

DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v4i2.595>

La recuperación de información obtenida de un teléfono móvil vs derecho fundamental de la intimidad

The recovery of information obtained from a mobile phone and vs
fundamental right to privacy

A recuperação de informações obtidas de um telemóvel vs direito
fundamental à privacidade

Walter Oswaldo Castro Peñuela
wcastrojuridico1@gmail.com
Bogotá – Colombia

Diana Karina Núñez Gutiérrez
diakari2533@hotmail.com
Bogotá – Colombia

Artículo recibido: 18 de abril de 2023. Aceptado para publicación: 26 de abril de 2023.
Conflictos de Interés: Ninguno que declarar.

Resumen

En el marco del Estado Social de Derecho se hace indispensable, para este artículo el desarrollo de su objetivo como es el analizar la situación jurídica de las búsquedas selectivas en bases de datos y sus controles por el juez de garantías. En Colombia como protección al derecho fundamental de la intimidad se realiza el juicio de proporcionalidad y necesidad previas a la realización de las actuaciones. En este orden de ideas establecen el tratamiento y concepto de las búsquedas selectivas en bases de datos bajo el sistema acusatorio; y la protección que ha sufrido el derecho fundamental a la intimidad en su reconocimiento en el marco jurídico nacional, y así mismo determinar la procedencia del control previo de legalidad adoptado en el sistema acusatorio como garantía a la protección de los derechos fundamentales. Para la realización de este estudio se utilizó la metodología rastreo de texto, consultando artículos publicados del año 2015 a 2017 del tema específico y las principales sentencias emitidas por las Altas Cortes Colombianas con el fin de clarificar el procedimiento de la obtención de información de un equipo móvil de comunicación en este caso equipos celulares en procedimientos de flagrancia. Ofreciendo así claridad al funcionario sobre el mencionado procedimiento. El análisis de estas fuentes normativas y jurisprudenciales arroja como resultados que la obtención de información de un teléfono móvil celular propiedad del indiciado no requiere control previo del juez de garantías en este entendido ya que la información almacenada en estos equipos no es considerada como una base de datos si como datos volátiles, pero si es necesario realizar un control posterior ante el juez garantías. Actividad que realiza diariamente la policía nacional en sus cuerpos de vigilancia al igual que los funcionarios de policía judicial de la Fiscalía General de la Nación.

Palabras Clave: exclusión, prueba, control posterior, juez, control judicial, grabaciones, búsqueda selectiva

Abstract

Within the framework of the Social State of Law, it is essential for this article to develop its objective, such as analyzing the legal situation of selective searches in databases and their controls by the guarantee judge. In Colombia, as a protection of the fundamental right of privacy, the judgment of proportionality and necessity is carried out prior to carrying out the proceedings. In this order of ideas, they establish the treatment and concept of selective searches in databases under the accusatory system; and the protection that the fundamental right to privacy has suffered in its recognition in the national legal framework, and likewise determine the origin of the prior control of legality adopted in the accusatory system as a guarantee for the protection of fundamental rights. To carry out this study, the text tracking methodology was used, consulting articles published from 2015 to 2017 on the specific topic and the main sentences issued by the Colombian High Courts in order to clarify the procedure for obtaining information from a team. mobile communication in this case cellular equipment in flagrante delicto procedures. Thus offering clarity to the official on the aforementioned procedure. The analysis of these normative and jurisprudential sources yields as results that obtaining information from a mobile phone owned by the defendant does not require prior control by the guarantee judge in this understanding, since the information stored in these devices is not considered as a database of data as volatile data, but if it is necessary to carry out a subsequent control before the guarantee judge. This activity is carried out daily by the national police in their surveillance units, as well as by the judicial police officers of the Office of the Attorney General of the Nation.

Keywords: proof, subsequent control, judge, judicial control, recordings, selective search

Resumo

No âmbito do Estado Social de Direito, é imprescindível que este artigo desenvolva seu objetivo, como analisar a situação jurídica das buscas seletivas em bases de dados e seus controles pelo juiz de garantia. Na Colômbia, como proteção ao direito fundamental à privacidade, o julgamento de proporcionalidade e necessidade é realizado antes da realização do processo. Nessa ordem de ideias, estabelecem o tratamento e o conceito de busca seletiva em bases de dados sob o sistema acusatório; e a proteção que o direito fundamental à privacidade sofreu em seu reconhecimento no ordenamento jurídico pátrio, bem como determinar a origem do controle prévio de legalidade adotado no sistema acusatório como garantia de proteção dos direitos fundamentais. Para realizar este estudo, foi utilizada a metodologia de rastreamento de texto, consultando artigos publicados de 2015 a 2017 sobre o tema específico e as principais sentenças emitidas pelos Tribunais Superiores da Colômbia, a fim de esclarecer o procedimento para obter informações de uma equipe. neste caso equipamento celular em flagrante delito. Oferecendo assim clareza ao funcionário sobre o referido procedimento. A análise dessas fontes normativas e jurisprudenciais traz como resultado que a obtenção de informações de um telefone celular de propriedade da ré não exige controle prévio do juiz de garantias nesse entendimento, uma vez que as informações armazenadas nesses aparelhos não são consideradas como banco de dados como dados voláteis, mas se for necessário realizar um controle posterior perante o juiz da garantia. Esta atividade é realizada diariamente pela polícia nacional em suas unidades de vigilância, bem como pelos policiais judiciários da Procuradoria-Geral da Nação.

Palabras Clave: exclusão, prova, controle posterior, juiz, controle judicial, gravações, busca seletiva

Todo el contenido de LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia Creative Commons . 

Como citar: Castro Peñuela, W. O., & Núñez Gutiérrez, D.K. (2023). La recuperación de información obtenida de un teléfono móvil vs derecho fundamental de la intimidad. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 4(2), 76–84. <https://doi.org/10.56712/latam.v4i2.595>

INTRODUCCIÓN

La importancia del tema propuesto en esta investigación radica en que pretende elaborar un texto producto de un análisis jurídico sobre el artículo 244 "Búsqueda Selectiva en bases de datos" del estatuto procedimental colombiano, estableciendo el tratamiento y concepto partiendo de la protección del derecho fundamental a la intimidad, determinando la procedencia del control previo por el juez de garantías, para dar respuesta así al problema jurídico: ¿La recuperación de información obtenida de un teléfono móvil, constituye una afectación al derecho fundamental de la intimidad, por lo que es necesario el sometimiento a control previo por un juez de garantías en Colombia?, teniendo como objetivo principal el analizar la situación jurídica de las búsquedas selectivas en bases de datos y sus controles por el juez de garantías en Colombia como protección al derecho fundamental de la intimidad, como el juicio de proporcionalidad y necesidad previos a la realización de actuaciones, y en referencia a los objetivos secundarios: 1. Establecer el tratamiento y concepto de las búsquedas selectivas en bases de datos bajo el sistema acusatorio; y la protección que ha sufrido el derecho fundamental a la intimidad en su reconocimiento tanto nacional como internacional. 2. Determinar la procedencia del control previo de legalidad adoptado en el sistema acusatorio como garantía a la protección de los derechos fundamentales.

METODOLOGÍA

Para tal efecto la metodología utilizada es rastreo de texto, con una aproximación a la indagación documental de las principales sentencias emitidas por las altas cortes Colombianas (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia Sala Penal) realizando el análisis de cada una de la jurisprudencia con el fin de obtener herramientas conceptuales que permitieran la elaboración del marco de análisis, con una búsqueda sistemática de documentos de las páginas web google académico realizando criterios de exclusión por consultas de artículos búsqueda selectiva en bases de datos, se realizó consulta de artículos publicados a partir del año 2015 a 2017, se realiza criterio de inclusión con temas específicos.

DISCUSIÓN

En Colombia el tema de búsqueda selectiva de datos se reguló en el Código de Procedimiento Penal (CPP) en su artículo 244 así.

Artículo 244. Búsqueda selectiva en bases de datos

La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información. (pp. 130-131)

El desarrollo que en Colombia tiene este artículo no es del todo claro ya que de la interpretación exegética de esta norma no se podría inferir que se debe hacer, en caso de flagrancia cuando se pone de manifiesto la necesidad de las actuaciones de policía judicial, para impedir la impunidad, y con esto queda situado rigurosamente en el estudio de la exclusión de la prueba en el marco del sistema penal acusatorio, cuando el mencionado control posterior por parte del juez de garantías determina que las actuaciones no son respetuosas del derecho a la intimidad y por ende las hace ineficientes a la luz del derecho procesal.

Los actos de investigación, refiere la jurisprudencia, están bajo la reserva legal y judicial (art. 15 de la C.P), y al principio de proporcionalidad (Art. 230 CP y Ley 906/04), que consagran los controles previos y posteriores según el caso. (CSJ Sentencia AP 1465-2018, 2018)

Así mismo se encuentra los que no se consideran actos de investigación como es el caso, que, con autorización previa y libre de los intervinientes, se accede al contenido de sus comunicaciones ya sean escritas, telefónicas o digitales (CSJ Sentencia AP 1465-2018, 2018)

Por lo anterior expuesto los controles posteriores sería exclusivamente para material probatorio recolectado en acto de investigación ejercido por el agente de policía judicial. La normatividad penal en Colombia establece que será en escenario de audiencia preparatoria donde se dé trámite a la exclusión de las pruebas que sean obtenidas con violación de los derechos fundamentales, encaminado esto a que la etapa de juicio oral está basada únicamente en tratar el tema de la responsabilidad penal del acusado. Para que esta etapa del proceso penal en cuanto al material probatorio y su exclusión se surta con éxito el juez y las partes deben tener claridad en algunos aspectos fundamentales como es. Las pruebas que serán objeto del debate teniendo en cuenta aquellas de tienen relación directa con la afectación a los derechos fundamentales como aquellas que soy derivadas de estas, cual es el derecho fundamental que fue violentado, y si este admite facetas se hace necesario especificar cuál de estas se ve violentada, adicionalmente debe establecerse en qué consistió la violación y finalmente el nexo causal. "la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales". (CSJ Sentencia AP 1465-2018, 2018)

Es importante señalar y diferenciar las distintas formas de obtener información que involucren al indiciado, imputado o acusado mediante la búsqueda selectiva en bases de datos, partiendo de la garantía del respeto de los derechos fundamentales (Castillo y Ramírez, 2015).

"Para establecer si se requería orden judicial o si el acto de investigación estaba sometido a determinados requisitos legales, necesariamente debe precisarse el contenido de la evidencia". (CSJ Sentencia AP 1465-2018, 2018), para con ello respetar su derecho a la intimidad (Art. 15 C.P.)

Es así que una de las excepciones del control previo de la búsqueda selectiva en bases de datos, es cuando de forma libre y voluntaria alguno de los intervinientes o partes autorizan o aportan la información extraída ya sea de equipos computarizados fijos o móviles con el fin de aportar elementos a la investigación. "Estos sistemas de información, mecánicos o computarizados, constituyen documentos cuyo examen judicial se rige por las reglas que regulan las diligencias de inspección o registro de objetos o documentos". (Bedoya-Sierra, 2008, p. 52)

En la normativa colombiana, a diferencia de otras, se permite la injerencia con solo la orden por parte de la Fiscalía General de la Nación (FGN) , "abrir y examinar un teléfono celular no implica una interceptación, sino un intrascendente registro de datos" (Fernández, 2017, párr.4).

En este sentido la CSJ en Sentencia Proceso 29991(2008 citado en Fernández, 2017) señaló: "Resulta inconsecuente creer que revisar la información contenida en un teléfono celular, implica

intromisión a la privacidad o el acceso a información confidencial” (párr. 5), ya que la información contenida no es una base de datos, sino aleatoria creada por el usuario

Para las altas Cortes, (Fernández, 2017), el revisar la información archivada en el teléfono celular no es clasificada como intromisorio a la privacidad de las personas, puesto que puede ser considerado como un documento digital extraído por la Fiscalía o defensa, según sea el caso, como un acto investigativo siempre y cuando sea absolutamente necesario, respetando que sea razonable y proporcional

En cuanto a la intimidad personal, el artículo 15 superior dice “...todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar...el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar...” (p. 15). En tal circunstancia el Estado tiene dos formas legítimas para acceder a las comunicaciones e información donde participen los procesados; como lo son por un acto de liberalidad o a través de un acto de investigación el cual requerirá control previo o posterior como lo establecen los artículos 236, 237, 244 y 246 de la Ley 906 de 2004(CPP).

El derecho a la intimidad consagrado en la C.P., aunque no es absoluto, su control o mengua por parte del Estado mediante su ejercicio de administración de justicia por medio de la FGN, debe tener establecidos unos límites por medio de procesos y procedimientos, (Espitia, 2015), es por tal que para el recurrente algunos términos que impugna de los artículos en comento de la norma procesal son inconstitucionales, ya que autorizan, por así decirlo, la realización de diligencias que afectan derechos fundamentales como es el caso de la búsqueda de información confidencial en bases de datos, sin contar con la previa autorización del juez de control de garantías, y, sin que la medida se encuentre prevista en las excepciones a ese control previo, que establece el núm.-I 2º del art. 250 de la Constitución.

El legislador ha adoptado, por así decirlo, la potestad de establecer los procedimientos que demandan control previo del juez de garantías (art. 246 CPP) a partir de la ubicación de la medida en la ley, prescindiendo del criterio valorativo determinante que es la afectación de derechos fundamentales y la regulación constitucional. Concepto en el que están de acuerdo la Fiscalía, la Procuraduría y el Decano de la Universidad Libre en sus intervenciones. (Vila- Casado, 2007).

Atañe a la Corte establecer, como es bien sabido, si los preceptos o expresiones demandadas contenidas en los artículos 14, 244 y 246 de la norma procesal, transgreden los preceptos constitucionales que autorizan la búsqueda selectiva de datos personales referidos al indiciado o imputado en las bases de datos que contienen información, teniendo la claridad cuando estas no son de libre acceso o confidencial (Sánchez, 2014), contando únicamente con la autorización previa del Fiscal que dirija la investigación.

Lo anterior teniendo en cuenta el núm. 3 del art. 250 de la C.P. que especifica que la FGN está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que contemplen delitos que le sean notificados, debe investigarlos a fondo, respetando aquellos casos que requiera el principio de oportunidad a cargo de un Juez de Garantías, o los cometidos por la fuerza pública, debe asegurar las pruebas y su cadena de custodia; estableciendo así las facultades y/o atribuciones a la FGN para asegurar los elementos materiales probatorios, indicando en qué casos específicos y cuándo esos actos de investigación impliquen afectación a derechos fundamentales, para lo cual debe contar con autorización previa por parte de un Juez de Control de Garantías.

La Corte Constitucional en Sentencia C-336 de 2007 en su decisión resolvió declarar exequible la expresión “cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos

computarizadas, que no sean de libre acceso del art. 14, y el inc. 2 art. 244 Ley 906/2004, bajo la condición de preexistencia de orden de autoridad competente. (p. 7)

Es importante resaltar el salvamento de voto por parte del Magistrado JAIME ARAUJO RENTERÍA, quien aduce no estar de acuerdo con la decisión de la Corte, manifestando que: toda búsqueda selectiva en bases de datos regulada en los arts. 14, 244 y 246 Ley 906 de 2004, no están mencionados en las excepciones del art. 250 núm. 3 de la carta Magna y vulnera el derecho de Habeas Data del art. 15 superior, dejando a criterio de la Fiscalía dicha actuación (Corte Constitucional Sentencia C-336 de 2007).

El control previo por parte de un juez de garantías para la obtención de información en búsqueda selectiva en bases de datos, tiene unas características importantes y diferenciadoras como lo son; cuando la información que involucren al indiciado o imputado es personal y no se encuentre públicamente, quiere decir que sea privada pero que igualmente se encuentre almacenada como base datos y no como datos volátiles que se pueden encontrar en los teléfonos celulares, en el entendido que dicha información no es considerada como base datos, por tal motivo no requiere autorización previa, sino un control posterior, "que la misma es un documento digital, en consonancia con lo previsto en el numeral 2 del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal, que considera como prueba documental a las grabaciones magnetofónicas...(CSJ . Sentencia 37431 de 2011, p. 8)

Según la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-336 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño) cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en bases de datos, que no sean de acceso público y que dicha información sea organizada, sistemática y administrada con fines legales por entidades públicas o privadas debe tener un control previo por parte de un juez de garantías, así el artículo 250 superior lo exceptúa o no lo haya especificado se debe realizar el análisis del procedimiento por parte del ente acusador y esta manera realizar el acto de investigación, propendiendo siempre la protección de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

Basados en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia se puede entrar a diferenciar los actos que se consideran de investigación y aquellos que son producto de un estado de libertad de los interlocutores. Esta diferenciación permite tener claridad de los actos de investigación sujetos a control ya sea posterior o por el contrario previo a la actuación del funcionario de policía judicial.

Es claro que la recuperación de información obtenida de un teléfono móvil no es considerada una búsqueda selectiva en base de datos por tal motivo no requiere autorización previa del ente acusador, pero si un control posterior ante Juez de garantías según el artículo 237 de nuestra norma procesal, como bien lo expresa en el Ámbito Jurídico Fernández (2017) es una medida excepcional, probatoria exclusiva para delitos graves y que debe contar con la asistencia del imputado y su defensor para que ejerzan el contradictorio, si lo desean.

REFERENCIAS

Bedoya-Sierra, L.F. (2008). La prueba en el proceso penal colombiano. Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>

Castillo, Y. y Ramírez, G. (2015). Inaplicabilidad del Control Previo en la búsqueda selectiva en base de datos frente al delito de inasistencia alimentaria. [Tesis Maestría, Universidad Militar de Colombia.

<http://repository.unimilitar.edu.co/jspui/bitstream/10654/7595/1/INAPLICABILIDAD%20DEL%20CONTROL%20PREVIO%20EN%20LA%20B%20C3%9ASQUEDA%20SELECTIVA%20EN%20BASE%20DE%20DATOS%20FRENTE%20AL%20DELITO%20DE%20INASISTENCIA%20ALIMENTARIA.pdf> , Acceso 05 de marzo de 2018.

Constitución Política de Colombia (1991). Revisada y actualizada. Legis. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2007, Mayo 9). Sentencia C-336/07. Referencia: expediente D-6473. Base de datos personales de indiciado o imputado. Magistrado Ponente. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-336-07.htm>

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2008, julio 2). Sentencia proceso 29991. Acta 175. Magistrado Ponente. Julio Enrique Socha Salamanca. <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-corte-suprema-justicia-sala-penal-02-43756547>

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2018, abril 11). Sentencia AP 1465-2018 Radicado número 52320 M. P. Patricia Salazar Cuellar. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/AP1465-201852320.pdf>.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2011, noviembre 23) Sentencia Proceso 37431 Acta 411. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. <https://cortesuprema.gov.co/relatorias/spa/3>

Espitia, F., (2015). Instituciones de Derecho Procesal Penal. Legis

Fernández, W. (2017, marzo 23). La recuperación judicial de información almacenada en celulares. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/la-recuperacion-judicial-de-informacion-almacenada-en-celulares>. Acceso 05 de marzo de 2018.

Ley 906 (2004, agosto 31). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de Colombia. Diario Oficial [D.O.]. 45.658 del 1 de septiembre de 2004. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf.

Sánchez, E. (2014) Derecho Penal Constitucional, El Principalísimo Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia.

Vila- Casado, I. (2007). Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Legis.

Todo el contenido de **LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades**, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia Creative Commons .