2005, la cosa juzgada material no puede ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues de lo contrario podría provocar inaceptables injusticias. Por lo tanto, cuando existan razones de peso que motiven un cambio jurisprudencial (como por ejemplo un nuevo contexto fáctico o normativo), la Corte Constitucional puede apartarse de los argumentos esgrimidos en decisiones previas e incluso también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior, pero por razones adicionales o heterogéneas.

Esto lleva a que el juez constitucional deba evaluar en cada caso con tacto las disposiciones demandadas en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad. En ese sentido, si una nueva ley reproduce enunciados o contenidos normativos ya estudiados por esta Corporación y es acusada, no podrá acudirse de manera automática a los efectos de la figura de la cosa juzgada material para resolver los cargos formulados. Como antes se dijo, la constitucionalidad de una disposición no depende solamente de su tenor literal, sino también del contexto jurídico en el cual se inserta, al igual que de las circunstancias fácticas que rodean la aplicación de la norma. En conclusión, siguiendo a la Sentencia C-1121 de 2005,

la identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro re-

producido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material. Por las anteriores razones, en el caso concreto, esta Corporación debe abordar el estudio del precedente constitucional sentado en la Sentencia C-244 de 1996 y de los motivos que llevaron a declarar exequible el artículo 135 de la Ley 200 de 1995 para decidir si conservan su vigencia frente a la nueva disposición demandada, análisis que se hará en un acápite posterior de esta decisión. Luego la Corte reitera la Jurisprudencia en relación con los demás cargos planteados en la demanda, indicando que la Corporación se había pronunciado sobre una disposición de la Ley 200 de 1995 que tenía un contenido normativo idéntico al inciso actualmente objeto de estudio.

En efecto, en la Sentencia C-244 de 1996, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 135 del anterior Código Disciplinario, cuyo tenor era el siguiente:

Artículo 135. Funciones Jurisdiccionales del Procurador General de la Nación. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, para efectos del ejercicio de las funciones de policía judicial establecido en el inciso final del artículo 277 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria que adelanten los funcionarios competentes de la Procuraduría General de la Nación.

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

En la sentencia C-224 de 1996 la Corte Constitucional examinó si la disposición acusada era contraria a los artículos 113, 116 y 117 de la Constitución, en tanto sostuvo el demandante, en aquella oportunidad, que la atribución de funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación, rebasaba el ámbito de las facultades de policía

judicial, ya que este órgano de control no hacía parte de la rama judicial del poder público ni era en *strictu sensu* una autoridad administrativa a la cual se le pudieran conferir funciones jurisdiccionales de conformidad con el inciso tercero del artículo 116 constitucional; es decir, los cargos eran idénticos a los examinados en esta ocasión. En consecuencia, se pasará a estudiar las razones esgrimidas por esta Corporación, en la oportunidad anterior, para declarar la disposición acusada ajustada a la Constitución.

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

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

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

Es evidente, entonces, que la cosa juzgada impedía en el presente caso pronunciarse nuevamente sobre el fondo de un asunto

que fue definido, en su momento, a través de la sentencia C-244 de 1996, máxime cuando la estructura de la disposición demandada, en ese entonces, (artículo 135 de la Ley 200 de 1995) era idéntica —desde el punto de vista sustancial y material— a la muestra, a saber, la norma que reconoce y confiere facultades jurisdiccionales al Procurador General en la Ley 734 de 2002 (artículo 48, inciso final).

La decisión, bajo la anterior perspectiva, se torna razonable, ya que la cosa juzgada descarta que pueda estudiarse nuevamente un asunto ya estudiado y resuelto de fondo por la Corte Constitucional, en el ejercicio de su función de control constitucional, porque sus pronunciamientos tienen fuerza vinculante frente a todas las autoridades, incluida la misma Corte.

La interceptación de comunicaciones y el derecho disciplinario

En el marco del derecho disciplinario, y con el objeto de lograr el aseguramiento y práctica de pruebas,

El Procurador General de la Nación ostenta facultades para ordenar la interceptaciones de comunicaciones telefónicas y similares, como diligencia sometida a reserva, motivada en forma escrita, a través de un juicio fáctico y jurídico, en el que se indiquen las razones que justifican la restricción del derecho fundamental al secreto de la comunicación para el caso concreto, y porque debe ceder ante la prevalencia de intereses sociales que procuran materializarse en desarrollo del proceso disciplinario (Farfán, 2008, p. 47).

En tal sentido, sólo el Procurador General tiene atribuida la facultad delegable para decretar la interceptación de comunicaciones telefónicas, radiofónicas o similares que utilicen el espectro electromagnético, en tanto únicamente él ostenta facultades jurisdiccionales para tales efectos. Para la práctica de la diligencia, el Jefe del Ministerio Público comisiona, por lo general, a la Dirección Nacional de Investigaciones Es-

peciales, como policía judicial disciplinaria que posee la infraestructura logística y recursos técnicos y humanos necesarios para llevar a cabo tal actividad investigativa. En este orden de ideas, cualquier Procuraduría delegada con funciones disciplinarias, o del nivel territorial que requiera una prueba de esta índole, en desarrollo de una investigación, no posee facultades para decretarla en forma directa, por carecer de facultades de policía judicial y de facultades jurisdiccionales para ordenar medios de prueba que impliquen limitación de derechos fundamentales. Por tal motivo, deberán presentar la respectiva solicitud al despacho del Procurador General de la Nación, a fin de que se estudie la viabilidad de la medida.

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

Tal figura delictiva se orienta a la tutela de la eficaz y recta administración de justicia, y se configura en este evento, cuando el operador técnico omite el cumplimiento

de la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas emitida por el Procurador General, en ejercicio de facultades jurisdiccionales. La resolución que emite el jefe del Ministerio Público para tales efectos, como ya se ha indicado, tiene carácter de resolución judicial, y el incumplimiento de la misma afecta e interfiere la aducción de medios de pruebas en los procesos que se adelantan contra servidores públicos y la vigilancia de la conducta superior que la Constitución encomienda al Procurador General con respecto a los mismos, lo que ha sido considerado por la corte constitucional como una actividad material de Justicia disciplinaria.

La problemática del control de garantías en la interceptación de comunicaciones

De conformidad con el artículo 235 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), una de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, es la de ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad. El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden. En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

El problema con todo ello es que el control de garantías de dicha interceptación sólo se realiza *a posteriori*, esto es, luego de haberse interceptado la comunicación; en otras palabras, la interceptación de comunicaciones y similares es una diligencia que se realiza bajo el poder absoluto y discrecional de un fiscal, el cual, si bien debe dejar por escrito la descripción e intencionalidad del procedimiento, sólo 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 (artículo 234 del C.P.P.).

De acuerdo con Guerrero Peralta (2006), las diversas definiciones sobre el concepto de “garantía”, tienen como común denominador el factor de protección constitucional y legal frente al poder estatal. Incluso, toda la normatividad establecida para adelantar el proceso consta igualmente como un factor de protección frente a la posible arbitrariedad del Estado. En consecuencia, de la aplicación de tales nociones al proceso penal se concluye inevitablemente que el modelo establecido para el ejercicio de la actividad punitiva se ha de concebir como un sistema que marca límites a la actuación estatal en el ejercicio de la investigación y el juzgamiento penal. La propia Constitución colombiana contiene un sistema de garantías proyectado sobre el proceso penal en un doble sentido: por una parte, el proceso penal es derecho constitucional aplicado; por otra, el sistema de garantías adquiere refuerzo a través de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.

Precisamente, ese control posterior de garantías, ha dado lugar a que hechos como las denominadas “chuzadas del DAS” apenas estén saliendo a la luz pública, ya que los funcionarios de esta entidad de seguridad estatal interceptaron comunicaciones, sin necesidad de realizar los respectivos controles de garantías, ni mucho menos con los protocolos escritos necesarios para invocar la pertinencia de la interceptación.

Conclusiones

En todo proceso jurídico uno de los principales cometidos que se pretenden es la averiguación de la verdad, para lo cual, en ocasiones, resulta necesario el ordenamiento de diligencias y pruebas cuya ejecución exige la restricción de algunos derechos fundamentales; precisamente, con el fin de reunir las pruebas, se restringe el derecho a la intimidad a través de las interceptaciones legales de comunicaciones, figura de investigación de carácter probatorio que debe estar configurada a partir de unos elementos jurídicos, que tanto la ley penal procedimental como la ley disciplinaria exigen.

De acuerdo con lo observado en este artículo, los elementos configuradores de la interceptación de comunicaciones se fundan en una base de tipo constitucional y legal, esto es, la existencia de una ley interna, su autorización judicial, la motivación, la existencia de un procedimiento investigativo, la concreción del hecho delictivo que se investiga, la afectación sólo de las personas involucradas, la aplicación temporal de la medida y el control judicial. Si bien en Colombia todos estos requisitos y elementos jurídicos se cumplen en gran medida, en materia de control judicial éste se realiza sólo de manera posterior, lo que ha dado lugar a interceptaciones de comunicaciones de naturaleza ilegal, convirtiéndose esto en una clara violación contra derechos fundamentales como son la libertad

física, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros.

Ante estos hechos de ilegalidad las actuaciones de la justicia no se hacen esperar; la Corte Suprema de Justicia y el resto del aparato estatal judicial colombiano persiguen y castigan estos eventos de conformidad con las normas y procedimientos penales; por su parte, los funcionarios que incurrían en interceptaciones ilegales también se ven sometidos a procesos disciplinarios adelantados por parte de la Procuraduría, la cual ha impuesto sanciones disciplinarias severas consistentes, básicamente, en destituciones e inhabilidades generales hasta por quince años a aquellos servidores públicos que, de manera arbitraria y en el ejercicio de sus funciones, han interferido en el derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al efectuar interceptaciones sin control previo ni posterior, procedimiento que hace de este mecanismo una herramienta ilegal.

De igual manera, en los procesos disciplinarios es posible el uso de interceptaciones de comunicaciones, pues de conformidad con el artículo 130, núm. 3, del Código Único Disciplinario, los medios de prueba que no estén previstos en dicho código se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales. El problema que se observa aún en este código es que, si bien no existe una disposición especial para las interceptaciones, se faculta sólo a la Procuraduría para la ejecución de interceptaciones a través de la Ley 600 de 2000, mas no a través de la Ley 906 de 2004.

Si bien la Corte Constitucional ha debatido este asunto, su análisis se ha concentrado casi exclusivamente en el tema de los límites de los derechos fundamentales que, en especial, determinan los alcances y límites

de la interceptación y el tipo de afectación que puede producirse sobre los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

En resumen, en Colombia se configurará una responsabilidad disciplinaria por la interceptación de comunicaciones cuando el funcionario que las ejecute no someta su accionar a un control posterior dentro de los términos que contempla el Código de Procedimiento Penal en su artículo 237. Ante ello, urge en el país una modificación de dicho artículo, de tal manera que el control de garantías se ejecute *a priori* y no *a posteriori*. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los funcionarios públicos, a quienes por ley se les ha atribuido la función de ejecutar la interceptación de comunicaciones, sobre ellos pesa la presunción de la buena fe, aún cuando dicho principio, en algunos casos, resulta menoscabado en tanto la finalidad de la interceptación obedece a intereses diferentes a los de la estricta verdad.

Referencias

- Congreso de la República de Colombia. *Código Penal*. Ley 599 de 2000.
- . *Código Único Disciplinario*. Ley 734 de 2002.
- Correa, Magdalena (2003). *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- De Otto, Ignacio (1987). *Derecho constitucional*. Madrid: Ariel Derecho.
- Durán, Carlos (1999). *La prueba penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Farfán, Francisco (2008). *La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Guerrero, Oscar J (2000). *El control garantías como construcción de una función jurisdiccional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala

- Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".
- Montañés, Miguel A (1999). *La intervención de las comunicaciones*. Navarra: Aranzadi, 1999. 394 p.
- Morales, Ana L. y Salgar, Berta I (2005). *Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional del derecho a la información en colisión con el derecho a la intimidad*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- ONU (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General las Naciones Unidas. París.
- República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia de 1991*.
- Ronderos, Arturo. Una nueva propuesta en Colombia: el Sistema Penal Acusatorio. Disponible en: http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/Una_nueva_propuesta_en_Colombia_el_sistema_penal_acusatorio.doc
- Villadiego, Álvaro M (2009). *El método de ponderación en la colisión de derechos fundamentales: un estudio comparado para el caso derecho a la información vs derecho a la intimidad en Colombia y España*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Zuluaga, John E (2007). Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o "Sistema procesal penal acusatorio". Medellín: Eafit. Disponible en: <http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/D5E919D8-B640-4BF5-A69CDB66CD177B28/0/funci%C3%B3ndecontroldegarant%C3%ADasIII.doc>