



Nº 01473

Bogotá, 3 de julio de 2014.



Sistema de Gestión - PofanCol

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: Jorge Pretelt Chaljub

E. S. D.



Despacho Fiscal General;



No 2014-100-000882-1

Fecha Radiado: 03/07/2014 18:35:35

Nivel Central

Ref: Expediente D-10273. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 54 parcial de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 239 de la Ley 906 de 2004.

JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.738.338, actuando en calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 9º del Decreto 016 de 2014 "*Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación*"¹, respetuosamente me permito intervenir ante ustedes con el objeto de defender la constitucionalidad del artículo 54 de la Ley 1453 de 2011, demandado parcialmente, y que modifica el artículo 239 de la Ley 906 de 2011.

¹ Decreto 016 de 2014, "*Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación*, Artículo 9: La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación.

Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01, BOGOTÁ D.C.
CONMUTADOR 5702000 - EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Nº 01473

1. Objeto de la Demanda.

La actora pretende que se declare la inexecutable parcial del artículo 54 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, el cual modificó el artículo 239 de la Ley 906 de 2011, norma que expresamente establece lo siguiente (se subraya lo demandado por supuesta inconstitucionalidad):

"ARTÍCULO 54. VIGILANCIA Y SEGUIMIENTO DE PERSONAS. Vigilancia y seguimiento de personas. El artículo 239 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 239. Vigilancia y seguimiento de personas Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía Judicial. Si en el lapso 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 que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.



Nº 01473

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. Vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado".

1.1. Normas Constitucionales Infringidas.

De acuerdo con los planteamientos señalados por la parte demandante, la norma cuya inexecutable se acusa vulnera lo preceptuado en los artículos 1o, 2o, 15 y 28 de la Constitución Política, referentes a la dignidad humana, a la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y, principalmente, al derecho a la intimidad personal y familiar.

1.2. Sustento de la Violación.

A pesar de que la accionante no relaciona los cargos para fundamentar la demanda de inconstitucionalidad, en seguida se hará un resumen de los tres principales argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad:

a) La demandante señala que la norma demandada vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar del indiciado o del imputado en un proceso penal.

De acuerdo con el escrito presentado por la actora, la norma acusada vulnera los artículos 1o, 2o, 15 y 28 de la Constitución Política, al contemplar la posibilidad de que el fiscal encargado ordene el seguimiento pasivo de vigilancia al indiciado o imputado dentro de un proceso penal, con el propósito de obtener información útil para la

3

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 - EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Nº 01473

investigación que adelanta. Y que además, pueda utilizar cualquier medio que la técnica investigativa aconseje para el seguimiento, como son por ejemplo: fotografías y videos, ya que ello desconoce el derecho a la intimidad personal y familiar de la persona implicada en la investigación penal.

Según la accionante, el hecho que el fiscal del caso pueda ordenar dentro de una investigación penal el seguimiento a personas a partir de indicios; es decir, de la única posibilidad de haber incurrido o estar incurriendo en una conducta punible, atenta contra los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Y más aún, permite que los funcionarios judiciales den prevalencia a sus criterios subjetivos sin ningún tipo de control y razonabilidad.

b) La demandante señala que la norma demandada vulnera el principio de dignidad humana.

Otro de los argumentos expuestos por la demandante, desarrolla que el artículo 54 de la Ley 1453 de 2011 contraviene el principio de dignidad humana consagrado en la Constitución Política, bajo el entendido que la vigilancia ordenada por el fiscal encargado de la investigación penal, vulnera los principios de libertad, autonomía individual y de igualdad.

De igual manera, el artículo demandado atenta contra el principio de igualdad, ya que pone al individuo en un estado de discriminación frente a los demás ciudadanos.

c) La demandante señala que la norma es inconstitucional porque al expedirla el legislador no puso límites al seguimiento y vigilancia de personas.

Finalmente, la accionante asegura que la norma demandada viola los artículos 10, 20, 15 y 28 de la Constitución Política, ya que el Legislador no creó un verdadero límite al seguimiento pasivo

4

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.
CONMUTADOR 5702000 - EXTS. 4598-4591
www.fiscalia.gov.co



Nº 01473

solicitado por el fiscal y autorizado por el juez de control de garantías y simplemente se refirió al cuidado de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

Lo anterior deja, según el texto la demanda, a la voluntad del fiscal y de la policía judicial el alcance que pueda tener la vigilancia y el seguimiento pasivo adelantando contra a una persona indiciada o sindicada dentro de un proceso penal.

Después de presentar sucintamente los argumentos presentados por la demandante, procederemos a defender la constitucionalidad del Artículo 54 de la Ley 1453 de 2011 con el fin de mostrar que el derecho fundamental a la intimidad, que alega la demandante es conculcado, tiene diferentes ámbitos de protección constitucional, razón por la cual, en algunos casos puede ser limitado.

2. Argumentos que fundamentan la solicitud de declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

Con el propósito de desvirtuar los argumentos expuestos por la demandante y según los cuales, el artículo 54 parcial de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 239 de la Ley 906 de 2011, vulnera las normas constitucionales y por ello, debe ser declarado exequible, desarrollaremos dos argumentos:

El primer argumento que queremos exponer, busca analizar la figura del seguimiento pasivo dentro del ordenamiento jurídico colombiano como el reconocimiento constitucional que ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre esta particular forma de investigación penal.

Así mismo, como del seguimiento pasivo a personas implicadas o imputadas dentro de un proceso penal se desprende una supuesta injerencia en el derecho fundamental a la intimidad, buscaremos con el

5

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 - EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Nº 01473

segundo argumento justificar cómo a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual distingue tres ámbitos del derecho a la intimidad, el Legislador puede autorizar intromisiones legítimas. Para ello, haremos alusión a otros casos decididos por el Alto Tribunal constitucional y daremos cuenta de las principales reglas jurisprudenciales que existen sobre la materia.

De esta manera, concluiremos que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que posibilita en ciertos casos, y con las garantías suficientes, que las instituciones del Estado puedan adelantar medidas de seguimiento pasivo, que tengan como fin esclarecer conductas punibles.

2.1. Seguimiento pasivo como estrategia de investigación penal.

No existe duda que la Fiscalía General de la Nación tiene como función constitucional *"investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes"* (Art. 250 C.P.) y para ello, debe *"Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley"* (art. 250-3 C.P.).

Por eso es que la Fiscalía, con el fin de ejercer la acción penal y reunir los elementos de prueba suficientes para adelantar un proceso penal exitoso, se ve en la tarea de coordinar las labores de investigación que han de adelantar los funcionarios judiciales o de policía judicial.

Ya la Corte Constitucional reconoció la importancia de las investigación que adelanta la Fiscalía General de la Nación con el apoyo de la Policía Judicial al realizar el control de constitucionalidad del Decreto Legislativo No. 2002 de 2002, expresó en relación con esas funciones lo siguiente:

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 - EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Nº 01473

"Ante todo ha de recordarse por la Corte que el proceso penal requiere para adelantarse la realización de una labor investigativa, razón está por la cual la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial, se la confió la Constitución de manera específica al Fiscal General de la Nación (art. 250, numeral 3), ya sea que ella se realice en forma permanente por la Policía Nacional o por los demás organismos que señale la ley.

Es claro, que ello ha de ser así. Por eso, el Código de Procedimiento Penal, en su Libro II, dedicado a la investigación, reitera en primer término la función constitucional del Fiscal General de la Nación o de sus delegados a que ya se hizo alusión (art. 311), y, en el artículo siguiente determina con precisión cuáles son los servidores públicos que ejercen funciones de policía judicial, tanto de manera permanente como especial...

(...)

Es pues la función de policía judicial un elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado. Ha de desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por ministerio de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público"². (Negritas fuera del texto original)

Una de las formas que tiene la Fiscalía para determinar la necesidad o no de vincular a la persona, o incluso de conocer a fondo los *modus operandi* de las organizaciones criminales, consiste en la vigilancia que hace la Policía Judicial a un indiciado o imputado cuando existan serios motivos para inferir que del seguimiento puede obtenerse información útil para la investigación penal³.

² Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

³ Corte Constitucional, Sentencia C-431-03, M.P. Alfredo Beltrán Sierra



Nº 01473

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que este tipo acciones son necesarias a la hora de enfrentar la criminalidad y más aún, garantizan el cumplimiento de los fines del Estado. En este sentido se pronunció el Alto Tribunal:

*"(...) la incursión o seguimiento pasivo que contempla el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal acusado, buscan anticiparse a las acciones de la delincuencia, mediante la verificación de que en efecto se ha dado inicio a la preparación de un delito. Así mismo, tiene como finalidad recopilar material que permita estructurar una eventual investigación, lo cual lejos de vulnerar la Constitución Política, busca dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado al propender por el aseguramiento de la convivencia pacífica, para lo cual están constitucionalmente facultadas las autoridades de la República quienes deben actuar coordinadamente en el logro de esos fines."*⁴

De igual manera, para la Corte Constitucional existen suficientes herramientas que garantizan la no violación de los derechos fundamentales cuando se es objeto de seguimiento pasivo por parte de la Policía Judicial, previa autorización del juez de garantías. Se resalta por ejemplo, que la Constitución Política exige que las acciones que se lleven a cabo dentro de un proceso de investigación penal respeten el derecho a la vida, la igualdad, la libertad, el debido proceso y los pactos internacionales que sobre derechos humanos que haya ratificado el Estado colombiano⁵.

Adicionalmente este tipo de injerencias medias e intensas en derechos fundamentales han sido consideradas constitucionales, especialmente cuando está prevista la reserva judicial, como en el presente caso. Es decir: cuando de forma previa o posterior se necesita control del juez para garantizar que la afectación de los derechos fundamentales es

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-444 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz



Nº 01473

razonable y ajustada a la Constitución, al debido proceso y a las disposiciones legales.

Los anteriores elementos de juicio permitieron que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se pronunciara a favor de la exequibilidad de las acciones de seguimiento, toda vez que tiene una finalidad constitucionalmente válida, lo que hace de este tipo de investigación:

*"(...) una herramienta valiosa de política criminal que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración encontró importante delegar en el ente acusador con el fin de identificar, individualizar o capturar los autores o partícipes, desarticular empresas criminales, impedir la ejecución o consumación de conductas punibles, determinar la procedencia de la acción penal, recaudar pruebas, atender solicitudes de asistencia judicial, determinar el origen de los bienes y ubicar víctimas."*⁶

2.2. Consideraciones constitucionales sobre el derecho fundamental a la intimidad.

El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, define el derecho fundamental a la intimidad como un derecho protegido por el Estado, cuya afectación necesita de orden judicial emitida por autoridad judicial competente, en los casos y exigencias que determine la ley.

"Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...) La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

Nº 01473

judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley...

El mismo tratamiento de protección a la intimidad personal tiene eco en el ámbito internacional. Tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷ como la Convención Americana de Derechos Humanos⁸, ambos documentos ratificados por Colombia, no admiten injerencias ilegales o abusivas en la vida privada de la persona, su familia, su domicilio o su correspondencia, y exigen la protección legal contra tales intromisiones a la intimidad.

Con el fin de desarrollar el contenido del derecho fundamental a la intimidad de la persona, primero se contextualizará dicho derecho dentro del ordenamiento penal colombiano, posteriormente se demostrará porque el derecho a la intimidad no tiene un carácter absoluto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Seguidamente se evaluará la razonabilidad y proporcionalidad del seguimiento pasivo solicitado por el fiscal del caso. Y finalmente, se dará cuenta de otros casos ya decididos por el Alto Tribunal en los que se acepta la constitucionalidad de limitaciones al derecho a la intimidad.

2.2.1. El derecho a la intimidad dentro el ordenamiento legal colombiano.

La Ley 906 de 2004, dentro de los principios rectores y garantías procesales, define el derecho a la intimidad en su artículo 14, como

⁷Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación del Congreso mediante la Ley No. 74 de 1968, en su artículo 17, dispone: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, no de ataques ilegales a su honra y su reputación. 2. Toda persona tiene derecho a protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

⁸La Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973, establece en su artículo 11: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".



Nº 01473

un derecho de toda persona para no ser molestada en su vida privada.

Artículo 14. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.

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

Como se aprecia, el Código de Procedimiento Penal incluye clara restricción al derecho a la intimidad, al admitir que este derecho de carácter fundamental puede ser afectado por orden escrita del Fiscal General de la Nación, o su delegado.

Esta injerencia, entendida como la excepción a la regla en el derecho a la intimidad, exige la vigilancia judicial a través del juez de control de garantías que tiene el deber de determinar la legalidad formal y material de la actuación que solicita la Fiscalía General de la Nación.



Nº 01473

De esta manera, en aquellos casos que el fiscal del caso considere necesario adelantar un seguimiento pasivo a una persona implicada o sindicada dentro de un proceso penal, y que lleva ha de llevar a cabo la Policía Judicial, debe recurrir al juez de garantías con el fin que la autoridad judicial en una audiencia de revisión de legalidad autorice dicho procedimiento. Con el requisito además, que después de ocurrido el seguimiento la misma autoridad judicial deberá estudiar la legalidad de lo actuado y las acciones llevadas a cabo por la Policía Judicial.

*"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. Vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado"*⁹.

Esta intromisión al derecho a la intimidad, lleva a determinar si las actividades de seguimiento pasivo que autoriza el Artículo 54 de la Ley 1453 de 2011 atiende un fin constitucionalmente válido. Es decir, si responde a un interés público y a la satisfacción de un interés constitucionalmente legítimo.

2.2.2. El derecho fundamental a la intimidad no es absoluto.

La Corte Constitucional en múltiples decisiones ha determinado que los derechos fundamentales no son absolutos, lo cual quiere decir que los mismos pueden llegar a tener algún grado de injerencia o limitación siempre que tal afectación sea proporcional para que no pierda legitimidad. La Corte ha señalado en este sentido:

⁹ Ley 1453 de 2011, Artículo 54



Nº 01473

"En efecto, de ser los derechos "absolutos", el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los "derechos absolutos" tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho.

(...)

En estas condiciones, la tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro. Así por ejemplo, las reglas del procedimiento penal surgen como resultado de la ponderación de todos los derechos e intereses inmersos en la cuestión criminal: la garantía de los derechos que pueden verse afectados por una acción delictiva, la defensa del inocente, la búsqueda de la verdad, etc."¹⁰

Es por ello que, el derecho a la intimidad puede verse limitado ya sea por el interés general, cuando el ejercicio de la intimidad perjudica la convivencia pacífica o amenaza el orden justo, o en aquellas circunstancias en las que su disfrute lleva a una colisión con otros derechos individuales que compartan el carácter de fundamental, como por ejemplo, el derecho a la información, la dignidad humana y la libertad¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. MP: Jaime Araujo Rentería.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2008. MP: Rodrigo Escobar Gil.



Nº 01473

Lo anterior permite afirmar que el derecho fundamental a la intimidad no es absoluto y puede ser restringido. Sin embargo, su restricción debe ajustarse a ciertos criterios y más aún, no puede afectar los fines constitucionales del Estado. Para poder definir dichos límites, resulta imperativo que el juez de garantías efectúe un test de razonabilidad y proporcionalidad sobre la orden de seguimiento pasivo contenida en el artículo 54 de la Ley 1453 de 2011.

2.2.5 Test de razonabilidad y proporcionalidad sobre la orden de seguimiento pasivo.

Como ya se indicó, los derechos fundamentales admiten límites, siempre y cuando, dichas restricciones sean necesarias, razonables y proporcionales¹².

No hay duda que las medidas de vigilancia y seguimiento ordenadas por el fiscal del caso con el fin de proteger otros derechos, que pueden ser aún más sensibles que el de la intimidad, ya que ponen en riesgo los intereses generales que sobrepasan los de carácter personal, es una situación que exige adelantar un ejercicio que determine si dicha restricción al derecho a la intimidad es necesario, razonables y proporcional.

Con en el fin de mostrar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la norma, y de esta manera justificar su exequibilidad, destacaremos los siguientes elementos que incluyó el Legislador con el limitar la facultad que tiene el fiscal del caso a la hora de solicitar seguimientos de carácter pasivo a personas sindicadas o vinculadas dentro de un proceso penal.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán



Nº 01473

a. El seguimiento debe tener un límite temporal.

El primer elemento que resaltamos tiene que ver con la temporalidad de la orden de seguimiento previo. Según la norma demandada, la vigilancia y seguimiento tiene un término de vigencia de un año. Sin embargo, el término puede ser extendido con autorización del Juez de Control de Garantías, teniendo en cuenta el material probatorio y bajo los criterios de razonabilidad y necesidad.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-431 de 2003, en la cual examinó las funciones constitucionales atribuidas a la Fiscalía General de la Nación para la vigilancia de conductas encaminadas a trascender penalmente, hizo el siguiente pronunciamiento:

(...) que Las actividades de incursión o seguimiento pasivo a que se refiere la disposición acusada no pueden ser de carácter permanente e indefinido, sino que necesariamente habrán de ser temporales y realizadas de manera razonable, de tal suerte que en ningún caso puedan significar hostigamientos abusivos, pues la política criminal del Estado ha de adelantarse siempre conforme a la Constitución (...).¹³

Frente a la condición de esta medida, la Corte indicó que tal ejecución encuentra límites temporales y su actuar debe circunscribirse al marco impuesto por el legislador para el cumplimiento de sus fines.

b. El seguimiento debe ser ordenado por una autoridad competente.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán



Nº 01473

El segundo elemento, tiene que ver con la autoridad que ordena el seguimiento, toda vez que debe ser ordenado por el fiscal encargado de la investigación.

En conexión con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia atrás mencionada C-431 de 2003, expresó:

“La intervención del Fiscal General de la Nación o de su delegado en la incursión o seguimiento pasivo por parte de funcionarios judiciales o de policía judicial en actividades relacionadas con la preparación de un hecho punible, le permite como cabeza máxima de la actividad de policía judicial, coordinar las labores de inteligencia, pesquisas, operaciones especiales a través de agentes encubiertos, y en general la utilización de las técnicas desarrolladas por la policía judicial, con el fin de que se lleven a cabo ajustándose a los requerimientos del debido proceso, sin que ello implique la punición de esos actos, ni la calificación previa de elementos que puedan eventualmente ser considerados como prueba, ni el peso relativo que puedan tener en el contexto de un proceso penal en caso de que a ello haya lugar, por cuanto esas actividades de seguimiento previo solamente podrán ser tenidas como criterios orientadores de la investigación, sin perjuicio de que el Fiscal General pueda a partir de esos informes producir dentro del proceso la prueba requerida a fin de esclarecer la veracidad de los hechos que han dado lugar a la procedencia de la acción penal cuando fuere el caso”.

c. Deben existir serias razones que justifiquen el seguimiento

En tercer lugar, el seguimiento al que se refiere el artículo 54 de la Ley 1453 de 2011 debe basarse principalmente en motivos razonablemente fundados, que indiquen que la persona puede ser autor o partícipe de la

16

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 - EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Nº 01473

conducta investigada, de acuerdo con el examen y análisis que haga del acervo probatorio recaudado, para concluir que el investigado puede conducir a obtener información útil dentro de la investigación que se adelanta.

Particularmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que contempla que este tipo de afectaciones al derecho a la intimidad, exige que los seguimientos estén soportados en indicios concretos y razonables. Así lo ha indicado la jurisprudencia constitucional:

"(...) Si bien es verdad que las autoridades competentes tienen que realizar actividades tendientes a la prevención de las conductas delictuosas, ello no puede quedar al capricho o al arbitrio de quienes desempeñen funciones de policía judicial, pues se pondría en serio peligro la libertad personal. Por esto, la autorización que se confiere al Fiscal General de la Nación o al Fiscal Delegado en quien delegue esa función, para ordenar la incursión o seguimiento pasivo por funcionarios judiciales o de policía judicial a quienes puedan realizar actos de preparación de conductas tipificadas en la ley penal, no puede legítimamente abarcar a personas que se consideren "sospechosas" de tales conductas, sino que se requiere la existencia de circunstancias objetivas, externas, que constituyan indicios concretos sobre el particular o la existencia de a lo menos un principio de prueba, para que las autoridades mencionadas puedan iniciar la incursión o seguimiento pasivo de alguien (...). (negrilla fuera del texto original)

De esta manera, y como lo muestra el artículo 54 de la Ley 1453 de 2011, la medida de seguimiento pasivo no puede responder a una orden caprichosa ni arbitraria por parte del operador judicial, sino que tal actividad debe obedecer a circunstancias objetivas y externas.



Nº 01473

d. La orden de seguimiento debe pasar por control judicial previo como posterior

Finalmente, el último inciso demandado del artículo 54 de la Ley 1453 de 2011 exige un doble control judicial a las medidas de seguimiento que imparta el fiscal encargado del caso.

La norma se refiere a un control anterior y a un control posterior: por un lado, el examen del Juez de Control de Garantías dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden emitida por parte del fiscal. Y por el otro, el examen dentro de las 36 horas siguientes a la realización de la labor o ejecución del seguimiento, con el fin de determinar la legalidad de la actuación.

Lo anterior quiere decir que la norma impone en la medida de seguimiento y vigilancia ordenada por el fiscal encargado de la investigación, un doble control de legalidad ante el juez competente: sobre la orden que emite el fiscal y sobre la ejecución de la misma.

Respecto a este doble control constitucional, no es entonces cierto, como lo manifestó la demandante, que el legislador no puso un verdadero límite a la vigilancia del indiciado o imputado o de terceros.

Además, como ya lo expresó la Corte Constitucional, en los casos que las medidas solicitadas por la Fiscalía puedan afectar el derecho a la intimidad, el juez de garantías está en la obligación de determinar si dicha solicitud afecta de sobremanera el núcleo esencial del derecho a la intimidad. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte precisó los criterios que el funcionario judicial ha de tener en cuenta a la hora de decidir:



Nº 01473

"La evaluación de la limitación del derecho a la intimidad en este contexto, ha de realizarse en cuatro pasos. En primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado. La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores en juego".

La Corte al desarrollar los anteriores cuatro pasos, los cuales determinan las limitaciones constitucionales y legítimas al derecho a la intimidad, buscó prohibir los excesos que puede causar la excesiva injerencia a este derecho. Por esta razón, y siguiendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad atrás expuestos, permiten que la orden del fiscal del caso se ajusten a un propósito constitucionalmente aceptado, conveniente y necesario.

De este modo, el fiscal encargado de la investigación del caso deberá demostrarle al juez de Control de Garantías, con exigencia de convencimiento, que la medida y actuación de vigilancia y seguimiento de personas adelantadas, es razonable, proporcional y constitucionalmente legítima.

Vale la pena tener en cuenta los argumentos ya expresados y advertir que el seguimiento pasivo de personas tiene sus limitaciones al prohibir la afectación al derecho a la intimidad cuando dicha actuación no esté ceñida a los fines estrictamente perseguidos por la política criminal del Estado colombiano, habida cuenta que el derecho a la intimidad es de carácter fundamental consagrado en la Constitución Nacional.



Nº 01473

En consecuencia, y según las consideraciones anotadas, resulta claro que no le asiste ninguna razón a la parte actora para señalar que el artículo 54 parcial de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 239 de la Ley 906 de 2011, viola los parámetros constitucionales invocados como transgredidos, pues como se explicó líneas atrás dicha norma está acorde con los mandatos superiores, jurisprudenciales y legales, vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.2.3. Pronunciamiento jurisprudencial respecto del derecho a la intimidad.

Estudiados los desarrollos jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad, y después de haber formulado un juicio de razonabilidad sobre la posibilidad que tienen los fiscales a la hora de ordenar un seguimiento de carecer pasivo como estrategia de investigación penal, resulta necesario conocer otros los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana en los que se ha encontrado exequible limitar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

La Sentencia C-505 de 1999, que resolvió la constitucionalidad de la norma que permitía a la DIAN adelantar “mediante resolución motivada” el registro de oficinas y establecimientos comerciales de los contribuyentes, la Corte en esa oportunidad, se refirió a los ámbitos del derecho a la intimidad y la posibilidad de una intromisión a este derecho. Advirtió lo siguiente:

“Así en Alemania, el tribunal constitucional ha diferenciado tres ámbitos: la esfera más íntima corresponde a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según esa corporación, un ámbito intangible de la dignidad humana. La

20

Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01, BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Nº 01473

garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y finalmente, el tribunal de ese país habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o más públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que las autoridades pueden examinar e informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad.

16- La Corte Constitucional considera que esa gradación de las esferas de intimidad es aplicable, mutis mutandi, en el ordenamiento constitucional colombiano, y es esencial para el estudio del alcance de la reserva judicial en materia de inviolabilidad domiciliaria. (C.P. art. 28).¹⁴

Posteriormente, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1723 de 2000, resolvió una tutela en contra de la empresa TELECOLOMBIA LTDA, por la emisión del “programa Unidad Investigativa”, donde se expusieron aspectos íntimos de la vida privada, de la salud y del comportamiento sexual sin autorización del demandante. La Corte negó las pretensiones de la tutela instaurada, al considerar que no había vulnerado los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la honra y al debido proceso del

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-505 del 14 de julio de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Nº 01473

demandante, toda vez que, su actuación estuvo ajustada a los parámetros constitucionales previstos para el ejercicio de la libertad de información.

2.3 Conclusión

De lo anterior se desprende que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y por lo tanto, es legítimo que el Legislador le imponga restricciones y limitaciones como es el caso de adelantar seguimientos pasivos a personas vinculadas a un proceso penal en etapa de investigación.

Además, como lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Constitucional el derecho a la intimidad se compone de tres ámbitos: el primero relacionado con el personal, que alude a la esfera privada de la persona que tiene que ver con sus pensamientos y sentimientos los cuales pueden ser divulgados bajo su propia voluntad. El segundo relacionado con el familiar, que hace parte de la esfera privada que alude a los acontecimientos del núcleo familiar, con posibilidades de injerencia. Y el social que corresponde a las relaciones del individuo con menor protección constitucional y mayor posibilidad de injerencia¹⁵.

La medida consagrada en el Artículo 54 de la Ley 1453 de 2011 es constitucional toda vez que garantiza que el seguimiento pasivo tenga un término temporal, es ordenado por una autoridad legítima, esta soportada por razones objetivas y además exige un doble control por parte del Juez de Control de Garantías (reserva judicial).

3. Petición a la Honorable Corte Constitucional

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 2001, MP: Cristina Pardo Schlesinger.



Nº 01473

Con fundamento en los argumentos señalados en el presente memorial, respetuosamente se solicita a esa Honorable Corporación, desestimar las pretensiones de la demandante y declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 54 parcial de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 239 de la Ley 906 de 2011.

4. Notificaciones

Recibiremos notificaciones en la Secretaría de la Corte Constitucional o en la Diagonal 22 B No. 52 – 01, sede de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación de la ciudad de Bogotá.

5. Anexos

- Acta de Posesión de fecha 20 de mayo de 2014, en un (1) folio.
- Resolución No. 2-0272 del 20 de mayo de 2014, en tres (3) folios.

Cordialmente,

JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO (e)
Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales
Fiscalía General de la Nación



ACTA DE POSESIÓN

En la ciudad de Bogotá D.C., el día 20 de mayo de 2014, se presentó en el Despacho del Fiscal General de la Nación, el doctor **JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO**, identificado con cédula de ciudadanía **No. 79.738.338**, con el fin de tomar posesión en encargo, del cargo de **DIRECTOR ESTRATÉGICO II**, de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, sin separarse de las funciones propias de su cargo, de conformidad con la Resolución **No. 2-0272** del 20 de mayo de 2014.

Prestó el juramento de rigor conforme a los preceptos legales, por cuya gravedad se compromete a cumplir y hacer cumplir la Constitución Política y las Leyes de la República y desempeñar fielmente los deberes que el cargo le impone. Igualmente, se le enteró del artículo 60. de la Ley 190 de 1995.

Para constancia, se firma la presente Acta por quienes en ella intervinieron.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación

JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO
Posesionado



RESOLUCION No. 2 - 0 2 7 2

Por medio de la cual se efectúa un encargo

LA SUBDIRECTORA DE TALENTO HUMANO (E)

En uso de las facultades legales, especialmente las que le confiere el literal a) del numeral 3º del artículo 3º de la Resolución 0-0787 del 9 de abril de 2014, y

CONSIDERANDO QUE:

El cargo de Director Estratégico II de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, se encuentra vacante definitivamente, con el visto bueno del Despacho del Fiscal General de la Nación.

Por instrucción del Despacho del Fiscal General de la Nación, solicita encargar del cargo de Director Estratégico II de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, al doctor JAVIER HERNAN TOVAR MALDONADO quien ocupa el cargo de DIRECTOR ESTRATEGICO II DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y PLANEACIÓN.

Revisado por el Despacho del Fiscal General de la Nación y por la Subdirección de Talento Humano el extracto de hoja de vida del doctor JAVIER HERNAN TOVAR MALDONADO, a encargar en el cargo de Director Estratégico II de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, se constató que reúne los requisitos exigidos para ocupar el cargo.

El artículo 6º del Decreto 021 del 09 de enero de 2014, señala: *"Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Fiscalía General de la Nación o de las entidades adscritas, para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular desvinculándose o no de las propias de su cargo."*

El encargo no interrumpe el tiempo de servicios en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del servidor."

El artículo 8º del decreto 021 del 09 de enero de 2014, establece: *"En caso de vacancia temporal, el tiempo máximo de duración del encargo será el término de duración de aquella. En caso de vacancia definitiva hasta el momento en que se provea el cargo o hasta la fecha determinada en el respectivo acto administrativo."*

Con Resolución 0-0787 del 9 de abril de 2014, artículo 3 numeral 3, el señor Fiscal General de la Nación, delegó en la Subdirección del Talento Humano, el ejercicio de las siguientes funciones: *"Expedir los actos administrativos relacionados con las siguientes situaciones administrativas, respecto de los Subdirectores Seccionales de Apoyo a la Gestión y los servidores del Nivel Central, con excepción del Fiscal General de la Nación, Vicefiscal General de la Nación y Director Nacional de Apoyo a la Gestión, así:*

a) Encargos;



Hoja No. 2 de la Resolución No. **2 - 0 2 7 2** del **2 0 MAYO 2014**
Por medio del cual se efectúa un encargo.

Con el fin de suplir temporalmente la vacancia del cargo de Director Estratégico II de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, se hace necesario encargar al doctor **JAVIER HERNAN TOVAR MALDONADO**, identificado con cédula de ciudadanía **79738338**, DIRECTOR ESTRATEGICO II DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y PLANEACIÓN, sin separarse de las funciones propias de su cargo.

Por lo anterior este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. -ENCARGAR a partir del 20 de mayo y hasta que se provea la vacante del cargo de **DIRECTOR ESTRATEGICO II DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES**, al doctor **JAVIER HERNAN TOVAR MALDONADO**, identificado con cédula de ciudadanía **79738338**, Director Estratégico II de la Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación, sin separarse de las funciones propias de su cargo, de acuerdo con los considerandos del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. - Comunicar el presente acto administrativo al Despacho del Fiscal General de la Nación, a la Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación, a la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales y al doctor **JAVIER HERNAN TOVAR MALDONADO**, a través del Departamento de Administración de Personal.

ARTÍCULO TERCERO. - La presente resolución rige a partir de la fecha de su comunicación.

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE
Dada en Bogotá, D.C., a los

20 MAYO 2014

Marcela María Yepes Gómez
MARCELA MARÍA YEPES GÓMEZ
Subdirectora de Talento Humano (E)

	MOJIBO	FINA	FECHA
Propio	20/05/2014		20/05/2014 11:51:00 am
Revisó	20/05/2014		
Aprobó	20/05/2014		

Los datos suministrados en este documento son de carácter confidencial y no deben ser divulgados a terceros sin el consentimiento expreso de la Subdirectora de Talento Humano (E).