

**LA VIGILANCIA DE COSAS Y SUS IMPLICACIONES RESPECTO DEL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS, EN EL MARCO DEL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA**

ROSA AURA PEÑA SIERRA

JAIRO IGNACIO ACOSTA ARISTIZÁBAL

MAESTRIA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

DERECHO

UIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

2015



**LA VIGILANCIA DE COSAS Y SUS IMPLICACIONES RESPECTO
DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS
PERSONAS, EN EL MARCO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
EN COLOMBIA¹.**

Rosa Aura Peña Sierra²

Universidad Militar Nueva Granada

Resumen

Este artículo plantea la efectividad de la vigilancia a las cosas como actividad investigativa a partir de la vigencia de la Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal), en aras de obtener elementos materiales probatorios, información o evidencia física importante en el desarrollo de la facultad constitucional dada a la Fiscalía General de la Nación de investigar los hechos de connotación delictual (bajo los criterios de seguridad jurídica propios de un Estado Social de Derecho) y como instrumento valioso en la lucha contra el crimen organizado. Por tanto, en este documento se analizan las bondades y dificultades que se dan en su aplicación, buscando contar con mayores razones que sustentan su existencia y la pertinencia de optar por la misma. Para ello se toman fuentes teóricas de diferentes autores y jurisprudenciales, a partir de la revisión de sentencias de la

¹ Artículo escrito como requisito para optar el título de Magíster en Procesal Penal, de la Universidad Militar Nueva Granada.

² Abogada. Especialista en Derecho Penal. Actualmente se desempeña como subdirectora de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana, seccional Magdalena. Líneas de investigación: Derecho Procesal Penal y Seguridad Ciudadana. E-mail: raps_2010@hotmail.com

Corte Constitucional, principalmente. Por último, se plantean varias conclusiones dentro de las cuales se resalta que la vigilancia de cosas puede ser un inicio importante en la búsqueda de la verdad y la obtención de elementos materiales probatorios en aquellos delitos que, por su estructura, exigen un esfuerzo investigativo adicional.

Palabras clave: Vigilancia de cosas, derecho fundamental de intimidad, investigación criminal, sistema penal acusatorio, crimen organizado, técnicas especiales de investigación, administración de justicia.

Abstract

This article discusses the effectiveness of monitoring things like research activity from the effective date of Law 906 of 2004 (Code of Criminal Procedure), in order to obtain material evidence, information or important physical evidence in the development of the constitutional power given to the Attorney General's Office to investigate the facts of tort connotation (under the criteria of legal certainty typical of a rule of law) and as a valuable tool in the fight against organized crime. Therefore, in this paper the advantages and difficulties encountered in implementation are discussed, seeking to have more reasons behind its existence and relevance of opting for the same. For this theoretical sources from different authors and case law, they are taken from the review of decisions of the Constitutional Court, mainly. Finally, conclusions within which it highlights things that monitoring can be an important start in the search for truth and obtaining material evidence in those crimes by their structure, require an additional research effort arise.

Keywords: Surveillance things, fundamental right of privacy, criminal investigation, adversarial criminal justice system, organized crime, special investigative techniques, administration of justice.

Introducción.

El presente artículo aborda la problemática de la vigilancia de cosas (Artículo 240 Código de Procedimiento Penal, CPP) y su aplicabilidad en el Sistema Penal Acusatorio en Colombia teniendo en cuenta la experiencia obtenida en desarrollo de las investigaciones que se adelantan por parte de los operadores de la justicia.

La vigilancia de cosas, actividad investigativa ordenada legalmente por el CPP, exige un alto grado de rigor procedimental, factor que ha conllevado a que ella se subutilice puesto que un bien está ligado a una persona a quien, por derecho constitucional, se le debe respetar su intimidad (artículo 15 Constitución Política de Colombia). Por tanto, la existencia de los diferentes controles para la efectividad de la vigilancia de cosas limita la viabilidad del Artículo 240 para buscar elementos materiales probatorios que lleven a la verdad, pues se considera que se requiere autorización legal que incluya, además de la vigilancia de la cosa, la vigilancia de la persona, cuando esta última no es viable, para ese momento, por no contar con la información y elementos materiales probatorios y requisitos que se requieren para obtener la autorización de una vigilancia de persona, dándose entonces que solo se pueda optar, inicialmente por la vigilancia de cosas.

El problema, precisamente nace de esa subutilización que se le está dando a esta actividad investigativa, cuando fiscales, jueces e incluso policía judicial, prefieren optar por no aplicar dicha herramienta por las dificultades que se dan al momento de obtener la autorización por parte de los jueces de garantías, quienes en cumplimiento de la ley se tornan negativos en sus decisiones a la aplicación de esta figura, los fiscales, en muchas ocasiones de manera superflua deciden no ordenar dicha actividad por que también consideran que dada la cercanía de la persona a la cosa y no poder tener autorización para

vigilarla a ésta junto con la cosa, esa actividad se tornaría ilegal ya que conllevaría una aparente vigilancia a la persona al momento de hacer seguimientos a la cosa en su desplazamiento, dejan de lado fundamentos legales y constitucionales que facultan a la fiscalía a adelantar las diferentes actividades en desarrollo del deber constitucional que tienen de investigar, aplicar la ley, acudir a las herramientas que con tal fin se han creado y que soportan jurídicamente su actuar, máxime cuando el interés general debe primar sobre el particular. Por tanto, este artículo busca hacer un llamado a los diferentes operadores de la administración de justicia para que acudan a todos los medios legales con que se cuentan al momento de adelantar las actividades investigativas.

Por los propósitos de la investigación resulta lógico señalar que se trata de una actividad pertinente porque con ella se busca concientizar a los operadores de la administración de justicia de la necesidad de aplicar y acudir a las diferentes herramientas investigativas que la ley ha creado para lograr el esclarecimiento de hechos que involucran organizaciones criminales con infraestructuras impenetrables y con alto poder de intimidación y desviación de las pesquisas. Ello obliga a obtener, de manera pronta y eficaz, elementos materiales probatorios que soporten una teoría del caso en un juicio trazado durante el proceso penal.

Cobra mayor importancia esta investigación si se profundiza sobre la trascendencia, utilidad y legalidad de las actividades investigativas, así como si se conocen aún más otros derechos fundamentales que se protegen también con la indagación penal frente a la sociedad y a las víctimas, como lo es el Debido Proceso. En este aspecto, es importante sopesar por qué algunos derechos fundamentales de las personas indiciadas dentro de la indagación penal –como por el ejemplo el Derecho a la Intimidad, en este caso– deben

ceder frente a otros derechos que, incluso, terminan siendo de índole general y que han sido afectados con un proceder injusto, ilegal y desproporcionado de algunas personas que han encaminado su conducta hacia el daño o afectación de sus conciudadanos.

Para ello, en el presente escrito se hace una referenciación conceptual y jurisprudencial en torno a la función de Policía Judicial y los derechos fundamentales de intimidad y debido proceso, y enseguida se analizan las implicaciones de uno y otro en el proceso penal y se describen planteamientos de varios autores que han reconocido dichos derechos como claves en la administración de justicia.

Por último se plantean conclusiones que hacen referencia a que lo dispuesto en el Artículo 240 precitado sigue cobrando su aplicabilidad pues, en ocasiones, debe acudir a esta clase de actividad como herramienta que va suministrando información útil a la averiguación al no contarse con mayor información de los hechos y sus presuntos responsables.

Del mismo modo, se observa que la efectiva aplicación de la vigilancia de cosas se relaciona con el tipo de delito que se está investigando y es muy útil en especial para conductas delictivas complejas, ocasionadas por verdaderas agencias criminales. Esta actividad debe estar mediada por la orden del fiscal y la autorización del juez de garantías, bajo el debido juicio de proporcionalidad y razonabilidad respecto a la garantía debida por el Estado cuando de derechos fundamentales se trata, respetando los principios de legalidad, especialidad y necesidad.

Antecedentes.

Desde el origen del hombre se ha visto cómo su proceder en algunos casos termina haciendo daño a otros. De ahí que haya surgido la necesidad de establecer normas de comportamiento, deberes, derechos y garantías para los ciudadanos. En el ámbito penal se han dispuesto normas y procedimientos a seguir ante la comisión de un hecho delictivo, y se han establecido sus consecuencias mediante la imposición de sanciones debidas a la infracción a dichas normas, entre otros.

En el caso colombiano, el país se ha constituido en un Estado Social de Derecho basado en el respeto de la dignidad humana y en la prevalencia del interés general, tal como lo establece el artículo primero de la Constitución Política. Un Estado que, entre otras funciones, debe asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Por ello, sus autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política, artículo 2).

De otro modo, la Carta Magna faculta, en su artículo 250, a la Fiscalía General de la Nación (FGN) –ente investigador y acusador de hechos delictivos que cuenta con el apoyo de organismos que ejercen funciones de policía judicial– para investigar y acusar a los infractores de la ley penal ante los jueces de conocimiento, garantizar la comparecencia de los presuntos infractores, dirigir y coordinar las funciones de policía judicial y velar por la protección de las víctimas y demás que establezca la ley.

En razón a lo anterior, en el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, CPP, (Ley 906 de 2004) se desarrolla esa norma constitucional al consagrar las atribuciones que

tiene la Fiscalía, entre las cuales figuran asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física con la garantía de su cadena de custodia. En consecuencia, deberá acudir a todos los medios investigativos que considere necesarios, como la vigilancia de cosas (en casos en que se torne indispensable, como los de narcotráfico o producción de explosivos, especialmente), cuidando al mismo tiempo la debida garantía del respeto de los derechos fundamentales tanto de las víctimas como de los presuntos responsables de la conducta delictiva.

Es muy importante tener en cuenta La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos , de la cual Colombia hace parte, se realizó en New York 2004, donde el Señor Secretario Kofi A Annan, en su prefacio trajo a colación la convención de Palermo realizada en el año del 2000, en la cual señala que la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial, señala dicho prefacio entre otras afirmaciones las siguientes “Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley”. Los estados se deben unir para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas. Afirma que hay un abismo entre lo civil y lo incivil, indicando que lo civil es la civilización, la tolerancia, el pluralismo, los grupos de ciudadanos, empresas, sindicatos, etc., por el contrario lo incivil se representa en los terroristas, los criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que atacan o acaban las buenas obras de la sociedad civil. Debe operar el imperio de la ley.

De igual manera Anan, hace los siguientes planteamientos: “La Declaración del Milenio, aprobada por los Jefes de Estado reunidos en las Naciones Unidas en septiembre de 2000, reafirmó los principios en que nos inspiramos y ha de servir para alentar a todos

los que luchan en pro del imperio de la ley”. En la Declaración se afirma que “los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia».

Dice que se niega ese derecho, cuando un niño es sometido a explotación, el padre que soborna para obtener medicina para su hija, la mujer condenada a una vida de prostitución forzosa.

La Convención señala que habrá de establecerse herramientas importantes e insta a todos los Estados parte para que se tomen las medidas en pro de lograr ese respeto por los derechos humanos y, entonces, establece, entre otras:

Técnicas especiales de investigación, vigilancia electrónica o de otra índole, operaciones encubierta. entrega vigilada, detección y vigilancia de los movimientos del producto del delito o de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados para cometer tales delitos.

Que debe haber un fin cual es investigar delitos e identificar personas involucradas, promover la cooperación – prevenir y combatir – la delincuencia organizada, indicando diferencias entre los grupos delictivos.

También insta a los Estados Parte para que hagan capacitación y asistencia técnica. Como capacitación a los funcionarios encargados de estas actividades investigativas (fiscales, jueces, investigadores, etc.) sobre los métodos y técnicas de investigación que se deben implementar.

Los estados parte deberán implementar todas las medidas tendientes a materializar las diferentes técnicas investigativas.

En consecuencia y dar cumplimiento a lo establecido por la Convención, La FGN, en desarrollo de esas funciones y dada la connotación que la actividad investigativa representa,

ha venido definiendo mediante actos administrativos los parámetros bajo los cuales se aplicarán algunas de las herramientas establecidas en la ley. En especial, para temas relacionados con el objeto de estudio del presente artículo, en la Resolución No. 02450 del 2006, “por medio de la cual se fijan parámetros de actuación para la realización de diligencias de entrega vigilada y/o controlada de que trata el artículo 243 de la Ley 906 de 2004”, dando desarrollo a lo establecido en los artículos 2º y 20º de la Convención de Viena, se establecen aquellos a tener en cuenta en este tipo de diligencias necesarias para combatir el crimen organizado transnacional.

De igual manera, mediante Resolución No. 06351 del 2008, el señor Fiscal General de la Nación fijó parámetros relacionados con actuaciones en las operaciones con agentes en cubiertos de que trata el Art. 242 del CPP, en aras de garantizar el cumplimiento material de los derechos fundamentales de los indiciados, imputados, terceros y de los propios funcionarios de la policía judicial.

Se observa, entonces, cómo el ente acusador también ha venido implementando mecanismos que permiten, en el desarrollo de sus funciones, hacer más eficaz, efectiva y eficiente la actividad investigativa, aprovechando del mismo modo los avances científicos y tecnológicos que, igualmente, son utilizados por la delincuencia.

Bajo este escenario y en atención a los principios constitucionales y fines de un estado Social de Derecho, que se enmarca bajo el respeto a la dignidad humana y donde deberá prevalecer el interés general sobre el particular, se tendrá entonces, que en desarrollo de la actividad investigativa, la libertad o la intimidad de una persona podrían ser limitadas, o es procedente su restricción bajo ciertos parámetros, cuando su comportamiento afecta o vulnera los derechos de otro. Ello ocurre, por ejemplo, ante la afectación de un bien

legalmente protegido de una persona o de la sociedad (víctima), pues se tiene el deber de su protección y el derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe del injusto (Artículo 11 C.P.P.), razón por la cual se deben adelantar las investigaciones a que haya lugar mediante el uso de las herramientas jurídicas procesales establecidas que conlleven a tal fin.

Por su parte, el artículo 15 constitucional señala como derecho fundamental la intimidad y el deber que tiene el Estado de respetarla y hacerla respetar, por lo cual, cuando la actividad investigativa implique afectación a derechos fundamentales, deberá mediar orden de Juez de Garantías. Así se ha referido la Corte Constitucional en sentencia C336 del 2007 frente a la búsqueda selectiva en base de datos, precisamente en desarrollo del deber de las autoridades de investigar los hechos y sus responsables, situación que igualmente ocurre tanto en la vigilancia de personas como de cosas.

Al respecto existen varios pronunciamientos judiciales, como se verá más adelante, que de la misma manera han concluido que el derecho a la intimidad no es absoluto y que, frente a investigaciones que se adelanten, existe el deber de suministrar la información requerida por ejemplo en las bases de datos –habeas data– y el deber de adelantar las actividades investigativas establecidas. Se puede colegir, entonces, que frente a un derecho de índole general, el particular debe ser ponderado, y en consecuencia procederse a la afectación legal del mismo para garantizar el respeto del derecho fundamental de índole general.

La vigilancia de cosas, el derecho fundamental de la intimidad y el proceso penal.

Para abordar la temática objeto de estudio es importante hacer una referencia a las funciones de la policía judicial en el Sistema Penal Acusatorio vigente en Colombia. Este ejercicio se hace tomando como referencia lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 200 (inciso final) que concibe la policía judicial como “la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal, dependiendo funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados”.

En este mismo sentido, se toma lo planteado por González Navarro (2009), que atribuye como finalidad de la policía judicial “investigar la comisión de delitos públicos ... bajo estricto control judicial” (p. 32). Aclara el mencionado autor que, en materia penal, el recaudo de las pruebas siempre debe ser coordinado y evaluado por un fiscal de la República, quien además será el encargado de velar porque durante su producción e incorporación al proceso se respeten las garantías fundamentales que asisten al indiciado (p. 30).

En la siguiente tabla se encuentran algunos elementos que encarnan la Función de Policía Judicial y su relación con las responsabilidades encomendadas a la Fiscalía General de la Nación, por la Constitución Política. **Tabla 1**

Límites y controles de la actividad de policía judicial.

Límites de la función de policía judicial	
Frente a la actividad investigativa: <ul style="list-style-type: none">• Respeto a la dignidad humana.• Respeto a la libertad personal.• Reconocimiento de la presunción de inocencia.• Respeto del derecho a la defensa.• Respeto del derecho a la intimidad.	Frente a la actividad investigativa: <ul style="list-style-type: none">• Objetividad.• Transparencia.• Ajustar la actuación a la Constitución y la ley.

Límites de la función de policía judicial

- Respeto a los bienes que tienen relación con la actividad judicial.
- Respeto a los intervinientes en el ejercicio de la investigación

Frente al rol y comportamiento del investigador:

- Necesidad.
- Ponderación.
- Legalidad.
- Corrección.

Responsabilidad y autoridad de la función de policía judicial:

- Órganos de policía judicial permanentes: Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General y miembros de la Policía Nacional (direcciones operativas).
- Órganos de policía judicial permanentes, de manera especial dentro de su competencia: Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, autoridades de tránsito, entidades que ejerzan funciones de vigilancia y control, INPEC, alcaldes, inspectores de policía.
- Entes públicos que cumplen funciones de policía judicial transitoria por resolución del Fiscal General de la Nación.

Frente a la orientación epistemológica de la actividad investigativa:

- Alcance jurídico: sustancia o instruye en casos de urgencia los sumarios.
- Alcance técnico-científico: recoge en el lugar del hecho y procura la obtención de todas las evidencias, indicios, huellas, rastros que posibiliten la reproducción conceptual de los acontecimientos motivo de la investigación.

Controles de la actividad investigativa:

- Control de los actos urgentes o de las órdenes entregadas en la planificación de la investigación por parte del Fiscal bajo un Programa Metodológico.
- Control anterior o posterior que cumple el juez de garantías sobre las actuaciones de la policía judicial o de la Fiscalía.
- Control del juez de segunda instancia por vía de apelación.

Fuente: elaboración propia, tomando como base a González Navarro (2009).

De los criterios encontrados en la Tabla 1 se puede decir que la actividad de policía judicial es un apoyo jurídico - técnico para la investigación penal, bajo la dependencia funcional y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, la existencia de controles jurídicos y, en todo momento, con sujeción a la Constitución y la ley.

Sin embargo, hay un aspecto que González destaca muy bien y es la ‘desformalización’ en la ejecución de la actividad investigativa, en especial la investigación de calle o de detectives. Sobre el particular refiere que existe una falencia en la “infraestructura normativa y operativa para integrar este segmento de la policía judicial” (p. 162).

Dentro de esas actividades que desarrolla la policía judicial, bajo la dirección del Fiscal, está precisamente la vigilancia de cosas, que se desarrolla en el Artículo 240 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, que se transcribe a la letra:

“la vigilancia de cosas es una actividad investigativa en la que el fiscal que dirija la investigación, que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar droga que produzca dependencia, elemento que sirva para el procesamiento de dicha droga, o para ocultar explosivos, armas, municiones, sustancias para producir explosivos y, en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución, ordenará a la policía judicial vigilar esos lugares y esas cosas, con el fin de conseguir información útil para la investigación que se adelanta. Si en el lapso máximo de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio idóneo, siempre y cuando no se afecte la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros.

En este último caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 239.

En todo caso se surtirá la autorización del juez de control de garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General”.

Autores como Arciniegas (2005) en el libro *Policía Judicial y Sistema Penal Acusatorio*, consideran que este tipo de vigilancia puede operar en dos modalidades. Una, de orden pasivo, cuando se trata de lugares (bienes inmuebles), pero también puede tener una connotación activa, cuando los bienes muebles se trasladan de un lugar a otro, como el caso de naves, aeronaves o vehículos. Esta última puede comportar, entonces, labores de seguimiento sobre ese tipo de bienes (p. 328).

Así mismo, González Monguí (2007), al referirse a la vigilancia de cosas como técnica de investigación, la describe como una actividad mediante la cual se mantiene bajo observación a cosas con el fin de obtener información y/o elementos materiales probatorios relacionados con una investigación. El seguimiento es la acción mediante la cual se controlan los desplazamientos de personas y elementos móviles, con el propósito de obtener información relacionada con actividades investigativas, verificar información procedente de otras fuentes y obtener elementos materiales probatorios para ser aportados en el proceso penal (p. 275).

Por su parte, el derecho a la intimidad es entendido, de manera general, como la facultad en cabeza de las personas para mantener en reserva los aspectos de su personalidad según considere, potestad que –en principio y por esencia– es inviolable. También se entiende que el derecho a la intimidad faculta a las personas para controlar cuándo y quién puede tener acceso o conocimiento de su vida particular.

Sobre este tema, es importante mencionar el concepto de Rodríguez (1984) en cuanto al derecho a la intimidad:

“esfera personal exclusiva jurídicamente reconocida y garantizada como derecho al ser humano, a fin de permitirle conducir una parte de su existencia de manera autónoma,

independiente y libre de injerencias externas indebidas, en relación con algunas de sus convicciones, decisiones o actividades o con sus relaciones particulares, vida familiar, reserva domiciliaria” (p. 400). Muy en la línea anterior, Quiroga (1992) plantea las características del citado derecho y su relación con la personalidad humana así:

“el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas. Es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos” (p. 36).

Por su parte, López Ortega J.J. (1996) relaciona el derecho a la intimidad y a la información cuando refiere que es “el derecho a la reserva, el poder de control sobre la información personal o la fijación de unos límites a la contaminación de las libertades provocadas por las nuevas tecnologías” (p. 288).

En este mismo sentido, Palomino (1999) considera que el derecho fundamental de la intimidad es el “derecho de toda persona a permanecer inmune a la publicidad no buscada o a la interferencia pública no querida, en cuestiones sobre las que el público no debe tener interés” (p. 193), similar a la definición de De la Calle (2009), pues éste afirma que el derecho a la intimidad es el “derecho fundamental que tienen las personas a mantener en reserva la información relativa a hechos, comportamientos o situaciones que por su naturaleza o connotación solo interesan a la persona misma y no asiste razón alguna a terceros para conocerlos” (p. 13).

Así mismo Ekmekdjian (2005) relaciona el mencionado derecho con la facultad que tiene cada persona para disponer de una esfera o ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros –ya sean particulares o el propio Estado– mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos (p. 375).

De otro lado, se hizo una revisión en sentencias de la Corte Constitucional para comprender su postura frente a las implicaciones del Derecho a la Intimidad en Colombia, cuyos aportes se muestran en la Tabla 2.

Tabla 2

El Derecho Fundamental de la Intimidad y su relación con otros derechos, según la Corte Constitucional.

Sentencia	Aspecto jurídico considerado	Tesis de la Corte Constitucional
T-437 2004	DE DERECHO A LA INTIMIDAD (Concepto y desarrollo jurisprudencial)	La intimidad ha sido entendida por esta Corte como aquel ámbito que las personas reservan del conocimiento de los demás, aquel “espacio exclusivo de cada uno, aquella orbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo (...)”. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad protege precisamente la indebida injerencia en esta esfera privada del individuo y su familia, la cual está conformada por diversas situaciones y hechos reservados principalmente para sí o para el núcleo familiar, y “frente a los cuales no pueden interferir terceros”.
C-336 2007	DE BASE DE DATOS PERSONALES DE INDICIADO O	El derecho a la intimidad no es absoluto. En este sentido, la Corte ha establecido que el derecho fundamental a la intimidad “puede ser objeto de

Sentencia	Aspecto considerado	jurídico	Tesis de la Corte Constitucional
	IMPUTADO		<p>limitaciones” restrictivas de su ejercicio “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1° de la Constitución, sin que por ello se entienda que pueda desconocerse su núcleo esencial.</p> <p>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</p> <p>Reitera la Corte su jurisprudencia acerca de la regla general sobre la necesidad de autorización previa por parte del juez que ejerce funciones de control de garantías para la adopción de medidas de investigación que afecten derechos fundamentales;</p> <p>(ii) constata que las medidas de intervención a que se refieren los artículos 14 y 244 de la Ley 906 afectan los derechos fundamentales a la intimidad y al <i>habeas data</i> o a la autodeterminación informática;</p> <p>(iii) establece que sólo de manera excepcional, y en los precisos eventos establecidos en la Constitución (Art. 250.2), puede la Fiscalía General de la Nación adoptar medidas que afectan derechos fundamentales, sometidas éstas al control posterior por parte del juez de control de garantías.</p>
C-334 2010	DE DERECHO A LA INTIMIDAD EN PROCESO PENAL.		<p>En el caso en estudio, encuentra la Corte que la forma de ponderar entre tales bienes jurídicos, a saber, los derechos fundamentales objeto de afectación con la medida prevista en el art. 245, inciso 2° del CPP (derecho de <i>habeas data</i> o autodeterminación informativa, libertad negocial, libertades económicas, derechos fundamentales conexos), por una parte, y el interés de recaudar evidencias o elementos de prueba que sirvan para esclarecer los hechos del delito, los sujetos responsables y los que no lo son, así como los demás ingredientes relevantes para descubrir la verdad de lo sucedido, por otra, no es diferente a la de establecer que dicha actuación será procedente, siempre y cuando medie autorización judicial.</p>
C-748 2011	DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PROYECTO DE LEY		<p>El reconocimiento del derecho al <i>habeas data</i> – identificado como un derecho fundamental autónomo tanto en el plano nacional como internacional–</p>

Sentencia	Aspecto jurídico considerado	Tesis de la Corte Constitucional
	ESTATUTARIA DE <i>HABEAS DATA</i> Y PROTECCION DE DATOS PERSONALES	persigue la protección de los datos personales en un mundo globalizado en el que el poder informático es creciente. Esta protección responde a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos, como la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el que exista una estrecha relación con tales derechos no significa que no sea un derecho diferente, en tanto comprende una serie de garantías diferenciables y cuya protección es directamente reclamable por medio de la acción de tutela, sin perjuicio del principio de subsidiariedad que rige la procedencia de la acción.
T-407 2012	DE DERECHO A LA INTIMIDAD (maneras de vulneración) PROTECCION DE LOS ESPACIOS PRIVADOS.	Cuando los individuos se relacionan entre sí en determinados entornos sociales, de alguna manera renuncian a mantener en reserva algunos aspectos de su personalidad o informaciones que les conciernen. En estos espacios, las personas comparten algunos intereses o conforman una comunidad que tiene una finalidad y, en estos ámbitos, la injerencia de terceros puede inhibir la realización de las actividades de sus integrantes. Pero si bien la protección de estos ambientes es más flexible que la que se garantiza al individuo en su ámbito privado, o a su familia, en estos contextos sociales también se requiere evitar la injerencia de personas extrañas. Entonces, incluso en entornos sociales, los individuos no pierden su derecho a la intimidad y es posible ampararlo frente a las intromisiones injustificadas de terceros.
C-540 2012	DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE FORTALECIMIENTO DEL MARCO JURÍDICO PARA EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA	Este Tribunal ha concluido que la regla general es que las medidas que afectan derechos fundamentales requieren autorización previa del juez de control de garantías, existiendo una excepción constitucional como lo es la autorización otorgada por el Fiscal, pero sujeta al control posterior para eventos concernientes a realidades fácticas proclives a cambios súbitos o que podrían ser alteradas. Por regla general, cualquier técnica de investigación que afecte derechos fundamentales como la intimidad y el <i>habeas data</i> , o implique registros del domicilio de una persona, “debe ser ordenada por una autoridad judicial competente, de forma escrita y con cumplimiento de las formalidades que establezca la ley. Tal orden, además, (i) debe basarse en un motivo previsto por la ley; (ii) si se refiere a registros, debe determinar los lugares donde se hará efectiva la medida y, en caso de no ser posible, una descripción detallada de ellos; y (iii) debe contener una evaluación de la proporcionalidad de la medida”.
T-904 2013	DE DERECHO A LA INTIMIDAD.	La Sala modificará las órdenes impartidas por los jueces de instancia, toda vez que, según quedó

Sentencia	Aspecto considerado	jurídico	Tesis de la Corte Constitucional
	DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.		establecido, la vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen se derivó únicamente de la publicación en <i>Noticias Uno</i> de las imágenes de los menores que jugaban en la cancha de fútbol construida en la azotea de la vivienda en que reside la señora Morelli Rico y del vehículo en el que es transportado el menor GBM. Por el contrario, el contenido de las columnas de opinión publicadas por la periodista Orozco Tascón y, en particular, la alusión que hace en una de ellas a los juegos del pequeño hijo de la Contralora, forman parte del ámbito protegido por la libertad de opinión, por las razones expresadas en esta providencia, sin que pueda predicarse de ellas una afectación del derecho a la intimidad del menor GBM ni de sus compañeros de juego.

Fuente: elaboración propia, con fundamento en sentencias de la Corte Constitucional, 2014.

Se observa, tanto en el marco conceptual como en las tesis de las sentencias consultadas, que el derecho fundamental de la intimidad es restringido al área personal y familiar, y que su afectación, cuando se da, debe ponderarse frente a la de otros derechos también fundamentales. Se ve como si bien se reconoce el derecho fundamental a la intimidad como inviolable, que incluso aún en las esferas sociales y en vida pública de las personas se tiene la restricción de no ser accedido a otras personas, sino que hacen parte de su intimidad, de su persona, de su privilegio particular de conocimiento y actuar, también lo es que, no es absoluto, que en algunos casos será restringido, sin embargo, se señala que para que alguien, incluso las autoridades, puedan invadirlo, siempre deberá existir orden emanada de autoridad competente, en el cumplimiento de sus funciones y con estricto apego a la constitución y a la ley, sea fiscal -en los casos excepcionales señalados en la ley que se le da esa facultad- o por juez – a quien debe acudir el fiscal para solicitar su autorización luego que se sustente la necesidad, urgencia, utilidad, pertinencia, idoneidad, etc.

Del análisis de las citadas sentencias, se observa, que no obstante estar frente a un derecho fundamental de la intimidad, cuando por ejemplo, se solicita la obtención de información en bases de datos _- C336 del 2007- como respuesta a la demanda parcial de inexecutable de los artículos 14, 244, 246 del C.P.P- también es importante tener en cuenta el deber constitucional del estado (fiscalía en este caso) de investigar la comisión de los delitos que llegan a su conocimiento, acudiendo a las herramientas que el mismo estado ha señalado para tal fin, llámese búsqueda de información en base de datos, y aquí viene un estudio de la primacía de los diversos derechos fundamentales, determinándose que como quiera que se está frente al derecho de la intimidad, siempre, habrá de obtener la aprobación del señor juez de garantías, para que la fiscalía a través de su policía judicial pueda actuar y obtener dicha información, y es aquí donde los fundamentos de la fiscalía, bajo esos criterios de razonabilidad, proporcionalidad, utilidad, urgencia, idoneidad, serán expuestos ante el señor Juez para poner bajo su criterio dicha actividad y así se obtenga su aval por ser la herramienta investigativa útil, pertinente y necesaria, no de otra manera podrá la policía judicial adelantar esta tarea, primando en consecuencia, el deber de investigar, el interés general sobre el particular.

De igual manera se observa, que ante las facultades excepcionales que tiene la fiscalía de adelantar algunas actividades investigativas que también afectan derechos fundamentales sin orden previa de juez, como interceptación de comunicaciones, allanamientos y registros, por ejemplo, éstas si bien las adelanta la policía judicial, los investigadores no podrán hacerlo sin que exista previamente la orden del fiscal, orden que además deberá estar debidamente fundamentada, bajo los criterios de razonabilidad, proporcionalidad de los derechos fundamentales que se afectan, necesidad, urgencia, deber

de investigar y salvaguardar elementos materiales probatorios, no se trata simplemente de una orden sino que la misma estará bajo los parámetros legales y constitucionales, orden que, además, será objeto de estudio y análisis por el señor Juez de Garantías una vez se realice quien decidirá si la misma fue emitida conforme a la ley y si en desarrollo de la misma se actuó conforme a la constitución y a la ley.

Por otro lado, sobre las implicaciones del deber constitucional de contribuir a la debida administración de justicia, otorgada a la Fiscalía General de la Nación y respecto de las implicaciones de la actividad investigativa en el proceso penal, es importante destacar –tal como lo plantea Almagro (1984) – que dicho proceso comprende las garantías subjetivas y objetivas respectivamente, que permiten el adecuado desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Las primeras aseguran, en sentido amplio, la imparcialidad de los jueces y magistrados en su actuación jurisdiccional; las segundas delimitan el contenido y extensión de la jurisdicción (p. 80).

Muy relacionada con la postura anterior, está la de Velásquez (1987) cuando refiere que

“el Debido Proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta, cumplida administración de justicia, que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho” (p. 7).

Igualmente, Saavedra (1995) da un alcance y limitación al Debido Proceso Penal en los siguientes términos:

“son las autolimitaciones constitucionales y legales que el Estado se impone a sí mismo, para racionalizar, dentro de los marcos infranqueables de la dignidad humana, el ejercicio del *ius punendi*, que se logra con el establecimiento de una serie de garantías mínimas, que son el escudo protector del ciudadano frente a la arbitrariedad del funcionario o la omnipotencia del Estado” (p. 61).

Así mismo, Salmon y Blanco (2012) proponen un concepto en lo relacionado con el propósito del Proceso Penal:

“el Debido Proceso es un conjunto de actos de diversas características que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Son condiciones que deben cumplirse para asegurar una adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (p. 2).

Se cita también a Suárez (2009) que fija unos criterios técnicos al Proceso Penal, así:

“sumatoria de actos preclusivos y coordinados cumplidos por el funcionario competente en la oportunidad y el lugar debidos con las formalidades legales, noción que conjuga los principios de legalidad y el juez natural, limitados en el tiempo, en el espacio y en el modo” (p. 210).

Análisis.

Como lo recopila González Monguí (2007), desde la Constitución Política, y a partir del Código de Procedimiento Penal del 2004, se ha previsto una serie de principios rectores que rigen cada una de las etapas a que se contrae la actuación procesal por parte del Estado; principios rectores y garantías que se predicán y exigen su cumplimiento a lo largo del proceso penal, sin importar la etapa en la que se encuentre (indagación, etc.).

La Policía Judicial no escapa a la obligación imperiosa del respeto de los mismos y, al igual que los demás funcionarios del Estado, debe fidelidad a la Constitución y a la ley, por lo que sus actuaciones están sujetas a los principios establecidos en garantía del interés de la comunidad y de cada una de las personas. Toda actuación que viole los derechos fundamentales es ilícita y la consecuencia de la misma es que no podrá ser tomada en cuenta como elemento material probatorio ni como fundamento en la investigación.

En este entendido, la Policía Judicial podrá adelantar su actividad judicial y diligencias autorizadas por la ley y las autoridades competentes (Fiscal - Juez) pero con absoluto respeto de lo fijado en la Constitución (Artículo 1) sobre la dignidad humana y prevalencia del interés general, respeto y obediencia a las autoridades (Artículo 4) y debido proceso (Artículo 29), entre otros.

Del mismo modo, la Policía Judicial no es un eslabón suelto y sus extralimitaciones son objeto de sanción, además de estar siempre dirigida por un fiscal quien, igualmente, deberá acudir ante un juez de Control de Garantías para someter a estudio de legalidad lo ordenado.

En particular, el fiscal del caso habrá de tener en cuenta los siguientes factores en el momento de emitir una orden de vigilancia de cosas a la policía judicial y que harán parte de los argumentos ante los señores jueces de Garantías para obtener su aval y así poder proceder, y serían los siguientes:

- a. **El delito frente al cual se está iniciando la indagación penal.** Dada la naturaleza de esta actividad y el esfuerzo logístico que representa, se debe estar frente a la comisión de un hecho delictivo grave. Por ejemplo, aquellos que han vulnerado bienes jurídicos de índole general, como la salud pública o la seguridad pública.

Ello no quiere decir que frente a otra clase de conductas no se pueda optar por esta clase de actividades.

- b. **Utilidad.** Que esta actividad pueda prestar al perfeccionamiento de la indagación, para lo cual habrá de analizarse los hechos y la información que para ese momento se tiene, qué información puede generar a la carpeta y cuál su importancia.
- c. **La necesidad de acudir a la misma.** Amparados en el artículo 250 Constitucional y ante los hechos denunciados, se habrá de verificar que efectivamente es necesario optar por ésta en pro de obtener información.
- d. **Adecuación.** Para ello habrá de partir de esa orden constitucional de investigar los hechos que revistan delito, así como su vigencia en la ley y en el Código de Procedimiento Penal. También se debe establecer si, conforme con los hechos, ciertamente se dan los requisitos señalados en la ley.
- e. **Razonabilidad e idoneidad.** Se sustentarán estas condiciones con la base de que, para ese momento, es la actividad idónea por no existir otra que sea igual de eficaz y útil para los fines de la investigación.
- f. **Proporcionalidad.** Se hará un test de ponderación de los bienes afectados, con el proceder injusto e ilegal que se denuncia frente a los fines constitucionales del deber de investigar y el interés general que debe prevalecer ante el interés particular de quienes resulten vinculados con la actividad investigativa.

González Monguí recomienda como requisito para la vigilancia de cosas emplear cualquier medio que la técnica aconseje, como fotografías y videos, entre otros, de tal suerte que ello permita recaudar información valiosa “con el cuidado de no afectar la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros” (p. 280).

Igualmente, la orden legal que se obtenga para la vigilancia de cosas no debe ser permanente. El autor mencionado en el párrafo anterior plantea que puede ser por el término de un año y, si no se obtienen los resultados esperados, debe cancelarse, sin perjuicio de que pueda expedirse nuevamente, si sobrevinieren nuevos motivos.

Criterios que, como se puede verificar, están plasmados en el art. 240 del Código de Procedimiento Penal que regula la vigilancia de cosas. Por tanto, esos motivos que originaron la existencia de esta actividad investigativa encuentran eco en los planteamientos hechos también por los autores mencionados, lo que permite inferir su legalidad, procedencia y utilidad, entre otras.

De otro modo, cabe señalar que la Constitución Política de Colombia, en sus artículos 250 y 251, otorgó a la Fiscalía General de la Nación –como ente acusador–, con el apoyo de organismos que ejercen funciones de Policía Judicial, facultades para adelantar el ejercicio de la acción penal y la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y que hayan sido de su conocimiento y, como tal, está obligada –como parte del Estado frente a las investigaciones que adelante– a respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales, en cumplimiento de mandatos constitucionales (artículos 1, 2, 15, 29, entre otros).

De ahí que, precisamente, en desarrollo de esos mandatos, la actividad investigativa cobra tanta importancia y que ante los avances con que se desenvuelven las organizaciones criminales deba acudir a mecanismos más eficientes para obtener legalmente información, como bien lo han comprendido los legisladores al crear nuevas técnicas y actividades investigativas que generen con mayor eficacia y celeridad el esclarecimiento de los hechos para soportar el rol de acusación en cabeza del ente fiscal.

Es así como surge, previo Acto Legislativo 03 del 2002, el actual Sistema Penal con Tendencia Acusatoria (Ley 906 del 2004), reforma que se implementó bajo estudios de política criminal y dentro del marco de un debido proceso, con etapas de indagación, investigación y juzgamiento, y en el que el fiscal acude en audiencia ante un juez imparcial para presentar su caso de acuerdo con la etapa en la cual se encuentre.

En este escenario, la etapa de indagación tiene como finalidad establecer la existencia del hecho delictivo y adelantar –bajo el control, dirección y coordinación del fiscal, con apoyo de la policía judicial– las actividades encaminadas a la averiguación y consecuente investigación de esos hechos.

Dicha finalidad es la respuesta a la necesidad de innovar las técnicas de indagación ante el avance de la delincuencia, especialmente la organizada, preocupación que venía teniendo eco de tiempo atrás tal como se señaló en Sentencia C-093 de 1993 (27/02/1993 M. P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero): “...el propósito del legislador y del Constituyente de dotar a la rama judicial de los mecanismos suficientes para enfrentar las acciones de la delincuencia organizada...” y, en desarrollo de la misma, se abrió la puerta para adelantar vigilancia y seguimiento de personas (artículo 239 C. P. P.), vigilancia de cosas (artículo 240 C. P. P.), análisis e infiltración de organización criminal (artículo 241 C. P. P.), actuación de agentes encubiertos (artículo 242 C. P. P.), entrega vigilada (artículo 243 C. P. P.), entre otras, que tienen como objetivo la obtención y aseguramiento de elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia e información que conlleva a corroborar la ejecución de un hecho delictivo y sustentar la participación de los presuntos responsables, así como la individualización e identificación de éstos. Y que, a pesar de estar frente a actividades que

comprometen la intimidad de las personas, son de tal connotación y utilidad en pro de buscar la verdad, que la necesidad de optar por las éstas bajo unos parámetros legales se sobrepongan a ese derecho a la intimidad.

Más aún, en el marco del Sistema Penal Acusatorio colombiano, al acudir a la actividad de la vigilancia de cosas, el derecho fundamental de intimidad de las personas debe ser ponderado en las indagaciones e investigaciones que se adelantan por los fiscales y la Policía Judicial, frente al deber constitucional de proteger el ordenamiento legal en la búsqueda efectiva de verdad, justicia y reparación.

En esta materia, González Navarro (2009), al referirse al tema de vigilancia y seguimiento plantea que:

No se puede permitir que la Policía Judicial vulnere el derecho a la intimidad, propiciando bajo un esquema ilegal “labores de verificación” disfrazadas, que sin duda son “vigilancia de personas y bienes” y tomar estas labores de verificación para cimentar un motivo fundado y por ejemplo al ordenar un allanamiento y registro, el fiscal que se presta para este tema está contribuyendo con su decisión a que se le haga trampa a la normatividad que propicia garantías para los asociados, en que sean investigados no a cualquier precio, sino bajo sujeción de respeto a los derechos fundamentales y ceñidos a un debido proceso, para que el proceso penal sea una verdadera forma de control social y no un medio de autoritarismo institucional, con clara desviación y abuso de poder (p. 690).

Al respecto, es de anotar que existe una clara diferencia entre las labores de verificación que están simplemente ceñidas a una mínima actividad, como lo es, por ejemplo, establecer si el inmueble existe o no, o cuáles son sus características, y las propias

de la vigilancia de cosas, por tanto la actividad de verificación jamás se puede convertir en una vigilancia de cosas, porque la verificación es de momento instantánea, mientras que una vigilancia de cosas permanece en el tiempo. De convertirse una verificación en vigilancia se estaría transgrediendo el deber constitucional y tendría toda la razón el autor (González Navarro) en sus planteamientos hechos en precedencia.

Otro aspecto que resulta valioso para el presente análisis es dimensionar, en el marco de la investigación penal, las evidencias físicas o elementos probatorios que en un momento dado pueden conducir a esclarecer los hechos frente a las pruebas propiamente dichas que se presentan ante el juez. Sobre el particular, González Navarro precisa:

Al proceso formativo de elementos materiales probatorios y evidencia física, anteceden generalmente aquellos actos de investigación a cargo de la Fiscalía y la policía judicial, en forma tal que su consolidación y utilidad dependen de la aptitud que tengan de consolidarse probatoriamente en el juicio.

Los actos de investigación no sustentan en modo alguno la imputación ni la medida asegurativa, ni la acusación, por cuanto sencillamente de ellos no se da cuenta en ningún momento y solamente vienen a tener una implícita trascendencia en tanto sirven para fundar una prueba (p. 159).

Del mismo modo, se destaca que el Art. 240 de CPP especifica la aplicabilidad de la vigilancia de cosas para bienes muebles o inmuebles relacionados con tráfico de drogas y para la producción y comercialización de explosivos y armas, situación que precisa las conductas delictivas que puede ponderar el investigador por su carácter complejo o la modalidad de operación de los delincuentes.

Otra cosa es la técnica que el investigador utilice para la vigilancia, aspecto que aunque se encuentra regulado (requiere autorización), no está lo suficientemente delimitado en su ejecución por parte de los investigadores. Lo que sí advierte el código es la importancia de “no afectar la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros”. Esta particularidad depende entonces del profesionalismo y desarrollo técnico y científico de los investigadores criminales y de las prácticas que se utilicen para ello.

Por otra parte, para conceptualizar sobre la tensión que puede generarse, respecto a la ponderación de dos o más derechos fundamentales en desarrollo de un proceso penal, se cita lo propuesto por Shina (2009), así:

“Es inevitable que los derechos no colisionen unos con otros, dado que los límites entre estos son imprecisos y vagos en su enorme mayoría. En consecuencia, se torna necesario hacer prevalecer uno de ellos, postergando el otro; elección que tendrán que realizar los jueces ante al caso concreto para determinar, en definitiva, qué derecho debe sacrificarse y cuál debe ponderarse. Al finalizar la contienda todos los derechos permanecen en un mismo pie de igualdad: así como no hay derechos absolutos, no hay liderazgos permanentes y en algunos casos se privilegia un derecho sobre el otro pero esta elección solamente indica una tendencia, es decir, un criterio único aplicable al litigio correspondiente” (pp. 30-31).

Otra postura la tiene Cianciardo (2007), quien considera que más que un juicio de jerarquización de derechos, se trata de un juicio de jerarquización de personas, pues afirma que:

“La armonía de un conflicto entre los bienes depende de que estos vengan referidos a una naturaleza, a una instancia objetiva. Si, por el contrario, se le hace depender

de la voluntad de los sujetos, se pierde la referencia universal y con ello la posibilidad de pensarlos armónicamente, pues si bien la naturaleza es común a todos los individuos, el objeto del querer de la voluntad de cada uno es indeterminado, y por tanto variable de unos a otros. Ahí es donde surge la necesidad imperiosa de una jerarquización desde afuera que, en rigor, será una jerarquización de las personas, pues tan persona es aquella cuya pretensión resulta postergada, como aquella cuya pretensión o derecho resulta privilegiado. La jerarquización de derechos oculta, en realidad, no una jerarquización de bienes sino una jerarquización de las personas”, (p. 30).

Así mismo, sobre la relación que puede existir entre los derechos, Serna y Toller (2009) plantean que lo que existen son derechos que poseen entre sí puntos de contacto, no conflictos propiamente dichos. Hay derechos que son tendencialmente opuestos, ya que en su formulación abstracta no contienen los mecanismos que posibiliten su armonización, máxime si se tiene en cuenta que los bienes humanos que pretenden amparar pueden tender hacia contenidos divergentes (p. 37).

Igualmente, Basterra (2012) considera que para solucionar la colisión entre derechos fundamentales se requiere establecer niveles de jerarquía entre derechos constitucionales, y se plantea la existencia en abstracto de un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que lleva a determinar, en caso de conflicto, qué derecho debe prevalecer sobre el otro. Será aquel que posea el rango jerárquico superior en el régimen de categorización (p. 35).

De otro lado, se muestran en la Tabla 3 algunas posiciones de la Corte Constitucional de Colombia en relación con el juicio de ponderación de derechos en tensión.

Tabla 3

Posturas de la Corte Constitucional sobre la ponderación de derechos.

Sentencia	Aspecto jurídico considerado	Tesis de la Corte Constitucional
C-818 DE 2005	JUICIO DE PONDERACION (Principios jurídicos)	El juicio de ponderación conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente, en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente la misma pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presentes en cada asunto. De otro lado, es posible que una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio –sea o no de rango constitucional– en dicha situación. Y dado el mayor peso que se reconoce a los principios en el ordenamiento jurídico, debe introducirse una cláusula de excepción en cuanto al carácter normativo de la regla jurídica, con motivo de la decisión del caso en concreto.
C470 DE 2011	JUICIO DE PROPORCIONALIDAD	En este tipo de análisis, el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses. Como a primera vista ocurre en este caso, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar. La jurisprudencia ha señalado que en los casos en que se aplica un test de proporcionalidad de intensidad intermedia, el propósito que se busca debe ser <i>importante</i> , a la luz del texto constitucional.
C-438 DE 2013	TEST DE PROPORCIONALIDAD APLICADO EN CASOS QUE INVOLUCREN LA GARANTIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.	En conclusión, encuentra la Sala Plena que en este asunto se hace necesario aplicar los pasos del juicio estricto de proporcionalidad. Esto debido, de un lado, a la especial situación de vulnerabilidad de las personas y familias que han sido víctimas del despojo, que la mayor de las veces han sido víctimas igualmente de otras violaciones a los derechos humanos, a quienes la expresión acusada presuntamente impone una carga desproporcionada para el disfrute de su derecho a la intimidad personal y familiar. Y de otro, el interés del legislador de ofrecer una protección especial a los derechos de las personas que han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto armado, a través de la Ley 1448 de 2011.
C-838 DE 2013	TEST DE PROPORCIONALIDAD (Modalidades)	La Corte ha señalado que el control de constitucionalidad en general y el test de

Sentencia	Aspecto jurídico considerado	Tesis de la Corte Constitucional
C-033 DE 2014	TEST DE PROPORCIONALIDAD (Concepto, pasos, alcance)	<p>proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada y la libertad de configuración que es inherente a la función legislativa. Dichas modalidades son: (i) el control débil, leve o denominado también control de evidencia, en el cual se otorga al legislador un amplio privilegio de que sus decisiones mantengan su constitucionalidad, a menos que lo contrario sea evidente. Este es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez de constitucionalidad frente a medidas legislativas; (ii) el control intermedio, en el cual se analiza que el propósito del legislador al imponer una limitación a un principio o derecho fundamental sea importante a la luz del texto constitucional para lograr el objetivo pretendido con la restricción. Es el punto medio entre el control débil y el estricto; y (iii) el control estricto o sustancial intensivo, en el cual la carga de la argumentación juega a favor de los derechos fundamentales limitados y en contra de las normas que limitan; por ende, se aplica frente a intervenciones del legislador muy restrictivas de los derechos fundamentales.</p> <p>Aunque el legislador posee un amplio margen de configuración para establecer los procedimientos mediante los cuales la administración ejerza sus competencia, tal facultad no es absoluta pues tiene límites en los principios y valores constitucionales, de modo que no puede implicar la anulación u obstaculización de derechos y libertades fundamentales. Luego toda actuación judicial o administrativa, según el caso, deberá atender los criterios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad.</p>

Fuente: la autora, con fundamento en sentencias de la Corte Constitucional, 2014.

Como se puede ver en las posturas teóricas y las sentencias examinadas, los derechos fundamentales no se consideran en abstracto y en el actuar de la administración de justicia, es deber de fiscales y jueces observar una racionalidad crítica, para que los mismos puedan respetar la dignidad humana de cada persona, como es su deber.

Habrá de hacerse un análisis detallado frente a esa ponderación y estudio de proporcionalidad de unos derechos frente a los otros y acá nuevamente primará el derecho fundamental a investigar, se deberá dar aplicación a lo señalado en la Constitución en su artículo primero cuando señala que Colombia es una república fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, de donde se concluye entonces que ese interés general primará sobre el particular y por tanto, si bien todos los derechos están en igualdad, habrá de señalarse cual podría tener mayor jerarquía sobre el otro, dada la naturaleza del delito que se investiga y entonces si estamos frente a una organización criminal, incluso, podremos acudir a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, por ejemplo, para enmarcar esos delitos que incluso pasan fronteras, que son un flagelo para una sociedad e incluso con connotación transnacional, para que esos derechos particulares de los indiciados o sospechosos, cedan frente a un derecho de índole general, sin dejar de lado el deber del Estado de garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo a que hace referencia también nuestra Carta Política.

 Podr a preguntarse entonces si el hecho de que la actividad investigativa de vigilancia de cosas restrinja la intimidad de las personas conlleva a que esta herramienta no se utilice en el desarrollo de una investigación penal?

Si bien la cosa, para su movimiento, traslado o su existencia, no se puede desprender del contacto, uso o manipulación con las personas, en la actividad judicial de su vigilancia, legalmente ordenada y sustentada ante un señor juez de garantías, no se puede negar que precisamente por la cercanía y función, en desarrollo de la acción investigativa, sí se restringe en alguna medida la intimidad de las personas. Pero es que, igualmente, debe

tenerse en cuenta que esa vigilancia de cosas, por sí sola, no se puede postergar en el tiempo de manera indeterminada: habrán otras indagaciones –e incluso esta misma– que conlleven información que permita, incluso, que se acompañe, una vez se conozcan datos de quien manipule la cosa, en una vigilancia de personas por ejemplo.

Como se ha dicho, esa actividad está ceñida a unos fundamentos legales, a una finalidad y objeto claramente señalados. Por ejemplo, en una vigilancia de un vehículo en el que se informa se trasladan estupefacientes a un desconocido lugar, lo que se busca es, entre otros, obtener información de dónde se están almacenando dichos estupefacientes y no qué actividad realiza quién los transporta en dicho rodante. Para éste habrá de mediar otra orden o actividad investigativa, como se ha venido señalando.

La anterior circunstancia puede ser objeto de otra actividad investigativa, desde que se respeten los derechos fundamentales de la persona que utiliza la cosa y no se vigile su proceder o no se extienda la vigilancia a la persona cuando se aleja de la cosa, pues la actividad de la persona no es la que será objeto del resultado de la investigación, sino lo será simplemente de la vigilancia de la cosa; esa intimidad, en estas condiciones, debe ser estudiada, ponderada, ante la necesidad de investigar un hecho delictivo, más aún cuando esa vigilancia sólo opera en lugares públicos a la simple vista y no en actúares íntimos o comportamientos íntimos de las personas.

Dado que, al estar el bien que se está vigilando, así como la persona que lo manipula, en espacio de dominio público, esa esfera de privacidad y derecho a la intimidad no puede tenerse como inerte porque, precisamente, ya su comportamiento público lo saca de ese contexto de privacidad en el que el sólo tiene injerencia. Y por tanto mal podría decirse

que, bajo esos parámetros, la actividad investigativa es ilegal bajo la excusa de vulneración al derecho a la intimidad.

En este sentido, la Corte ha señalado (Tutela 414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón) que el derecho a la intimidad no es absoluto: "... puede ser objeto de limitaciones..." y las restricciones de su ejercicio pueden cumplirse en guarda de "un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1 de la Constitución".

Por lo anterior, no podría hablarse de vulneración absoluta del derecho de intimidad en contra de la persona que manipula la cosa vigilada, siempre que se haga bajo los parámetros dados en las órdenes del señor Juez de Garantías a la policía judicial.

Así las cosas, el llamado es a que no se desechen las valiosas herramientas establecidas en la ley, con las cuales se lograría un acercamiento a la estructuración de una buena teoría del caso y se obtendrían elementos materiales probatorios que sustenten la misma.

Conclusiones.

La incorporación del uso de la vigilancia de cosas en materia de Investigación Criminal es una actividad de policía judicial idónea para recopilar materiales probatorios y evidencias físicas, en especial de delitos que comportan estructuras criminales organizadas.

La efectividad de dicha herramienta investigativa está dada en la medida en que contribuye a superar las condiciones de incertidumbre en las que muchas veces de asumen los hechos materia de investigación penal, aunque su operatividad puede depender de la competencia de los funcionarios de policía judicial, y en especial del juicio de racionalidad y proporcionalidad que se haga frente a la tensión entre ésta y algunos derechos fundamentales como el de intimidad, *habeas data* y debido proceso, entre otros, así como

del análisis de la gravedad o complejidad del accionar delictual que haga el investigador siempre que respete las garantías constitucionales y legales de los ciudadanos.

Como quiera que la investigación en materia penal es una actividad integral e interdisciplinaria, el uso eficiente de actividades de policía judicial, como la vigilancia de cosas, resulta eficaz para evitar la afectación de los derechos de los ciudadanos que acuden ante la administración de justicia, pues al obtener información más calificada se puede optar por otras actividades como vigilancia de personas e interceptaciones, entre otras.

De otro lado, se recomienda a los fiscales que, frente al conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, se opte por dar inicio a una actividad investigativa integral partiendo de las herramientas propias que la ley señala, pues en ocasiones es muy poco lo que se conoce de los hechos pero no por eso se debe desechar la actividad investigativa que pueda dar inicio y fortalecer una teoría del caso. No hacerlo tendría como consecuencia una inoperancia en el desempeño de las funciones, así como injusticia, impunidad, represamiento en las carpetas y desconocimiento de los principios de celeridad y economía procesal.

Así mismo, vigilar las cosas puede generar nueva información valiosa para el proceso penal, con la que posteriormente se pueda actuar y desarticular bandas organizadas dedicadas a conductas delictivas que han sido un flagelo para la sociedad en circunstancias donde el interés general debe primar sobre el particular.

Finalmente, se recomienda que futuras investigaciones profundicen más sobre el tema, para sopesar técnica y procesalmente el valor que dicha actividad investigativa tiene, además de analizar su utilidad y aplicarla con más frecuencia evitando tomar decisiones

apresuradas y erradas que conllevan a la baja efectividad en los resultados objeto de investigación.

Bibliografía

- Almagro, J. (1984). Constitución y proceso. Barcelona, España: Bosch.
- Arciniegas, G. A. (2005). Policía Judicial y Sistema Acusatorio. Bogotá, Colombia:
Ediciones Nueva Jurídica.
- Basterra, M. (2012). Derecho a la información vs derecho a la intimidad. Buenos Aires,
Argentina: Rubinzal-colzoni.
- Cianciardo, J. (2007). El ejercicio regular de los derechos, análisis y crítica del
conflictivismo: Buenos Aires, Argentina: Ad-hoc.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código
de Procedimiento Penal”.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 414 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 093 de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 437 de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 818 de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 336 de 2007.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 334 de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 470 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 748 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 407 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 540 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 483 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 838 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 904 de 2013.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 033 de 2014.
- De la Calle, J. M. (2009). Autodeterminación informativa y *habeas data* en Colombia, jurisprudencia y derecho comparado. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ekmekdjian, M. A. (2005). Tratado de Derecho Constitucional, Tomo 2. Buenos Aires, Argentina: De palma.
- González Navarro, A. L. (2009). La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, Colombia: Leyer.
- González Monguí, P. E. (2007). La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- López, J. J. (1996). La intimidad como bien jurídico protegido, estudios sobre el Código Penal de 1995. España: Consejo General del Poder Judicial.
- Organización de las Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2004).
- Palomino, R. (1999). Derecho a la intimidad y religión, la protección jurídica del secreto religioso, colección religión derecho y sociedad, Granada, España: Comares.
- Quiroga, H. (1992). Derecho a la intimidad y objeción de conciencia. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia (1991). Constitución Política. Recuperada de http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf, el día 7 de noviembre de 2014
- Rodríguez, J. (1984). Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo 8. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Saavedra, E. (1995). Constitución, derechos humanos y proceso penal, T. 1. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Salmon, E. y Blanco, C. (2012). El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Serna, P. y Toller, F. (2000). La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Shina, F. E. (2009). La libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Suárez, A. (2009). El debido proceso penal. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, F. (1987). Principios rectores de la nueva ley procesal penal. Bogotá, Colombia: Temis.