



**ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD**
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

El tratamiento jurídico procedimental de la correspondencia hallada en diligencias de inspección en el proceso penal colombiano

Autor(es)

Luis Fernando Correa Moncada

Mauricio Gil Mesa

Yulieth Andrea Melo Beltrán

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Magíster en Derecho Procesal Penal
y Teoría del Delito

Asesor

Roberth Augusto Uribe Álvarez, Magíster en Derecho Penal

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Medellín, Antioquia, Colombia

2022



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

José Rodrigo Flórez Ruiz

Rector

Universidad Autónoma Latinoamericana

Mónica Cecilia Montoya Escobar

Decana (e) de Escuela de Posgrados

Cesar Alejandro Osorio Moreno

Coordinador(a) de Maestría Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Federico Londoño Mesa

Juan Sebastián Tisnés Palacio

Evalúadores

El trabajo de grado fue sustentado el 03 de diciembre de 2022 y obtuvo una aprobación con correcciones mínimas de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 001 de 2023.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

El Tratamiento Jurídico Procedimental de la correspondencia hallada en diligencias de inspección en el proceso penal colombiano

Luis Fernando Correa Moncada¹, Mauricio Gil Mesa²
y Yulieth Andrea Melo Beltrán³

Resumen

La Fiscalía General de la Nación para efectos de ejercer la acción penal delegada por la Constitución Política, cuenta con diferentes posibilidades investigativas tendientes a establecer la existencia de los hechos delictivos y la identificación de los presuntos responsables. Una de ellas es la diligencia de inspección adelantada por la policía judicial motu proprio (sin orden de fiscal), con el ánimo de hallar elementos materiales probatorios de interés para la investigación. Otra actividad investigativa que puede realizar la policía judicial es la retención de correspondencia, la cual debe contar con orden escrita por parte del fiscal director de la investigación, cuya actuación debe ser sometida a control judicial posterior por tratarse de un acto de investigación con afectación del derecho fundamental a la intimidad. Dado que resulta plausible que durante diligencia de inspección se hallen elementos con características de correspondencia que integra el derecho fundamental a la intimidad y que claramente bajo el escenario de inspección no se cuenta con el aval de la autoridad competente, es necesario profundizar sobre los

¹ Técnico en Criminalística, Abogado titulado, Especialista en Derecho Procesal Penal y candidato a Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Actualmente, coordinador del grupo de Homicidios de la sección de investigaciones del C.T.I Medellín-Antioquia

² Tecnólogo en Investigación Judicial, Abogado titulado, Especialista en Derecho Procesal Penal y candidato a Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Actualmente, investigador en la sección de investigaciones de la Unidad Antinarcoóticos y Tareas Especiales del C.T.I Medellín-Antioquia

³ Tecnóloga en Investigación Judicial, Abogada titulada, Especialista en Derecho Procesal Penal y candidata a Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Actualmente, investigadora en la sección de investigaciones de la Unidad de Delitos Sexuales del C.T.I Medellín-Antioquia



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación**

tratamientos que deben regirse, con el ánimo de clarificar, detallar y establecer un camino más expedito para el manejo de esta evidencia, encaminado a proteger las garantías tanto del procesado como de las víctimas, la justicia y el debido proceso en general.

Palabras clave:

Estado constitucional, Intimidad, debido proceso, inviolabilidad de comunicaciones, inspecciones, correspondencia.

The Procedural Legal Treatment of the correspondence found in inspection proceedings in the Colombian criminal process

Abstract

The Office of the Attorney General of the Nation, for the purpose of carrying out the criminal action entrusted by the Political Constitution, has different investigative possibilities aimed at establishing the existence of criminal acts and identification of alleged perpetrators. One of them is advance of inspection diligence by “motu proprio” (without a prosecutor's order) by judicial police, with the purpose of finding material evidence with interest for the investigation. Another investigative activity that the judicial police can carry out is retention of correspondence, which must have a written order from prosecutor in charge of the investigation, whose action must be subject to subsequent judicial control because it's an investigative act that affects the fundamental right to privacy. Given that it is plausible that during the inspection diligence, elements with correspondence characteristics that integrate the fundamental right to privacy are found and that clearly under the inspection scenario there is no endorsement from the competent authority, it's necessary to delve into the treatments that should be governed with the spirit of clarifying, detailing and establishing a more expeditious path for handling of this evidence, aimed at



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

protecting the guarantees of both the accused and the victims, justice and the due process in general.

Key Words: Constitutional state, privacy, due process, inviolability of communications, inspections, correspondence.

Sumario

1. La persecución penal a cargo del Estado; **1.1** Fiscalía General de la Nación como ente persecutor penal en Colombia; **1.2** La Policía Judicial y sus funciones en el proceso penal colombiano; **1.3** Límites constitucionales de la Fiscalía General de la Nación y de la policía judicial en el marco de la investigación penal; **1.4** La acción procesal y el proceso jurisdiccional; **1.5** El debido proceso penal como garantía procesal en Colombia; **1.5.1** Exclusión de la prueba ilícita y de la prueba ilegal; **2.** Actos de indagación e investigación en el proceso penal colombiano; **2.1** Actos de investigación sin afectación de derechos fundamentales - actos urgentes; **2.1.1** Inspección al lugar de los hechos; **2.1.2** Inspección técnica a cadáver; **2.1.3** Inspecciones a lugares distintos al del hecho; **2.1.4** Elementos materiales probatorios como fin de las inspecciones a lugares; **2.2** Actos de investigación con afectación de derechos fundamentales - retención de correspondencia; **2.2.1** Derecho comparado; **2.2.2** El derecho a la intimidad en sede de inviolabilidad de comunicaciones y su posibilidad de afectación en el marco del proceso penal en Colombia; **2.2.2.1** La intimidad como derecho relativo o no absoluto; **2.2.3** La retención de correspondencia en el marco de la investigación penal en Colombia; **2.2.3.1** Los motivos fundados; **2.2.3.2** Fines del acto de investigación; **2.2.3.3** Principio de Proporcionalidad; **2.2.3.4** Control judicial posterior; **3.** Hallazgo de correspondencia durante diligencias de inspección; **3.1** Un caso real; **3.2** Tratamiento jurídico – procedimental de la correspondencia hallada en diligencias de inspección en el proceso penal colombiano; **3.3** Propuestas o posibles soluciones; **3.3.1** La policía judicial determina durante la diligencia que el elemento se trata de correspondencia; **3.3.1.1** Remisión normativa – diligencias de registro y allanamiento; **3.3.2** La policía judicial NO determina durante la diligencia de inspección, que el elemento hallado se trata de correspondencia; **3.3.2.1** Control judicial posterior; **3.3.2.2** Término para acudir ante el juez con función de control de garantías; **3.3.2.3** Facultad de la policía judicial para dar trámite a la diligencia; **3.3.2.4** La imposibilidad de obtención de orden previa no puede ser irrazonable; **3.3.2.5** Importancia del hallazgo con relación a los fines de la investigación; **3.3.2.6** Las comunicaciones entre indiciado y su abogado son inviolables; **3.3.2.7** Comunicaciones entre



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

el indiciado, imputado o acusado con las personas exoneradas del deber de declarar son inviolables; 4. Conclusiones.

Introducción

Este artículo resultado de investigación analiza el tratamiento jurídico-procesal dado a la correspondencia hallada por la Policía Judicial durante diligencias de inspección en el proceso penal colombiano. Lo problemático del asunto deriva de que, la correspondencia es un medio de comunicación que integra el derecho fundamental a la intimidad y para su afectación en el proceso penal se requiere orden de autoridad competente y revisión judicial posterior. Por su parte, las diligencias de inspección realizadas por la policía judicial, no necesitan orden de autoridad ni control judicial.

En virtud de lo anterior, resulta pertinente establecer parámetros jurídico-procedimentales para aquella correspondencia hallada en diligencias de inspección que no se logre adecuar de manera clara a las reglas legales actuales. Esto, con el fin de que este elemento con vocación probatoria, pueda gozar de legalidad dentro del proceso penal colombiano para proteger de modo efectivo los derechos y las garantías del procesado, como de las víctimas.

Para ello, en primer lugar, se abordará de manera sucinta la facultad conferida a la autoridad judicial según los postulados del Estado de derecho para perseguir las conductas punibles y sus presuntos responsables. Lo anterior en ejercicio de la acción procesal y en desarrollo de un proceso jurisdiccional que establece garantías sustanciales y procedimentales. Una de ellas, la garantía constitucional del debido proceso, sobre el cual se ahondará para analizar las consecuencias de obrar por fuera de sus reglas.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

En segundo lugar, se realizará una aproximación a los actos de investigación con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para ejercer la persecución penal y que resultan de interés para el presente artículo. Se hace especial énfasis, en primer término, en los actos urgentes y concretamente las diligencias de inspección como actos de investigación sin afectación de derechos fundamentales, y, seguidamente, sobre la retención de correspondencia como acto de investigación con afectación del derecho fundamental a la intimidad. Se estudiará este acto de investigación mediante el derecho comparado, y la regulación internacional con vigencia en el derecho interno. Asimismo, se revisará la regulación legal que rige esta intervención en ejercicio del proceso penal en Colombia.

Finalmente, se concluirá con la propuesta de un tratamiento jurídico-procedimental de la correspondencia que sea hallada durante diligencias de inspección por parte de la policía judicial. Lo anterior para establecer un camino más expedito para el manejo de esta evidencia y, de ser posible, objetivar este tipo de actuaciones, lo que en consecuencia va encaminado a proteger las garantías del procesado, de las víctimas, y en general de la justicia y el debido proceso.

1. La persecución penal a cargo del Estado

El Estado tiene la potestad punitiva; el conjunto de tareas que ejecuta como tal están en el ámbito del derecho procesal penal. Cuando el Estado prohíbe la venganza privada nace para él, el deber de asumir la obligación de proteger a todos los ciudadanos y de crear normas que posibiliten por parte del Estado la persecución y la condena de la persona que infringe la ley penal y la conclusión definitiva del proceso que restaure la paz social (Roxin, 2019).

Así las cosas, el Estado encuentra en el derecho penal un medio de control normativo, que protege determinados bienes jurídicos, mediante la intimidación o la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

imposición de una sanción o una pena, con el fin de salvaguardar el orden y la convivencia.

En la actualidad, cada Estado cuenta con una institucionalidad encargada de perseguir estas conductas delictivas y los autores de las mismas para ser llevados ante las autoridades competentes a efectos de imponer la sanción que corresponde conforme a la ley vigente.

1.1 Fiscalía General de la Nación como ente persecutor penal en Colombia

La Constitución Política de Colombia (en adelante CPC) de 1991, crea la Fiscalía General de la Nación como ente encargado del ejercicio de la acción penal. Institución encargada de investigar todos aquellos comportamientos con características de delitos y sus presuntos responsables. Esta norma superior ha tenido transformaciones a través del acto legislativo 03 de 2002 que modificó el artículo 250, que hace una nueva distribución funcional de la Fiscalía General de la Nación como ente acusador y fija pautas de carácter sustancial relacionadas con el proceso penal en general. Esto marcó el surgimiento de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP).

El Sistema Penal de tendencia acusatoria como lo ha expresado la Corte Constitucional (2005) no es un modelo puro porque presenta características del modelo acusatorio americano y del continental europeo, que deben ser tenidos en cuenta como elementos de juicio para la comprensión del propio.

Retomando la idea de la modificación superior al artículo 250 en esta se refrenda que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal, realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito e identificar al presunto responsable de los mismos. Por otra parte el



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación**

artículo 250 de la CPC establece las funciones del ente persecutor: adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones (telefónicas y retención de correspondencia); asegurar los elementos materiales probatorios (en adelante EMP) garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce el derecho de contradicción; presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con lo que se da inicio al juicio público; dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial. Esta modificación tiene desarrollo legal en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 que contempla las atribuciones que le corresponden a la Fiscalía General de la Nación.

En síntesis, la indagación de los hechos delictivos y la búsqueda de los posibles responsables en calidad de autores y partícipes es un deber estatal, que se rige por el principio de investigación oficial, ya que la dirige y estructuran los órganos estatales. El fundamento es el artículo 250 superior, que establece la titularidad de la investigación en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (Bernal, 2013).

1.2 La Policía Judicial y sus funciones en el proceso penal colombiano

En palabras de Arciniégas (2007) la policía judicial no debe entenderse como una institución que desarrolla cierto tipo de funciones, sino como un conjunto de funciones desarrolladas por diversas instituciones o autoridades en la investigación de los delitos. Basta reparar en el artículo 250 en el octavo inciso para inferir que la referencia no se hace a título institucional sino funcional.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-594 de 2014 ha manifestado que desde el punto de vista orgánico la policía judicial es el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y a través de sentencia C-1024 de 2002 señala que desde el punto de vista funcional la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

policía judicial constituye un elemento necesario para la investigación judicial y hace parte de la función judicial del Estado.

En este sentido, la función de policía judicial corresponde a una atribución o facultad concreta que cumplen algunos servidores adscritos a entidades del Estado que apoyan la investigación penal. El artículo 200 del CPP establece que policía judicial es aquella función que cumplen los agentes del Estado para desarrollar la investigación penal que adelanta el Fiscal General de la Nación o sus delegados.

La participación de la policía judicial en ejercicio de la acción penal se circunscribe a la investigación a nivel instrumental, técnico y científico propios de la indagación en laboratorios o en campo, por iniciativa propia o por orden impartida por el Fiscal asignado a la investigación. Esto, con el ánimo de recaudar EMP y evidencia física (en adelante EF) que permitan determinar la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad de los autores o partícipes. A través de la intervención de la policía judicial se podrán construir o derruir hipótesis delictivas e identificar sus posibles responsables, con el fin de tomar las decisiones que legalmente correspondan en ejercicio de la administración de justicia.

1.3 Límites constitucionales de la Fiscalía General de la Nación y de la policía judicial en el marco de la investigación penal

Ferrajoli (1997) ha desarrollado la concepción del Estado constitucional denominada “constitucionalismo garantista” y la define como un modelo de ordenamiento con origen en el derecho y la democracia, mediante el cual la validez de las leyes y el reconocimiento de la política están condicionados al respeto de garantías y derechos consagrados en las constituciones; asimismo, los principios, las libertades y los derechos fundamentales positivizados en las disposiciones superiores, y que son los pilares inamovibles para el desarrollo de la legislación



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

interna y la regulación de límites en sede de posibilidad de afectación de dichos derechos.

El Estado Social y Democrático de Derecho rige la estructura y organización del Estado Colombiano, se erige sobre los principios previstos en la CPC y como norma superior es el parámetro de las demás disposiciones jurídicas. Este tipo de Estado resulta de una síntesis histórica en la cual se recogen diversos idearios y una serie de necesidades sociales de las cuales surgen, inicialmente, el llamado “Estado de Bienestar” y posteriormente, el “Estado Constitucional”, y es a partir de la articulación de estos dos modelos que surge la cláusula que fundamenta la estructura del Estado en Colombia (Daza, 2008).

La Corte Constitucional ha expresado que la norma superior que consagra el Estado social de derecho contiene “un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política” (Sentencia de tutela T-406 de 1992).

Lo anterior, para significar que en virtud del Estado Constitucional que nos corresponde, cuya norma es de carácter superior⁴, toda intervención estatal debe estar regida y circunscrita al respeto de las disposiciones normativas de la Carta Política, y cualquier actuación de los funcionarios o agentes del Estado que vaya en dirección contraria, acarreará las sanciones correspondientes. Es así como la policía judicial, bajo la coordinación del Fiscal General de la Nación o sus delegados⁵, están llamados a la correcta interpretación y ejecución de la norma

⁴ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 4: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

⁵ Código de procedimiento penal - Ley 906 de 2004. Artículo 200 inciso segundo (2). En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía general de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este Código.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

procesal penal bajo las directrices constitucionales correspondientes. En estas, se encuentran los lineamientos fijados a partir del Estado Social y Democrático de Derecho, los fines constitucionales del Estado, la dignidad humana como pilar fundamental del Estado, las normas internacionales vinculantes en ejercicio del bloque de constitucionalidad, el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, entre otros. Esto, no solo en función de los derechos del procesado, sino también a efectos de alcanzar un eficaz ejercicio de la administración de justicia, de cara a los derechos que les corresponden a las víctimas y a la sociedad.

1.4 La acción procesal y el proceso jurisdiccional

Para Barragán (2009) la palabra acción o *agere* es toda actividad o movimiento que se dirige a cumplir un fin determinado, para el derecho romano acción es el derecho a adelantar un juicio para obtener lo que otro nos debe. En este sentido Rocco, Carnelutti y Marttirolo estiman que la acción es un derecho y Manreza lo concibe como un medio. Para Chiovenda “es un poder jurídico que faculta para actuar en búsqueda de lo que la ley ordena” (Chiovenda, 1998).

Rivera Silva señala que la acción penal nace con el delito y la acción procesal penal inicia con las actuaciones del órgano jurisdiccional, este actuará esclareciendo el derecho en el caso concreto y termina con la sentencia en firme (Barragán, 2009).

Por su parte, Agudelo (2004) refiere que la acción es un instituto de naturaleza constitucional y procesal, que regula el desarrollo del proceso jurisdiccional de principio a fin. El contenido de la acción procesal puede asociarse con el derecho jurisdiccional al debido proceso, al derecho de acceso a la justicia y el derecho a la dignidad humana, pues toda persona tiene derecho a la jurisdicción.

La acción procesal penal corresponde a la facultad del Estado para activar su aparato jurisdiccional con el fin de administrar justicia y propender a la resolución de los conflictos. Para el caso que nos ocupa, este conflicto se circunscribe dentro

del ámbito penal, en la medida que se presume la ocurrencia de un hecho tipificado como delito en virtud del principio de legalidad y la posible afectación de un bien jurídico protegido por la ley penal.

Por su parte, el proceso jurisdiccional en materia penal hace alusión a la potestad del Estado para conocer del asunto concreto y, mediante la implementación de determinado orden, reglas y lineamientos, juzgar y adoptar decisiones de fondo, que permitan garantizar la finalidad del Estado en materia de justicia. Bajo esta premisa, se puede considerar que la jurisdicción dirige la iniciación del proceso, sus etapas, los derechos y garantías, y la terminación del mismo con el acto que pone fin al proceso (Silva, 1995).

En consonancia con la dirección del proceso que sugiere Silva, para Ferrajoli (1997) la jurisdiccionalidad, se encuentra conformada por garantías penales o sustanciales y garantías procesales o instrumentales. Las primeras con relación directa a la conducta delictiva bajo presupuestos de lesión, acción y culpabilidad, que resultarían efectivas siempre y cuando puedan considerarse aseguradas la imparcialidad, veracidad y control. Por su parte, las garantías procesales sirven para instrumentalizar y llevar a buen recaudo las decisiones en virtud de las garantías penales. Ambos tipos de garantías son recíprocas para su efectividad. En otras palabras, la aplicación de ambas garantiza el carácter cognoscitivo del sistema penal⁶.

La Fiscalía General de la Nación y su policía judicial en ejercicio de la acción penal, están llamadas a obedecer las garantías procesales en función de la jurisdiccionalidad del Estado. Para Ferrajoli, una de estas cauciones procesales,

⁶ El carácter cognoscitivo del sistema penal entendido como el conocimiento integral que debe llegar a la autoridad competente en materia penal a efectos de tomar la decisión que en derecho corresponda.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

corresponde a una apropiada recolección de las pruebas, consolidando características propias de un debido proceso como garantía en el ejercicio de la causa penal.

1.5 El debido proceso penal como garantía procesal en Colombia

La obligación de persecución penal surge de manera coetánea con la necesidad de establecer límites en contra de la posibilidad de un abuso del poder estatal. Estas pautas también deben estar fijadas por cada Constitución. Los límites de la intervención estatal están en la protección misma de los derechos, pues ninguna persona puede ser objeto de persecuciones injustas, ilegales o de excesivas restricciones de la libertad. Al culpable también se le garantiza la salvaguardia de todos sus derechos, al debido proceso, a la defensa, a la formalidad del procedimiento (Roxin, 2019).

El debido proceso es pilar fundamental del desarrollo de todo proceso judicial, toda vez que está encaminado a brindar garantías de carácter procesal para quienes hacen parte de un litigio, en aras de proteger los derechos de las partes.

El Estado tiene el monopolio de la función punitiva que ejerce con sujeción a ciertos límites de conformidad con el principio de legalidad (ley previa, estricta y escrita), el perseguido con la acción penal tiene derecho a un proceso legal, justo y no debe en ningún caso ser vulnerado o sorprendido ni con un delito y una pena no señaladas con anterioridad en la ley penal (Suarez, 1998).

El debido proceso ha sido enunciado desde la Declaración de los Derechos Humanos, en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

diciembre de 1948 en su artículo 8⁷, y en virtud del bloque de constitucionalidad, con vigencia en Colombia a través de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969), donde su concepto se amplía para albergar un mayor ámbito de protección.

En el Estado Colombiano esta garantía se encuentra en el artículo 29 de la Carta Superior como derecho fundamental, mediante la cual se obliga a todas las entidades administrativas y judiciales a respetar los lineamientos en materia procedimental para lograr una correcta administración de justicia, con apego a los fundamentos y principios constitucionales.

Lo anterior permite significar lo importante que ha sido para el Estado Colombiano, la promulgación de los Derechos Humanos, que en su gran mayoría han sido positivizados en nuestra Constitución, y que junto a otras prerrogativas protegidas de manera especial han ido formando un sistema de justicia más sólido, equitativo, justo, garantista, para el logro de una sociedad más estable y un Estado con mayor aceptación y validez.

Para la Corte Suprema de Justicia el debido proceso exige que el proceso se desarrolle de acuerdo a las leyes previas al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y en cumplimiento de las formas propias de cada juicio, integra los derechos a la defensa material y técnica, al trámite sin dilaciones injustificadas, a pedir, presentar y controvertir pruebas y también a la presunción de inocencia, de

⁷ Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 8 “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

igual modo el derecho a impugnar la sentencia y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (STP21643 de 2017).

En este orden de ideas el debido proceso es una sucesión de etapas y actos procesales sucesivos y preclusivos, metodológicamente concatenados con actos de trámite para la obtención de una pronta y cumplida justicia. Por lo tanto, obedece a unas reglas que no pueden ceder al arbitrio ni al capricho del ente investigador ni pueden reemplazarse puesto que también limitan la actividad del juez en aras de preservar las garantías constitucionales del orden jurídico y constitucional.

Ahora bien, Suárez (1998), esquematiza el debido proceso de la siguiente manera. “En sentido formal, el debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado sino de conformidad con la ritualidad previamente establecida. Esto implica la existencia previa de los procedimientos de investigación y de juzgamiento”. Por su parte, el concepto material del debido proceso, hace alusión a las etapas del proceso y al cumplimiento irrestricto de cada uno de los actos judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales de orden institucional y jurisdiccional. Es el contenido del acto y las garantías del derecho que se discute lo que interesa.

De lo anterior se puede insistir que, durante el desarrollo del proceso penal, la actividad de la policía judicial es reglada y debe ser efectuada con acatamiento estricto de las garantías constitucionales y legales. Cuando los servidores con funciones de policía judicial, lleven a cabo actos de investigación, deben realizarlos de conformidad con las normas establecidas en el estatuto procesal penal, de la forma preestablecida y el fiscal debe ejercer el respectivo control jurídico (Arciniegas, 2007).

1.5.1 Exclusión de la prueba ilícita y de la prueba ilegal

Como parte estructural del debido proceso, el inciso quinto del artículo 29 de la CPC, prescribe que es nula, de pleno derecho, la prueba que se obtiene con violación del



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

debido proceso. En consonancia con lo anterior, en materia penal, el artículo 23 de la ley 906 de 2004, establece la cláusula de exclusión señalando que: “toda prueba obtenida con la violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”. Consecuencia que será aplicada a todas las pruebas derivadas de esa prueba ilícita.

Asimismo, el artículo 360 del CPP, incluyó una nueva forma en la que los medios de conocimiento igualmente pueden ser excluidos del debate probatorio al consagrar que el juez excluirá de la práctica o aducción los medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han activado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

En términos de Medina (2017), la prueba ilícita es “también conocida por algunos tratadistas como prueba inconstitucional. Es aquella que conlleva una violación de derechos o garantías constitucionales”. También agrega que es nula de pleno derecho y no debe ser incluida en el proceso. Por su parte, sobre la ilegalidad de la prueba señala que “es la consecuencia de haberla obtenido incumpliendo el debido proceso como principio rector del procedimiento judicial”.

Así las cosas, en el proceso penal colombiano, para que determinados elementos materiales probatorios puedan ser incorporados al debate probatorio y logren ser valorados por parte de un juez imparcial y con base en ello, argumentar una decisión, deben superar parámetros de licitud y legalidad. Sobre el primer asunto, su producción debe gozar de respeto de los derechos y garantías fundamentales. Con relación al segundo aspecto, la recolección de los Elementos Materiales Probatorios (EMP) debe ser a través de las respectivas formalidades preestablecidas en la norma al igual que su obtención y práctica (Ybarra, 2021).

Cuando los elementos con vocación probatoria no son recolectados bajo estos criterios de licitud y legalidad, en cualquier etapa podrán ser objeto de revisión, con

especial escrutinio en sede de audiencia preparatoria para evaluar una posible exclusión y evitar que lleguen al debate público. En caso que logren practicarse, durante el mismo juicio oral, igualmente el juzgador podrá decretar su ilicitud o ilegalidad y, por lo tanto, su imposibilidad de valoración.

Múltiples han sido las decisiones del más alto tribunal de la justicia ordinaria en materia penal sobre el asunto⁸. Una de ellas, AP5220-2018, radicación 53722, con el Magistrado Ponente (MP) Fernando Alberto Castro Caballero, quien refiere lo siguiente: “la prueba practicada en trasgresión de los requisitos de ley –prueba ilegal- o con violación de garantías fundamentales –prueba ilícita- no genera la invalidación del proceso, sino su exclusión del conjunto probatorio” (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En esta providencia, el magistrado Castro Caballero, recuerda que la prueba ilegal o irregular, se concreta en aquel acto de investigación en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria o se ha practicado sin las formalidades establecidas. Por su parte, la prueba ilícita es la que se ha obtenido con violación de derechos y garantías fundamentales, como puede ser el resultado de una violación a la dignidad humana, recolección de testimonio mediante tortura, constreñimiento, entre otras; también puede considerarse ilícita la prueba producida con afectación al derecho a la intimidad a través de allanamientos y registros sin orden de autoridad competente, por violación ilícita de las comunicaciones, por retención y apertura de correspondencia ilegales; entre otros.

Pese a lo anterior, respecto a cada una de estas causales de exclusión existen algunas excepciones que impedirían su supresión del debate probatorio:

⁸ Corte Suprema de Justicia AP087 – 2021 M.P. Fabio Espitia Garzón Radicación No. 58323 y AP4810-2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier Radicación N°56150; entre otras.

Con relación a la prueba ilícita, si bien el inciso segundo del artículo 23 del CPP señala que igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia, el legislador ha dispuesto unas excepciones a esta cláusula de exclusión⁹. El artículo 455 del CPP contempla que se deben considerar los criterios del vínculo atenuado, fuente independiente o descubrimiento inevitable.

Medina (2017) explica de manera general estos supuestos: i) el vínculo atenuado, opera cuando la relación entre la prueba ilícita y su derivada se encuentra disminuido, o es mínimo, por lo que la ilicitud de la primera no alcanzaría a permear de manera sustancial la otra; ii) La fuente independiente aplica cuando, si bien, durante el proceso penal se recolectó un medio de prueba de manera ilícita, se trae al acervo probatorio una prueba de causa penal diferente que permite el mismo fin de la prueba que se recolectó de manera inconstitucional. Sobre este tipo de excepción, para autores como Lizcano (2015) y Neyra (2010), no debería de catalogarse ni siquiera como fruto del árbol ponzoñoso, en la medida que no vislumbran un nexo causal entre la prueba ilícita con la recolectada en debida forma. Finalmente, con relación al iii) descubrimiento inevitable, aplica casos en que si bien, bajo las circunstancias de determinado evento se recolecta una prueba de manera ilícita, existe una circunstancia que, de manera paralela y dentro de los parámetros constitucionales y legales, desencadenaría indefectiblemente en el hallazgo de la prueba inicialmente recolectada de manera ilícita.

Por su parte, respecto al destino de las pruebas ilegales, la Corte Suprema de Justicia (2018) con ponencia del magistrado Eugenio Fernández Carlier en SP1036-2018 con radicación 43533 plantea lo propio. Reitera otras decisiones del alto

⁹ Código de Procedimiento penal – Ley 906 de 2004. Artículo 455: Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

tribunal de la justicia ordinaria¹⁰, y señala que “el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar si es perentoria su eliminación, por cuanto, si la irregularidad no tiene carácter medular, sustancial o relevante, no es posible sacar del ámbito de valoración el medio de convicción tachado de ilegal”.

En virtud de ello, el alto tribunal plantea que, si la irregularidad del procedimiento del que se presume la ilegalidad, no es un requisito esencial para su formación o práctica según el caso, no le corresponde la exclusión que contempla el artículo 360 del CPP.

2. Actos de indagación e investigación en el proceso penal colombiano

Rivera Morales (2021), define los actos de investigación como aquellos que directamente se dirigen a comprobar la perpetración de un hecho punible presuntamente cometido y los que tienden a captar la identificación de los culpables e información sobre los detalles y circunstancias en que sucedió.

En el marco de la investigación penal, la ley 906 de 2004 establece para la Fiscalía General de la Nación una variedad de actuaciones investigativas. Las cuales están dirigidas a corroborar la existencia de un hecho con características de delito, y establecer la identificación del presunto responsable. Lo anterior, encaminado a llevar dicho conocimiento ante un juez imparcial para que decida si el acusado debe o no ser sancionado.

Teniendo en cuenta la finalidad del presente artículo, se revisan los actos de indagación a partir de dos categorías específicas. Inicialmente los actos urgentes como actos de investigación realizados por la policía judicial motu proprio y sin orden de fiscal, con énfasis sobre las diferentes inspecciones; y en segunda medida,

¹⁰ Cfr. CSJ SP. 8 jul. 2004, rad. 18451; SP 1 jul. 2009, rad. N.º 26836 y 31073

la retención de correspondencia como acto de investigación que implica la afectación de derechos fundamentales.

2.1 Actos de investigación sin afectación de derechos fundamentales - actos urgentes

Una vez la Fiscalía tiene conocimiento de la existencia de un comportamiento con características de delito, se acciona el aparato judicial. Como primera reacción ante dicho conocimiento tenemos los actos urgentes. Estos, son actuaciones desplegadas por la policía judicial por iniciativa propia. Significa que no requiere de autorización ni orden del Fiscal. Es necesario aclarar que no todas las noticias criminales implican la realización de actos urgentes (Daza, 2008).

El artículo 205 del CPP, establece dichos actos de investigación, entre estos, la recepción de entrevistas a posibles testigos (artículo 206), escuchar en interrogatorio al indiciado con el acompañamiento de un abogado (artículo 282) e igualmente la policía judicial podrá adelantar diligencias de inspección. A su vez, estas diligencias de inspección en desarrollo de actos urgentes, pueden darse a través de tres modalidades:

- i) inspección al lugar de los hechos¹¹
- ii) inspección técnica a cadáver (que incluye inspección a lugar de los hechos, si el cuerpo sin vida yace en dicho lugar)¹²
- iii) inspección en lugares distintos al del hecho¹³

El mismo artículo 205 del CPP en concordancia con los artículos 216 y 275 del CPP, consagra que la policía judicial deberá identificar, recolectar y embalar técnicamente

¹¹ Código de procedimiento penal – Ley 906 de 2004. Artículo 213

¹² Código de procedimiento penal – Ley 906 de 2004. Artículo 214

¹³ Código de procedimiento penal – Ley 906 de 2004. Artículo 215

los EMP y la EF. Ello para significar implícitamente que, durante estas diligencias, se pretende recolectar todo tipo de elementos que permitan corroborar la existencia del delito y establecer la identificación del presunto responsable. Las características de cada inspección son:

2.1.1 Inspección al lugar de los hechos

Esta actuación aplica para diversas conductas delictivas; es llevada a cabo por la policía judicial sin autorización judicial previa, y se encuentra contemplada en el artículo 213 del CPP. La disposición normativa faculta a la policía judicial para acudir al lugar de los hechos donde se presume la perpetración de un delito con la finalidad de buscar EMP de interés para la indagación.

Vivas (2006), define el lugar de los hechos como: “aquel en el que se presume se ha cometido un delito y como tal, requiere un tratamiento distinto a la vista desprevenida que pudiera darse a cualquier otro espacio” y de allí que esta actuación tenga procedimientos particulares en cuanto a su ejecución y métodos de búsqueda a emplear.

El Manual de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación (2019), delimita el lugar del hecho como todo espacio en el que se planea o materializa la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, o aquel en el que se hallare EMP y EF que permita identificar o individualizar al autor y partícipe del mismo.

Este lugar es para el investigador uno de los escenarios más importantes a la hora de generar hipótesis delictivas y el desprendimiento de otros actos de investigación que permitan corroborar o desvirtuar los planteamientos hipotéticos. Por ello, y ante la libertad probatoria que permite la legislación procesal penal, es susceptible de encontrar un sinnúmero de elementos que tengan la capacidad de demostrar la ocurrencia del hecho delictivo y la acreditación de la autoría o participación del presunto responsable.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2.1.2 Inspección técnica a cadáver

La inspección técnica a cadáver está regulada en los artículos 205 y 214 del CPP. Esta actividad investigativa la adelanta la policía judicial sin orden de fiscal, ni autorización judicial previa ni posterior. Está ligada exclusivamente a una intervención para delitos consumados contra la integridad personal y la vida, esto es, casos de homicidio contemplados en el artículo 103 y subsiguientes del estatuto penal - Ley 599 de 2000.

Existe la posibilidad que el cuerpo sin vida se encuentre en un centro hospitalario. Bajo este supuesto, la diligencia será estrictamente lo concerniente al manejo del cuerpo sin vida. Sin embargo, la policía judicial deberá remitirse al lugar donde se presume se perpetró el delito, y adelantará la correspondiente inspección al lugar del hecho.

Por otra parte, si el cuerpo sin vida permanece en el mismo lugar donde ocurrieron los hechos, la intervención de la policía judicial no se podrá limitar a la inspección técnica al cadáver, sino que realizará una inspección completa al lugar de los hechos, conforme a los protocolos de la actuación del artículo 213 del CPP.

2.1.3 Inspección a lugar distinto al del hecho

Se encuentra regulada en el artículo 215 del CPP. Se lleva a cabo por parte de la policía judicial con el fin de descubrir EMP y EF que sea útil para la investigación. Sugiere esta actuación la posibilidad de existencia de lugares diferentes al sitio donde tuvieron ocurrencia los hechos, susceptibles de hallazgo de información de interés para la investigación. Lo anterior, partiendo de las hipótesis delictivas generadas de manera preliminar.

Es de anotar que, el Manual Único de Policía Judicial (2019) plantea que, si la diligencia se ejecuta después de construido el programa metodológico, la actuación



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

requiere orden del Fiscal líder del caso, pero su resultado, no implica revisión por parte de un juez constitucional.

2.1.4 Elementos materiales probatorios y evidencia física como fin de las inspecciones

Es claro entonces que la finalidad de estas actividades por parte de la policía judicial en desarrollo de los actos urgentes o escenarios posteriores, es la búsqueda de EMP y EF que permitan construir hipótesis delictivas. En este orden de ideas, se entiende que un elemento podrá considerarse material probatorio en la medida que pueda aportar a fortalecer una hipótesis de existencia del hecho delictivo y la autoría o participación del responsable.

El artículo 275 del CPP contempla que los EMP y EF son aquellos que guardan relación con la comisión del hecho. Entre ellos, están las huellas, armas, instrumentos, bienes, entre otros. Asimismo, y con ocasión a la libertad probatoria que nos rige, cualquier otro tipo de elementos que contribuyan al mismo fin de esclarecimiento o aproximación a los hechos, siempre y cuando su recolección respete las garantías constitucionales y legales.

Es importante anotar que, una vez culminados los actos urgentes la policía judicial debe presentar dentro de las 36 horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

2.2 Actos de investigación con afectación de derechos fundamentales - retención de correspondencia

A partir de la modificación constitucional del proceso penal en Colombia ya aludida, podemos decir que la Fiscalía conservó algunas facultades jurisdiccionales del

sistema anterior¹⁴. Esto, en la medida que, en ejercicio de la acción penal, podría afectar derechos fundamentales, pero esta vez, con revisión por parte de un juez con función de control de garantías quien velará por la validez de estas actuaciones. Algunos de estos controles se realizan de manera posterior al acto de investigación y otros de manera previa y posterior.

Bajo esta premisa, y partiendo del interés particular del presente trabajo, el numeral 2° del artículo superior 250, establece que la Fiscalía deberá:

“adelantar registros, allanamiento, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes” (Constitución Política de Colombia [CPC]. Numeral 2 del Art. 250 de julio de 1991).

En desarrollo de la interceptación de comunicaciones, el legislador regula a través de la ley 906 de 2004, la retención de correspondencia como acto de investigación en ejercicio de la persecución penal. Como primera medida, resulta importante demarcar el concepto de correspondencia a efectos de comprender de manera integral este acto de investigación.

La correspondencia (telegráfica, epistolar, etc.), debe entenderse como toda comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias entre una o más personas determinadas, de forma distinta a la conversación en presencia. En consecuencia, la comunicación ha de tener un destinatario concreto y específico, diferenciándose así de las comunicaciones públicas o colectivas, que están vinculadas con la libertad de expresión (Bajo, 1982).

¹⁴ Ley 600 de 2000



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

La correspondencia es un medio de comunicación el cual permite que dos o más personas, que se encuentran en diferentes lugares del territorio nacional e internacional, puedan remitir o recibir mensajes, objetos o información a partir de cartas, paquetes, documentos, y demás elementos susceptibles de transmisión de comunicados.

2.2.1 Derecho comparado

La retención de correspondencia como acto de investigación penal, es igualmente implementado en otros ordenamientos jurídicos.

En Chile se reconoce el derecho a la intimidad y ha sido positivizado en su Constitución en el artículo 19 numerales 4 y 5. Sin embargo, ha convenido la posibilidad de su afectación en ejercicio de la acción penal, regulando su intervención en sede de correspondencia a partir del artículo 218 del CPP.

Durante el proceso penal en Chile, la posibilidad de retener la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase, enviada o dirigida por el imputado, aún bajo nombre supuesto, y de la que fuere previsible su utilidad para la investigación, radica en la autorización que un juez emitiera, en virtud de petición elevada por el fiscal, cuya permisión se expide mediante *resolución fundada*. Diferencia de carácter sustancial respecto al proceso penal colombiano, pues en éste, y como lo veremos más adelante, es el fiscal quien inicialmente emite la orden correspondiente y con posterioridad es revisada por parte del órgano judicial.

En España la Ley de Enjuiciamiento Criminal -Real Decreto de 1882, en por lo menos 11 artículos (capítulo III del título VIII), detalla igualmente el desarrollo del acto de investigación aludido. Dicha normatividad parte de la protección del artículo 18 numeral 3 de la norma superior española de 1978, donde se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Según el Magistrado y presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Doctor Jesús María Barrientos (2004):

“La correspondencia postal (...) comprende todos aquellos envíos que, por sus características externas, **sean susceptibles de contener mensajes escritos o grabados en cualquier tipo de soporte** (...), por lo que se protegerá no solo la correspondencia postal convencional, entendiéndose por tal la correspondencia por carta, sino todo envío que sea susceptible de contener aquel tipo de mensajes, incluyendo los paquetes postales”. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 2004).

En este sentido, el aspecto sustancial de esta intervención en la legislación española, radica en el hecho que el objeto postal susceptible de detención, además de los demás requisitos, pueda contener transmisión de mensajes.

La resolución judicial que autoriza esta intervención, apertura y examen de correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros que el investigado remita o reciba, procederá cuando existan *indicios* de obtener por este medio, el descubrimiento o la comprobación de hechos de interés para la investigación o causa, constituyendo esto, uno de los límites al poder Estatal.

2.2.2 El derecho a la intimidad en sede de inviolabilidad de comunicaciones y su posibilidad de afectación en el marco del proceso penal en Colombia

Desde la expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948¹⁵, la intimidad ha venido siendo considerada un derecho humano y fundamental que los diferentes ordenamientos nacionales están llamados a garantizar de manera indefectible.

¹⁵ Artículo 12: Nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

En dicho sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica de 1969, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, consagra el derecho a la intimidad como garantía fundante en su artículo 11, numeral 2°, en los mismos términos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la redacción dada por el Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994 – establece en su artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”. El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968, reconoce el derecho a la intimidad en similares o idénticas circunstancias de la Convención Americana de Derechos Humanos.

A partir de la Constitución Política de 1991 y como lo ha dicho la Corte Constitucional (1992), se consagra un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación del ordenamiento interno.

De los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, el artículo 15¹⁶, reconoce el derecho fundamental a la intimidad en los siguientes términos:

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

¹⁶ Como desarrollo legal del artículo 15 Constitucional, el Código de Procedimiento Penal a través de su artículo 14 consagra el derecho a la intimidad, en términos del respeto que le corresponde a toda persona. Señala que nadie podrá ser molestado en su vida privada.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Para Ferrer (2002) el derecho fundamental a la intimidad tiene como punto de partida el respeto a la vida privada y familiar de cada persona por parte de aquellos que lo rodean.

En este mismo sentido Puentes (2000), aporta conceptos significativos de alcance regional interamericano asociados al sistema jurídico colombiano:

“el derecho a la intimidad es el derecho que tiene el individuo a disponer en qué medida quiere compartir con otros los sentimientos, pensamientos y hechos de su vida personal. Es decir, que el contenido y el ejercicio de este derecho depende exclusivamente de la voluntad del individuo ...”

La Corte Constitucional en sentencia SU-089 de 1995 MP Jorge Arango Mejía, expuso que entre los distintos aspectos que comprende el derecho a la intimidad se encuentran:

“los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, (...) y en general todo comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños” (Corte Constitucional 1995, SU-089)

Bajo el entendido de las normas internacionales y de carácter local, aunado a los conceptos doctrinarios y los asumidos por nuestro máximo tribunal en materia constitucional, se ha encontrado que el cometido jurídico del precepto implica garantizar la protección de la intimidad desde cualquiera de las facetas que la componen, esto es, i) el ámbito personal, ii) habitacional o domiciliario y iii) **de las comunicaciones**; último aspecto que corresponde al tópico del presente artículo.

Ahora, sobre la intimidad en sede de comunicaciones, en primera medida cabe mencionar otro aparte del artículo 15 de la CPC: “la correspondencia y demás formas de comunicación son inviolables”. Sobre este asunto, el profesor Raúl Arrieta



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Cortés (2005), señala que la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados constituyen un derecho fundamental estrechamente vinculado al derecho a la vida privada, ya que en último término éste es el bien jurídico tutelado, y se pretende proteger a la persona de cualquier intromisión proveniente tanto de particulares como de funcionarios o autoridades, en sus comunicaciones y documentos privados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse en algunas de sus decisiones, con relación al derecho a la intimidad que contempla el artículo 11 en el inciso segundo (2) de la Convención.

Sobre la vida privada y la inviolabilidad de comunicaciones, en el año 2009 en el caso Tristán Donoso vs Panamá, sentencia C N°193, la Corte, refiriéndose a las conversaciones telefónicas dijo que: “se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada”.

En el mismo año, en el Caso Escher y otros vs Brasil, Sentencia C N°208, la Corte señala que: “La protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-349 de 1993 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, de manera más específica, precisó que:

“(…) el secreto de las comunicaciones, garantizado por el precepto constitucional en cita, es considerado por la doctrina como un derecho individual resultado del *status libertatis* de la persona que como ya se dijo, le garantiza un espacio inviolable de libertad y privacidad frente a su familia, a



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

la sociedad y el Estado. La inviolabilidad de la correspondencia es apreciada porque preserva el derecho de la persona al dominio de sus propios asuntos e intereses, aún los intrascendentes- Liberándola de la injerencia de los demás miembros de la colectividad y especialmente de quienes ejercen el poder público”.

De la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia SP 9792 del 2015, rad. 42307 con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, respecto a la intimidad en su faceta de las comunicaciones se dirige al concepto aludido por la Corte Constitucional en sentencia T-530 de 1992, en cuanto a que el derecho a la intimidad se remite indefectiblemente a la inviolabilidad de las comunicaciones y concretamente de la correspondencia, pues están ubicadas en ámbitos netamente privados, excluidas del conocimiento para quienes no se encuentran incursos en dicha interacción.

En suma, la intimidad es un derecho humano positivizado en nuestro ordenamiento jurídico. Es concebido de esta manera como derecho fundamental con gran relevancia social, puesto que transversaliza tres facetas individuales propias del ser humano. Estos ámbitos hacen parte del desarrollo personal, y en especial lo que comprende a la inviolabilidad de las comunicaciones, cuya faceta es protegida en ejercicio de los principios propios del Estado social de derecho.

2.2.2.1 La intimidad como derecho relativo o no absoluto

Si bien en el artículo 15 superior, consagra que la correspondencia y demás formas de comunicación son inviolables, en igual sentido contempla que las mismas solo pueden ser interceptadas mediante orden judicial en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Pero entonces, ¿a qué se debe esta posibilidad de afectación?



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Respecto a los derechos fundamentales en general y su posibilidad de afectación, la Corte Constitucional en sentencias C- 578 de 1995 y C-475 de 1997, ambas con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, establece que:

“Los derechos fundamentales, no obstante, su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles” (Corte Constitucional 1995, Sentencia C-578)

Los derechos fundamentales no son, derechos ilimitados, sino que todos en su conjunto y cualquiera de ellos considerado en particular están sujetos a limitaciones y ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente vive, convive y se relaciona en sociedad, debiendo por consiguiente cohonestar el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado (Klaus-Dieter, 1986).

Ahora, el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, en la redacción dada por el Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994 – en su artículo 8 referido al derecho a la intimidad, en su numeral 2° contempla algunas de las razones que permiten esa afectación:

“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto, esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

De la misma sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada, esto es, caso Tristán Donoso vs Panamá 2009, el alto tribunal señala que:

“El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009. Sentencia C-193).

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP 9792 del 2015, rad. 42307 la magistrada Patricia Salazar Cuellar, ha argumentado que el derecho fundamental a la intimidad puede ser objeto de limitaciones, en pro de un verdadero interés general y la satisfacción de los intereses constitucionales, en especial los preceptuados en el artículo 1° de la Norma Superior interna. Lo anterior, en vista de la necesidad de investigar las conductas delictivas que atentan contra bienes jurídicos. Agrega que en igual sentido el Estado debe cumplir su función Constitucional de perseguir y sancionar a los responsables y por eso el derecho a la intimidad no es absoluto.

En consecuencia, tanto la Constitución como la ley procesal penal han establecido la posibilidad de afectación de la intimidad. Esto, de manera reglada a través de orden emitida por autoridad competente, y con ocasión a la presunta existencia de hechos con características de delito que ponen en riesgo fines constitucionales como el orden justo y la convivencia pacífica.

2.2.3 La retención de correspondencia en el marco de la investigación penal en Colombia

La retención de correspondencia, según el Consejo Nacional de Policía Judicial en su manual del 2005, consiste en aprehender, interrumpir y/o sacar del trámite



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

normal de circulación los documentos enviados o recibidos por el indiciado o imputado, que pueden ser útiles para la investigación. Dicha actuación, tiene sustento legal en la ley 906 de 2004, en sus artículos 233 y 234.

El primero, establece que el Fiscal General o su delegado podrá ordenar a la Policía Judicial la *retención* de la correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga *motivos razonablemente fundados*, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que existe información útil para la investigación.

Para llevar a cabo dicha intervención, es pertinente remitirse a aquellas entidades o establecimientos dedicados a efectuar la remisión y entrega de dichos objetos, en cuyo escenario es razonable su interceptación a efectos de propender a la reserva de la investigación. En concreto la ley 1369 de 2009, establece el régimen de los servicios postales y dicta otras disposiciones como desarrollo del artículo 365 de la CPC, que consagra el servicio postal como un servicio de carácter público.

Dentro de dicha legislación, se establece que el servicio de correo postal es prestado para el envío de objetos postales, los cuales son definidos en la misma: la carta es toda comunicación escrita de carácter personal con indicación de remitente y destinatario movilizada por las redes postales; los impresos son toda clase de impresión en papel u otro material; el telegrama es una comunicación escrita y breve para ser entregada mediante servicio de correo telegráfico.

La mensajería especializada según el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es la clase de servicio postal prestado con independencia de las redes postales oficiales, que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección y entrega personalizada de envíos de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

correspondencia y demás objetos postales transportados vía superficie y/o aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.

Narváez (1997) refiere que el concepto de correspondencia a efectos de su protección constitucional no queda circunscrito a la correspondencia epistolar (cartas), sino que ha de extenderse a todos aquellos envíos postales, realizados a través del servicio público de correos, o privados análogos, mediante los cuales se establezca una relación, generalmente escrita, entre dos o más personas y a través de la cual se revelen datos de carácter personal que no deben traspasar la esfera íntima y familiar de los que la mantienen.

Siguiendo con el análisis de la norma procedimental penal en cita, en su segundo inciso consagra que en estos casos se aplicarán analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos, adhiriendo a esta actuación, artículos como el 219 (procedencia), 220 (fundamento), 221 (motivos fundados), entre otros. Finalmente, la disposición normativa, alude al tiempo en que se debe concretar la actuación: no debe sobrepasar el término de un año. Tiempo que consideramos debe estar supeditado a la efectiva producción de información útil para los fines de la investigación. En la medida que dicha intervención no genere los resultados pertinentes, dicha afectación debe ser interrumpida de manera inmediata a efectos de no continuar trasgrediendo el derecho fundamental a la intimidad de manera injustificada.

Por su parte, el artículo 234 del CPP, desarrolla la manera de llevar a cabo el procedimiento por parte de la Policía Judicial y el respectivo examen de la correspondencia intervenida. Igualmente consagra el término de 12 horas para que ponga en conocimiento del Fiscal aquella información que resulte de interés para la investigación. En los incisos subsiguientes, plantea escenarios alternativos como

hallazgos de escritura en clave u otro idioma y cuando se descubra información relacionada con otro delito.

2.2.3.1 Los motivos razonablemente fundados

Para que proceda la afectación de la intimidad mediante este acto de investigación, conforme al artículo 221 del CPP, se requiere de la preexistencia de unos motivos razonablemente fundados. Así, pues, resulta importante destacar que la ley no trae una definición expresa de motivos fundados. Sin embargo, Pava (2009) los define como el conjunto de razones empírica y objetivamente verificables en información, evidencia o EMP y EF lícitamente recabados que indiquen la posible existencia de un delito y la probable participación del ciudadano al que se le pretenden restringir sus derechos fundamentales.

La Corte Constitucional a través de sentencia C-024 de 1994 los ha tratado de conceptualizar con relación al procedimiento de captura en flagrancia lo que permite extraer un concepto general. El alto tribunal refiere que los motivos fundados son un conjunto articulado de hechos que permiten inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o participe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado. El mismo tribunal en el año 2005¹⁷, en sede de revisión constitucional de los artículos 247¹⁸ y 248¹⁹ del CPP acoge el mismo concepto y lo adecúa a la intervención investigativa en el cuerpo del imputado. Señala que los motivos razonablemente fundados obedecen a hechos, situaciones fácticas suficientemente claras y urgentes para justificar las medidas. Es decir, debe tratarse de un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que en el cuerpo del imputado existen elementos probatorios y

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005

¹⁸ Artículo 247. Inspección corporal. Ley 906 de 2004

¹⁹ Artículo 248. Registro personal. Ley 906 de 2004

evidencia física necesarios para la investigación, o que la persona relacionada con la investigación que se adelanta, tiene en su poder EMP y EF que se requieren para el esclarecimiento de los hechos, lo que por consiguiente descarta la mera sospecha.

En este sentido, y con relación al acto investigativo de retención de correspondencia, estos motivos fundados deben ser entendidos como el conjunto de saberes que, en grado de inferencia razonable, permiten construir un conocimiento objetivo, ajeno de la mera sospecha, respecto a que, a través de la correspondencia o servicio postal, está circulando información relevante para una investigación en curso.

2.2.3.2 Fines del acto de investigación

Los fines constitucionales del acto de investigación están dirigidos a establecer la existencia del hecho delictivo y la identificación del posible autor o partícipe. Teniendo en cuenta el tipo de investigación, otra finalidad consiste en establecer el empleo de bienes muebles o inmuebles para la perpetración del delito, o si mediante dicha actividad delictiva se ha logrado la consecución de alguno. Lo anterior para eventual proceso de extinción del derecho de dominio. Fines que cabe destacar, deben constar en la respectiva orden del fiscal general o su delegado.

2.2.3.3 Principio de Proporcionalidad

El test de proporcionalidad es considerado una herramienta argumentativa que permite establecer si una medida que afecta derechos fundamentales, resulta ajustada al ordenamiento superior, colocando en consideración esos derechos que se pretenden afectar vs los fines constitucionales que se persiguen con la medida restrictiva.

Binder (2006) sostiene que el principio de proporcionalidad es el parámetro decisivo para juzgar sobre la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales que pueden acordarse durante la fase de investigación penal, el cual exige el cumplimiento de tres requisitos o subprincipios:

- i) *Idoneidad o adecuación de la medida para la consecución de los fines que se pretenden.* Idoneidad que se exige no solo cualitativamente, en el sentido de que la medida limitativa debe ser por naturaleza apta para lograr el fin propuesto, sino también cuantitativamente, pues la duración o intensidad de la misma no debe ser superior a la estrictamente necesaria para alcanzar el fin perseguido.
- ii) *Su necesidad, esto es, que la misma resulte imprescindible.* Obliga, a elegir aquella medida que sea menos gravosa para el derecho fundamental afectado. Los órganos del Estado deben comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos fundamentales.
- iii) *Proporcionalidad en sentido estricto,* es decir, que el sacrificio del derecho sea equilibrado con respecto al grado de satisfacción del interés público perseguido que se alcanza en el caso concreto. Mediante este principio se trata de determinar, por medio de la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

2.2.3.4 Control judicial posterior

Bajo los parámetros del artículo 237 del CPP, el legislador le exige al fiscal delegado que dicho acto de investigación sea sometido a un control judicial posterior dentro

de las 24 horas siguientes a la rendición de los resultados. Allí, la autoridad judicial efectuará una revisión formal²⁰ y material de la orden, con el ánimo de establecer la efectiva existencia de i) motivos fundados para ordenar dicha afectación, ii) la clara descripción de la finalidad investigativa, y iii) la revisión del test de proporcionalidad correspondiente a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de cara al fin investigativo y constitucional que se persigue, conforme a los criterios descritos en el numeral anterior. Acto seguido, el juez revisará la manera cómo se llevó a cabo el procedimiento²¹ y los respectivos resultados; para establecer la legalidad o no del acto investigativo (Vanegas, 2007).

3. Hallazgo de correspondencia durante diligencias de inspección

Como bien se señaló en el capítulo anterior, en ejercicio de la persecución penal uno de los actos de indagación que puede ser llevado a cabo por parte de la policía judicial es la inspección en las diferentes modalidades que hemos examinado. Durante estas inspecciones, puede hallarse cualquier variedad de elementos materiales probatorios útiles, tendientes a corroborar las diversas hipótesis que surjan en el proceso investigativo en el marco del proceso penal.

Dentro de las opciones de hallazgo que ofrecen estas inspecciones existe la posibilidad de hallar EMP con características de correspondencia. Documentos en los que pueda darse la transmisión de información con destino a personas determinadas que puedan ser de interés para la investigación. Esto, en la medida que contengan la identificación de presuntos responsables de actividades delictivas,

²⁰ Revisión formal: Que la orden haya sido emitida por el fiscal del caso. De igual forma, habrá de constatarse que, de acuerdo con la legislación procesal, quienes están facultados para realizar la diligencia son los servidores con funciones de policía judicial.

²¹ Es necesario constatar que no se hayan afectado derechos fundamentales diferentes a los de faculta el presente acto de investigación.

confesiones, acusaciones sobre terceros, transmisión de órdenes para la ejecución de delitos que se vienen perpetrando o que se pretenden ejecutar, entre otras.

3.1 Un caso real

Si bien, el presente artículo no obedece a la modalidad de análisis de caso, resulta importante mencionar los siguientes hechos a efectos de ilustrar de mejor manera el problema planteado.

En la ciudad de Medellín-Antioquia, durante el año 2007, el ciudadano Carlos Framb le suministra morfina a su madre Luz Mila Álzate Henao de 82 años de edad. Acto seguido le coloca una bolsa en la cabeza. Comportamientos encaminados a terminar con su vida “para poner fin a sufrimientos que la aquejaban desde años atrás”²². La señora Luz Mila efectivamente fallece. Luego, Carlos Framb procede de la misma manera contra su integridad para poner fin igualmente a su vida.

Sin embargo, Carlos Framb sobrevive a estos hechos. Los mismos son puestos en conocimiento de las autoridades competentes procediendo a la apertura de investigación por el delito de homicidio agravado²³. La policía judicial del C.T.I Medellín realiza los actos urgentes relacionados con la inspección técnica a cadáver, inspección a lugar y la recolección de EMP y EF en el lugar de los hechos.

Como resultado de esta diligencia, se constata que el lugar donde ocurren los hechos corresponde al sitio de habitación de la víctima y del indiciado, Carlos Framb. Se halla en la habitación de Luz Mila, sobre la mesa de noche, al lado derecho de su cama, un sobre con manuscrito: “De Carlos Framb, para Iván Darío Henao Álzate”, este último hermano de Carlos, e hijo de la víctima. La policía judicial,

²² Información obtenida del caso penal

²³ Código penal – Ley 599 de 2000. Artículo 103 y 104. NUNC 05-001-60-0026-2007-19739

sin autorización de ninguno de los titulares de la carta y sin orden de autoridad competente, procede a la lectura de la misma en voz alta.

En esta carta, el ciudadano Carlos Framb, afirma que le quitó la vida a su madre y que luego de esto, igualmente acabaría con la propia. Señala que habrían ingerido morfina al 3% con consumo de vodka. Dice además que las bolsas plásticas en la cabeza de ambos eran para asegurar las muertes, descartando que ello produjera asfixia. En la carta le da otras explicaciones a su hermano, y algunas indicaciones de carácter personal.

Esta correspondencia dirigida al señor Iván Darío Henao Álzate es fijada y recolectada técnicamente como EMP y EF. Es sometida a los respectivos protocolos de cadena de custodia y entregada al fiscal bajo informe ejecutivo en desarrollo de los actos urgentes. Procedimiento que no fue objeto de control judicial alguno.

El anterior caso, acredita la posibilidad factual establecida en el planteamiento del problema de este artículo. Es decir, queda documentada la posibilidad de hallar durante una diligencia de inspección, elementos con las características propias de una correspondencia²⁴.

3.2 Tratamiento jurídico – procedimental de la correspondencia hallada en diligencias de inspección en el proceso penal colombiano

Como primera medida, se considera de imperante necesidad establecer si en correspondencia hallada durante diligencia de inspección, podría o no, haber afectación del derecho de intimidad en sede de inviolabilidad de comunicaciones.

²⁴ Correspondencia, por cuanto posee la identificación del remitente, el destinatario y en su interior, yace un mensaje privado. Aunado a ello, ese mensaje cuenta con información útil para la investigación penal.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Montero (2000), plantea que la correspondencia sólo mientras está sometida al envío a través de la agencia postal, es la que merece la protección constitucional. Así las cosas, la correspondencia en manos aún del remitente, o del destinatario, antes o después de ser entregada por parte de la agencia postal, respectivamente, no es objeto de protección en sede de intimidad, y el tratamiento que sugiere para aquella, es el de un “documento”.

Bajo este criterio, se podría considerar entonces que, aquella correspondencia que sea hallada durante diligencia de inspección no sería susceptible de protección constitucional y legal. Ello, en la medida que no se encuentra en manos de la empresa postal, considerando así que no existe una expectativa de intimidad para proteger.

Postura de la que el presente trabajo se aparta, puesto que se considera, se está haciendo caso omiso a un concepto integral de intimidad. Una carta u otro objeto postal contentivo de transmisión de mensajes, aunque no haya sido sometida al envío a través de una agencia postal o bien, haya sido remitida y se encuentre en manos del destinatario, no pierde el carácter personal y privado de la información que se pretende transmitir a través de aquel objeto postal.

Es necesario recordar conceptos sobre intimidad tan importantes como el de Puentes (2000), que refiere que este derecho se circunscribe a la voluntad del individuo, respecto a lo que quiere compartir con otros, o dejar de hacerlo.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-530/92, sobre este derecho fundamental establece que:

“al pertenecer a la esencia del ser humano interactuar con otros, muchas de las relaciones que establece, por su decisión han de mantenerse en el ámbito privado y alejadas del conocimiento de personas distintas a aquellas entre



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

quienes se entabla el respectivo vínculo, o se da el proceso comunicativo”
(Corte Constitucional 1992, Sentencia T-530).

Basta entender que, la intención (factor subjetivo) de una persona respecto a que determinado mensaje se encuentre inequívocamente destinada a otra, hace que su contenido esté blindado ante esa esfera externa, de la intromisión de terceros y en especial de las autoridades Estatales, independientemente del escenario en que se encuentre.

Aunado a lo anterior, en sentencia T-349 de 1993, la Corte Constitucional revisó hechos ocurridos en un centro carcelario del país, relacionados con la intervención de correspondencia por parte de los funcionarios del INPEC, entre terceros que remitían cartas a un interno. Allí, el alto tribunal reconoció finalmente la afectación del derecho a la intimidad e inviolabilidad de correspondencia, y entre otras cosas, recordando que dicha intervención sólo podía realizarse en virtud de orden judicial. Decisión que implícitamente trae consigo la posibilidad de su ejecución, así no medie agencia postal para su retención.

Así las cosas, la correspondencia hallada por fuera de la intervención de una agencia postal, como sería la encontrada en diligencias de inspección, igualmente se encuentra dentro del ámbito de protección constitucional y legal del derecho fundamental a la intimidad.

Dicho esto, se considera que la correspondencia hallada durante diligencias de inspección, sí afecta el derecho de intimidad en su faceta de la inviolabilidad de comunicaciones, por lo que requiere un tratamiento especial.

3.3 Propuestas o posibles soluciones

Ahora bien, en el caso hipotético planteado relacionado con el hallazgo de correspondencia durante diligencias de inspección, consideramos que pueden surgir dos variables:

- i) Que la policía judicial pueda determinar durante la inspección, sin afectar la intimidad del contenido, que el elemento hallado se trata de correspondencia.
- ii) Que, por las características del hallazgo, la única manera de establecer que el elemento se trata de una correspondencia es realizando examen directo del mismo, y así, resulte irrefragable la afectación de la intimidad.

3.3.1 La policía judicial determina durante la diligencia de inspección que el elemento se trata de correspondencia

Bajo este escenario, la policía judicial logra determinar que el elemento se trata de una correspondencia. Ello, en virtud de que, por ejemplo, el elemento está contenido en un sobre tradicional de carta, y en su parte externa describe el nombre del remitente y su destinatario, circunstancia que claramente lo podría llevar a inferir que se trata de una correspondencia que aún no ha sido entregada o que, ya se encuentra en su destino.

Este supuesto fáctico, es precisamente el ocurrido en el caso “Carlos Framb”. La policía judicial pudo prever que el elemento se trataba de correspondencia. Se conoció que era una carta de Carlos Framb dirigida a su hermano Iván Darío Henao Álzate y se conocía que dicho interlocutor, tendría probable participación en los hechos materia de investigación.

Respecto a lo ocurrido en dicho proceso, la correspondencia fue presentada por la Fiscalía en la formulación de acusación como “prueba documental”, tratamiento incluso sugerido por Montero (2000) con fundamento en decisiones del tribunal supremo español.

El día 29 de febrero de 2008, se llevó a cabo la audiencia preparatoria ante el Juzgado 23 Penal de Circuito de Medellín, en la cual la defensa del acusado solicita la exclusión de la carta dejada por Carlos Framb dirigida a su hermano, en la medida que se trató de evidencia violatoria del derecho a la intimidad. Pretensión a la que accede el juzgado, tras considerar dicha trasgresión.

Entre las razones que adujo la judicatura para decretar la exclusión de la carta, está el hecho que el escrito efectivamente contaba con un remitente y un destinatario, y el contenido de la carta no se encontraba a simple vista, lo cual, la colocaba en el marco de protección constitucional y legal del derecho fundamental a la intimidad.

El juez reprochó el hecho que el ente acusador presentara dicho elemento como “prueba documental” en la medida que claramente hacía parte del marco de protección de la inviolabilidad de la correspondencia. Por otra parte, reprendió que la policía judicial diera lectura a dicha carta, sin consentimiento de alguno de los titulares, afectando la intimidad que pregonaba el contenido de la misma. En igual medida, la ausencia de control por parte de juez competente, se sumaba a la estructuración errada del medio de prueba, por lo que no había lugar a decisión diferente, que decretar su exclusión con fundamento en el artículo 29 de la CPC y 23 del CPP.

3.3.1.1 Remisión normativa – diligencias de registro y allanamiento

La primera forma reglada que faculta el examen de la correspondencia, es cuando obra orden de autoridad competente. En el caso hipotético que se estudia, esto es, durante diligencia de inspección, claramente no existe dicha orden. Sin embargo, el artículo 233 del CPP²⁵ en su inciso segundo, consagra que en los casos de retención de correspondencia se aplicarán analógicamente, según la naturaleza del

²⁵ Retención de correspondencia

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos. Acudiendo al artículo 230 del CPP encontramos las excepciones de orden escrita para adelantar diligencia de registro y allanamiento, en las cuales se encuentra que i) medie el consentimiento del titular del derecho, ii) que no exista expectativa razonable de intimidad en escenarios como campo abierto, a plena vista, en abandono y iii) en situaciones de emergencia.

Así las cosas, bajo esta remisión normativa y atendiendo las particularidades que pueden rodear este supuesto fáctico, la policía judicial puede examinar la correspondencia sin orden del fiscal delegado, si obra el consentimiento del titular del derecho a la intimidad. Incluso, podríamos pensar en la posibilidad de examen, si la correspondencia se encuentra bajo el criterio de plena vista²⁶. Después de tramitar la correspondiente constancia de dicho escenario, la policía judicial debe rendir los resultados en el informe ejecutivo dentro de los términos que contempla el artículo 234 del CPP (12 horas), pues a la diligencia de inspección se sumaría actuación de examen de correspondencia conforme a la remisión y lo contemplado en el artículo 230 del CPP, cuya actuación en igual medida, tendrá que ser controlada por juez con función de control de garantías conforme lo establece el artículo 237 del CPP.

²⁶ Hallar la correspondencia a plena vista, significa encontrar la carta abierta, con el mensaje observable por parte de terceros de manera directa, sin necesidad de extraerlo de algún sobre o contenedor. Se puede considerar que, si de esa forma se encontraba la carta, no habría una expectativa razonable de intimidad respecto a terceros que pudieran observar el elemento. En sentencia C-881 de 2014 la Corte Constitucional desarrolla el concepto de la expectativa razonable de intimidad y su aplicación en Colombia, traído del sistema americano: El concepto de expectativa razonable de intimidad "*reasonable expectation of privacy*" fue creado en los Estados Unidos, como un criterio para establecer en qué eventos la fiscalía puede realizar actuaciones de investigación y búsqueda sin una orden judicial y cuándo ésta se exige en virtud de la Cuarta Enmienda. Este concepto fue acuñado por primera vez en la sentencia del caso Katz vs. U.S. El voto concurrente de esta sentencia del Juez Harlan, refiriéndose a la expectativa razonable de intimidad señaló que se debe reconocer en el hogar de la persona pero **no frente a objetos, actividades o declaraciones que exponga a plena vista de terceros**, doctrina que se ha adoptado en numerosas decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos y de las cortes federales de algunos Estados.

En caso que, durante la inspección no se logre el consentimiento del titular del derecho respecto a la apertura de correspondencia o no se encuentre a plena vista, la policía judicial, debe someterlo a su custodia. Después de documentar el hallazgo y describir la importancia que puede tener para la investigación, debe hacer entrega del respectivo informe ejecutivo dentro de los términos del artículo 205 del CPP (36 horas). En virtud de ello, el fiscal delegado, de considerar que existen los motivos razonablemente fundados de que trata el artículo 221 del CPP, procederá a ordenar la respectiva apertura de la correspondencia bajo los lineamientos legales.

En el evento que, durante el examen de la correspondencia, la policía judicial halle información de interés para la indagación, cuenta con 12 horas para informar el resultado al fiscal. Conforme a lo contemplado en el artículo 237 del CPP el fiscal debe acudir ante juez competente dentro de las 24 horas siguientes, para que ejerza control formal y material a la orden, el procedimiento y los resultados.

3.3.2 La policía judicial NO determina durante la diligencia de inspección, que el elemento hallado se trata de correspondencia y afecta la intimidad de su contenido

El segundo escenario posible es un poco más complejo. Por el contexto del hallazgo, a la policía judicial le resulta imposible determinar que el elemento se trata de correspondencia. Solo al momento de examinar el elemento determina dichas características relacionadas con información de remitente y destinatario, y la transmisión de mensajes que albergan el derecho a la intimidad; lo que equivaldría a una afectación al derecho fundamental sin consentimiento ni orden judicial.

Este acontecer, por sus características de imprevisibilidad, puede catalogarse como un **“hallazgo casual”**. Se trata de un descubrimiento que sorprende al investigador en ejercicio de la actuación investigativa, por cuanto era imposible predecir su hallazgo; y su trascendencia, en la medida que contiene información de interés para

la investigación, pero con afectación del derecho fundamental a la intimidad en sede de inviolabilidad de comunicaciones.

Este evento hipotético puede darse, por ejemplo, en desarrollo de inspección cuando se halle un papel doblado, con apariencia descuidada, sin contenedor propio de una correspondencia, sin registro de destinatario en su parte superior, y al dar lectura se constata que se trata de documento que contiene transmisión de mensajes a persona determinada. Así también, cuando se halle en algún tipo de recipiente fragmentos de papel que, una vez organizados, restablecidos y revisados, se concluye que corresponde a documento de igual naturaleza.

Una vez revisada la normativa procedimental nacional vigente e incluso la internacional, no se halla regulación “específica” para tramitar este importante hallazgo en el escenario de actos urgentes.

Sin embargo, resulta interesante señalar que, el ordenamiento local cuenta con un tratamiento para “hallazgos casuales”; no obstante, no se trata del mismo hallazgo casual en sede de inspección. Este hallazgo reglado, se encuentra en sede de la propia retención de correspondencia y está relacionado con delitos diferentes a los que motivan el acto de investigación inicial. Por ejemplo, un fiscal delegado ordena la retención de correspondencia con los respectivos requisitos constitucionales y legales dentro de indagación que se adelanta por el delito de tráfico de sustancias estupefacientes²⁷, y durante el ejercicio de este acto de investigación, se obtiene información relacionada con una organización criminal dedicada a la trata de personas.

²⁷ Bajo este entendido, la motivación fáctica de la orden del acto de investigación está inequívocamente dirigida sobre hechos relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes.

Sin mayor desarrollo, el artículo 234 de la ley 906 de 2004²⁸ anteriormente revisado, y concretamente en su inciso tercero, establece que: “si por este examen se descubriere información sobre otro delito, iniciará la indagación correspondiente o bajo custodia la enviará a quien la adelanta”. El primer desarrollo corresponde a la obligación de generar una nueva noticia criminal bajo la compulsión de copias²⁹. El segundo evento, en caso que estos hechos ya estén siendo investigados por otro despacho, la ley le insta a su remisión bajo custodia para que obre como elemento material con vocación probatoria dentro de dicha investigación.

Ahora bien, retomando la problemática decantada, consideramos algunas vías de tratamiento para dicho hallazgo casual, imprevisible y trascendental.

La primera de ellas, propone excluir dicho elemento de la causa penal. Esto, por considerar que, se afecta el derecho al debido proceso del eventual indiciado, en los términos señalados en el primer capítulo del presente artículo, en virtud de ausencia de regulación concreta, y con ello, la imposibilidad de conocer de manera anticipada la norma procedimental que corresponde para el citado evento, afectando de algún modo el ejercicio de defensa. Misma sanción de exclusión que procedería por haberse afectado el derecho fundamental a la intimidad en sede de inviolabilidad de correspondencia sin orden de autoridad competente o sin alguna de las causales que exoneran la necesidad de la orden.

Sin embargo, sobre esta misma línea, se sugiere analizar si en el caso concreto operaría alguna excepción a la cláusula de exclusión que contempla el artículo 455 del CPP, esto es, vínculo atenuado, fuente independiente y hallazgo inevitable.

Si las características del hecho se adecuan a las exigencias de estas excepciones, se podría pensar en la recuperación de la evidencia para que obre en la causa penal.

²⁸ Examen y devolución de la correspondencia.

²⁹ Modalidad de conocimiento de hechos con características de delito que contempla el artículo 250 CPC.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Un eventual caso, podría darse al documentar que existía otra investigación penal en curso, donde el fiscal delegado de manera previa al hallazgo de interés, habría ordenado la retención de correspondencia sobre el indiciado que involucra el hallazgo de ese elemento en sede de inspección. Cuyo **descubrimiento** podría tornarse **inevitable**, en la medida que dicha correspondencia, al momento que fuera remitida mediante agencia postal, igualmente iba a ser retenida por las autoridades en virtud de esa orden expedida por la autoridad competente.

Ahora bien, en caso que no opere alguna excepción a la cláusula de exclusión y teniendo en cuenta que el caso problemático surge en virtud de un factor externo de “imprevisibilidad”, ajeno a la voluntad de la policía judicial, podríamos considerar una tercera alternativa de tratamiento. Esta, atendiendo como fundamento, derechos de igual importancia al afectado, como sería el derecho constitucional al acceso a la administración de justicia y el derecho a la obtención de justicia material, como se explica a continuación:

El artículo 228 de la Constitución Política garantiza a todo ciudadano el acceso a la administración de justicia. Para Toscano (2013) el acceso a la administración de justicia contempla la actuación legal, democrática, en la cual toda actuación se realiza por el órgano judicial competente revestido de función jurisdiccional, con el fin de resolver los conflictos y controversias.

En el caso que nos corresponde, se trata de garantizar el acceso a la administración de justicia de quienes se han visto perjudicados o por lo menos, a quienes se les ha puesto en riesgo bienes jurídicos objeto de protección por parte del Estado.

Este acceso a la administración de justicia en materia penal, se concretiza con el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía a partir de la ocurrencia de un comportamiento con características de delito y del proceso jurisdiccional donde



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

participa la misma Fiscalía con la acusación y los jueces quienes son los llamados a decidir de fondo el asunto litigioso.

Como ya se dijo, al interior de dicho trámite debe imperar el respeto al debido proceso. Para el caso que nos ocupa, se encuentra relacionado con la efectiva aplicación de los diferentes lineamientos en ejercicio y práctica de los actos de investigación durante la fase de indagación o investigación.

Ahora bien, sobre los lineamientos en materia procesal, Agudelo (2004) estima que se circunscribe a un ámbito de aplicación específico como es el estudio de los medios tutelares de los derechos subjetivos. En esta medida, es un saber que debe ser liberado de limitaciones de orden conceptual y metodológicas, e igualmente depurado de cualquier tipo de formalismos legalistas y de reductivismo normativista exagerado, por cuanto la disciplina procesal no se limita a ser un estudio meramente descriptivo de normas positivas en particular también examina aquellas **realidades conexas en las que igualmente puede manifestarse el debido proceso.**

La Corte Constitucional (2018), ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas decisiones respecto al exceso ritual manifiesto al que han sido sometidos algunos procedimientos en ejercicio de las diferentes especialidades del derecho en la justicia colombiana, y ha expresado que esta exigencia genera un obstáculo a la obtención de decisiones justas y deja a un lado la protección de los derechos sustanciales. El alto tribunal señala lo siguiente:

“El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto puede entenderse, en términos generales, como el apego estricto a las reglas procesales que obstaculizan la materialización de los derechos sustanciales, la búsqueda de la verdad y la adopción de decisiones judiciales justas. En otras palabras, por la ciega obediencia al derecho procesal, el funcionario judicial abandona su rol como garante de la normatividad sustancial, para adoptar decisiones desproporcionadas y



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

manifiestamente incompatibles con el ordenamiento jurídico. Bajo este supuesto, la validez de la decisión adoptada judicialmente no solo se determina por el cumplimiento estricto de las reglas procesales, sino que además depende de la protección de los derechos sustanciales” (Corte Constitucional, Sentencia SU-061 de 2018)

Este exceso de ritualismo al que alude la Corte Constitucional y que afecta la obtención de la justicia material, consideramos que genera el mismo efecto sobre el caso planteado, inicialmente por falta de regulación procedimental específica. Si bien, en algunos casos el exceso de ritualidades frustra la consecución de una decisión justa, la ausencia de regulación genera la misma consecuencia.

El debido proceso hace un llamado a cumplir la formalidad de los procedimientos. Por su parte, el derecho fundamental de la garantía y acceso a la administración de justicia en miras a la obtención de la justicia material, llama al replanteamiento de ciertas eventualidades, como el caso que nos ocupa. De allí, que la misma Constitución Política en su artículo 228 contempla que, sobre las actuaciones públicas, prevalecerá el derecho sustancial.

Bajo este entendido, es posible considerar que dicho “hallazgo casual e imprevisible”, podría ser validado al interior de la actuación procesal. Para ello, a dicha intervención se debe aproximar el debido proceso otorgando un tratamiento similar al reglado. Además de tener en cuenta algunas consideraciones de carácter sustancial que igualmente se describen a continuación:

3.3.2.1 Control judicial posterior

Para que la correspondencia hallada durante diligencias en inspección bajo la hipótesis planteada se incorpore al proceso penal, deberá ser objeto de revisión por parte de un juez constitucional. Esto, en la medida que existe una afectación al derecho fundamental a la intimidad en sede de la inviolabilidad de comunicaciones.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Por ello, la falta de revisión por parte de un juez con función de control de garantías, generaría su inmediata exclusión.

Si bien, la legislación no regula de manera expresa este tipo de diligencias judiciales, consideramos pertinente acudir inicialmente al título VI de la ley 906 de 2004, concretamente en el capítulo III, que regula el ejercicio de las audiencias preliminares, definidas como aquellas actuaciones, peticiones y decisiones que deben ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencias diferentes a la audiencia de formulación de acusación, audiencia preparatoria o juicio oral, las cuales deberán adelantarse ante juez con función de control de garantías.

El artículo 154 ibidem, modificado por la ley 1142 de 2007 art. 12, establece las modalidades de audiencia que se adelantarán ante este funcionario judicial. De estas, cabe destacar las del numeral primero, que consagra que se tramitará en audiencia preliminar el acto de poner a disposición del juez con función de control de garantías los elementos recogidos en registros y allanamientos, interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, con el ánimo de ejercer el correspondiente control de legalidad. El numeral noveno (9), consagra que, el juez con función de control de garantías conocerá de las peticiones que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

En ejercicio del caso que nos ocupa, consideramos se trata de un asunto similar a los contemplados de manera expresa en la ley. Lo anterior, en la medida que la solución nos acerca a la regulación establecida para la retención de correspondencia, cuyo control debe ser tramitado por vía del artículo 237 del CPP. Revisión, que incluso está llamada a realizar desde la misma CPC, a partir del artículo 250.

3.3.2.2 Término para acudir ante el juez con función de control de garantías



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

La Constitución Política a través de su artículo 250 establece que, para actos de investigación con afectación de derechos fundamentales, la Fiscalía cuenta con 36 horas como término máximo para acudir ante el juez con función de control de garantías a efectos de realizar el respectivo control.

El desarrollo legal con relación al término de estas actuaciones se ha dado a través del estatuto procedimental penal, mediante los artículos 234 y 237. Por tratarse de audiencias de similar rango, igual regla debe aplicarse a la hora de producirse un hallazgo con afectación de derechos fundamentales como sería el caso de la correspondencia en sede de actos urgentes. Terminada la diligencia de inspección, la policía judicial deberá rendir dentro de las 12 horas siguientes el informe ejecutivo con los respectivos resultados, y el fiscal delegado deberá acudir de manera inmediata, sin sobrepasar las 24 horas, ante el juez con función de control de garantías para revisar lo actuado, y determinar la legalidad o no del procedimiento y su resultado, cuyos criterios de decisión se pasarán a analizar.

3.3.2.3 Facultad de la policía judicial para dar trámite a la diligencia

Abierto el escenario judicial, el juez con función de control de garantías deberá revisar la legitimidad de la policía judicial para encontrarse en el lugar donde señala haber hallado el elemento objeto de afectación de intimidad.

Así las cosas, deberá acreditarse que la policía judicial se encontraba en efectivo ejercicio de actos urgentes conforme las disposiciones normativas ampliamente citadas. Esto es, en desarrollo de una inspección técnica a cadáver o inspecciones a lugar de los hechos o en lugar distinto al del hecho; o en su defecto, si se trata de diligencias de inspección en desarrollo de programa metodológico, se deberá acreditar la existencia de la respectiva orden de inspección judicial emitida por la autoridad competente.

3.3.2.4 La imposibilidad de obtención de orden previa no puede ser irrazonable

En desarrollo de la audiencia preliminar, de especial importancia, la autoridad judicial deberá evaluar la casualidad del hallazgo en aras a considerar que efectivamente, no existían elementos dentro de la indagación o de la diligencia, para inferir que el elemento hallado, se trataba de una correspondencia.

Así las cosas, el juez deberá revisar si las circunstancias que obligaron a la policía judicial a examinar el elemento, para determinar si se trataba de una correspondencia, las hacía imprevisibles. O si, por el contrario, pudo prever dicha eventualidad, y someterlo únicamente a su custodia a efectos de dejarlo a disposición del Fiscal, para que con posterioridad procediera a emitir la respectiva orden de apertura y examen.

En este análisis deben priorizarse criterios objetivos y verificables, con base en los mismos medios de prueba que se allegan en el informe y que permitan llegar a la conclusión de que la limitación del derecho fundamental a la intimidad era imprevisible en el caso particular. Por otra parte hay que estimar que la excepción a la regla general de la orden previa no constituyó una decisión irrazonable ni un acto arbitrario.

En caso de que se logre establecer que la policía judicial contaba con elementos para efectuar dicha inferencia, como en el evento contemplado en el numeral 3.4.1³⁰ y no lo hizo, el juez deberá decretar la ilicitud de lo actuado.

3.3.2.5 Importancia del hallazgo con relación a los fines de la investigación

El juez con función de control de garantías, además, deberá verificar que la información o los mensajes que reposen en la misma, estén dirigidas única y

³⁰ El elemento hallado está contenido en un sobre tradicional de carta, y en su parte externa describe el nombre del remitente y su destinatario.

exclusivamente al esclarecimiento de los hechos delictivos que se investigan y/o a establecer la identificación de los autores o partícipes.

Cualquier tipo de información que repose en los mensajes hallados en aquellos documentos con características de correspondencia, que se encuentren por fuera de los intereses de la investigación, no podrán ser evaluados a efectos de considerar su posible incorporación al proceso. Más aún, si se trata de información de carácter reservada o información personal estrechamente relacionada con los derechos fundamentales del interviniente, por ejemplo, con su dignidad humana y libertad de expresión³¹; igualmente la información conocida como “sensible”³², relacionada con ideologías, orientación sexual, religión, entre otras.

3.3.2.6 Las comunicaciones entre indiciado y su abogado son inviolables

Pese a la generación de potenciales indiciados a partir de la correspondencia hallada durante diligencia de inspección, no toda la información que allí se obtenga puede ser objeto de legalidad por parte del juez. En la Convención de Derechos Humanos en su artículo 8 numeral 2, literal d, se consagra el derecho del inculpado a comunicarse privadamente con su defensor.

En igual medida, nuestra Constitución en su artículo 74 establece que el secreto profesional es inviolable. Esta protección ha tenido desarrollo legal, a través del código de procedimiento penal, en su artículo 8, literal G, que igualmente regula el derecho del procesado a tener comunicación privada con su defensor, y con un ámbito de protección más específico en sede de investigación, con relación a que,

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 2010.

³² Ley 1581 de 2012. Artículo 5. Ley de protección de datos personales. “Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos”.

en desarrollo de actos de investigación como el contemplado en el artículo 235 del CPP, interceptación de comunicaciones, en su tercer inciso consagra que por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

Con relación a la retención de correspondencia, de conformidad a la remisión normativa que realiza hacia las reglas de registro y allanamiento, en su artículo 223 contempla que no serán susceptibles de registro, las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.

Así las cosas, este tipo de correspondencia, no podrá ser objeto de revisión ni validación, por lo tanto, excluidas, teniendo como punto de partida la protección convencional y constitucional del derecho de reserva entre abogado y cliente.

3.3.2.7 Comunicaciones entre el indiciado, imputado o acusado con las personas exoneradas del deber de declarar son inviolables

El artículo 33 superior, contempla el derecho a que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Así mismo, el artículo 385 del CPP, consagra la misma protección, al igual que otras relacionadas con el secreto profesional.

Teniendo en cuenta la remisión normativa de la retención de correspondencia hacia las reglas de los registros y allanamientos, tenemos entonces que conforme al numeral segundo del artículo 223 del CPP, tampoco podrán ser objeto de revisión las comunicaciones entre indiciado, imputado o acusado con aquellas personas con las cuales, no está obligado a declarar constitucional ni legamente.

Sin embargo, conforme al párrafo de la misma disposición normativa, estas restricciones (entre abogado e indiciado y sus consanguíneos) no son aplicables cuando el privilegio desaparece por su renuncia o por tratarse de personas



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

vinculadas al delito investigado o de uno conexo que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.

4. Conclusiones

La correspondencia comprende objetos como cartas, extractos, paquetes, entre otros, que cuenten con descripción de identificación de remitente y destinatario. Adicionalmente que, en dicho contenido, se pretenda enviar un mensaje, una información o una comunicación. Estas características, son consideradas de carácter sustancial para que, dicho elemento, pueda ser objeto de protección constitucional y legal, en el marco del proceso penal colombiano.

No resulta acertado considerar que, el único escenario de protección constitucional y legal de la correspondencia, es durante el tiempo en que dicho objeto postal se encuentra en manos de la agencia que presta el servicio de envío. Desde el mismo momento en que se genere o expida el documento contentivo de información inequívocamente dirigida a determinada persona, ingresa al ámbito de la intimidad y, por ende, la protección que le corresponde, bajo los parámetros del Estado Constitucional o Estado Social de Derecho. Asimismo, durante el tiempo en que dicha correspondencia se encuentre en manos del destinatario del contenido de dicho mensaje.

Durante el ejercicio de la acción penal, y en escenarios procedimentales como las inspecciones realizadas por parte de la policía judicial, es factible el hallazgo de correspondencia susceptible de afectación de intimidad. Claramente, en estos casos, no preexiste una orden que autorice su afectación como inicialmente lo regula nuestro estatuto procedimental penal. Los escenarios posibles se circunscriben a que la policía judicial, sin afectar la intimidad, logre establecer que se trata de elemento con dichas características; y el caso contrario, que no logre



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

hacerlo, y después de afectar la intimidad, determina que se trata de este tipo de elemento. Ambos escenarios merecen un tratamiento especial.

En el primer caso planteado, la policía judicial solo procederá a su revisión, siempre y cuando medie consentimiento del titular del derecho, o incluso, cuando la correspondencia se encuentre a plena vista conforme lo establecido en el artículo 230 del CPP. En ambos casos, terminada la diligencia, el fiscal deberá acudir ante juez dentro de los términos legales a efectos de controlar la actuación. En el evento que no se encuentre en ninguno de estos dos escenarios, la policía judicial rendirá el informe ejecutivo propio de los actos urgentes y el fiscal delegado, de considerar que existen motivos razonablemente fundados, ordenará la apertura de la misma. Posteriormente, la orden, el procedimiento y resultado deberán ser sometidos a revisión por parte del juez constitucional.

Ahora bien, si por las características del caso concreto la policía judicial solo afectando la intimidad, establece que lo hallado se trata de correspondencia de interés para la indagación, nos encontramos con las siguientes vías de tratamiento:

La primera, sería decretar la exclusión del elemento en virtud de la falta de regulación que refiere la afectación del debido proceso formal y el eventual ejercicio del derecho de defensa. En igual sentido, con ocasión a la ilicitud del mismo por tratarse de afectación del derecho fundamental a la intimidad en sede de inviolabilidad de correspondencia sin los requisitos legales.

Ahora, si el caso concreto lo permite, aplicar alguna de las excepciones a la cláusula de exclusión que contempla el artículo 455 del CPP, esto es, vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable. Con ello se podría en un eventual caso, recuperar la evidencia para que obre en la causa penal.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Finalmente, otra vía factible presupone que dicho elemento pueda incorporarse a la actuación procesal. Esto, con fundamento en derechos constitucionales como el acceso a la administración de justicia y la obtención de justicia material. Sin embargo, el procedimiento tendrá que ser objeto de una rigurosa revisión bajo criterios de lineamientos similares buscando la aproximación al debido proceso. Se acudiría ante juez con función de control de garantías dentro del término regular. Como elemento sustancial para la decisión, se revisaría de manera exhaustiva esa imposibilidad de previsión a efectos de que se genere la respectiva orden por parte de la autoridad competente. Asimismo, se adhieren a la actuación, todas las garantías constitucionales y legales que corresponden para actos de investigación con afectación a derechos fundamentales (formales y materiales).

Bibliografía

- Agudelo Ramírez, Martín (2004). Introducción al estudio del derecho procesal. Señal Editora. Tercera edición. Medellín.
- Arciniegas Martínez, Gustavo (2007). Policía judicial y sistema acusatorio. Ediciones nuevas jurídica. Tercera edición. Bogotá D.C
- Arrieta Cortés, Raúl. (2005). Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático. No. 6, 2005. Centro de Estudios en Derecho Informático
- Audio de audiencia preparatoria del caso 05-001-60-0026-2007-19739 celebrada el día 29 de febrero de 2008 por el Juzgado 23 penal del circuito de Medellín
- Auto, 53722 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 05 de 12 de 2018).
- Auto, 56150 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 06 de 11 de 2019).
- Auto, 58323 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 20 de 01 de 2021).
- Bajo Fernández, M. (1982). Protección del honor y de la intimidad, en comentarios a la legislación penal. Tomo I. Madrid.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Barragán Salvatierra, Carlos (2009). Derecho Procesal Penal. Tercera edición. Mc Graw Hill Interamericana editores S.A. México.
- Barrientos, José María (2016). Detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica. Vlex. <https://vlex.es/vid/detencion-apertura-correspondencia-391378686>.
- Bernal Cuellar, Jaime (2013). El proceso penal Tomo II. Universidad externado de Colombia. Sexta edición. Colombia.
- Binder, Alberto y otros (2006). Derecho Procesal Penal. Comisionado de apoyo, Escuela Nacional de la Judicatura, CONAEJ. República Dominicana.
- Caso penal 05-001-60-0026-2007-19739.
- Chile (2002). Código procesal penal.
- Chile (1986). Constitución Política.
- Chiovenda Giuseppe "Curso de derecho Procesal Civil" Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alfonso. Ed. Harla. Año 1998
- Colombia, C.d. (2004). Código de procedimiento penal. Leyer
- Colombia (1991) Constitución Política de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia (2009). Ley 1369 de 2009.
- Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1581 de 2012.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969.
- Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la redacción dada por el Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994.
- Daza González, Alfonso (2007). Policía judicial en la práctica: escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses. Bogotá D.C
- Declaración de Derechos Humanos de 1948.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

España (1978), Constitución Política.

Ferrajoli, Luigi (1997). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta.

Madrid

Ferrer, M.A. (2002). La libertad de información y el derecho a la intimidad", en AA.VV.,

Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik Deutschland", en Eberhard Grabitz,

Grundrechte in Europe und USA, Band I (Strukturen nationaler Systeme), N.P. Engel,
Kehl/Strassburg/Arlington, 1986.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de España-Real Decreto de 1882.

Lizcano Bejarano, Jesús Eduardo (2015). La cláusula de exclusión. Ediciones Nueva jurídica. Bogotá.

Manual único de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación 2005.

Manual único de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación 2019.

Medina Rico, Ricardo (2017). Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. D.C

Montero, J. (2000). Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal. Valencia. Editorial Tirant lo blanch.

Narváz Rodríguez, A. (1997) Intervenciones postales, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, núm. VI. Ministerio de Justicia. Madrid.

Neyra Flores, José Antonio (2010). Manual del nuevo proceso penal y de litigación penal.

Lima: Idemsa

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Pava Lugo, Mauricio (2009). La defensa en el sistema acusatorio. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Colombia.

Puentes, E (2000). Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad en



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Colombia. Colombia. Primera edición, 2014.

Roxin, Claus (2019). Derecho procesal penal. Ediciones Didot. Traducción de la 29ª edición. Argentina.

Rivera, R. (2021). Actos de investigación y prueba en el proceso penal. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley.

Corte Suprema de Justicia (2004). Sentencia, 18451 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 08 de 07 de 2004).

Corte Suprema de Justicia (2009) Sentencia, 26836 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 01 de 07 de 2009).

Corte Suprema de Justicia (2009). Sentencia, 31073 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 01 de 07 de 2009).

Corte Suprema de Justicia (2013). Segunda instancia de tutela 69471 (Corte Suprema de Justicia, sala de decisión penal de tutelas).

Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia, 42307 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 29 de 07 de 2015).

Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia, 43533 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 11 de 04 de 2018).

Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia T-406 (Corte Constitucional 05 de 06 de 1992)

Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia T-530 (Corte Constitucional 23 de 09 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia T-349 (Corte Constitucional 27 de 08 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia C-024 (Corte Constitucional 27 de 01 de 1994).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia SU-089 (Corte Constitucional 01 de 03 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia C- 578 (Corte Constitucional 04 de 12 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-475 (Corte Constitucional 25 de 09 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C-1024 (Corte Constitucional 26 de 11 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-591 (Corte Constitucional 09 de 06 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C- 822 (Corte Constitucional 10 de 08 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C- 185 (Corte Constitucional 27 de 02 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia C-881 (Corte Constitucional 19 de 11 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia SU-061 (Corte Constitucional 07 de 06 de 2018).

Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia T-414 (Corte Constitucional 27 de 05 de 2010).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Sentencia C N°193 / 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán. Donoso vs Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Sentencia C N°208 / 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escher y otros vs Brasil.

Servicios de mensajería especializada (L.880-93 – D.229-95)



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Recuperado de: <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Glosario/S/5714:Servicios-de-mensajeria-especializada-L-80-93-D-229-95>

Silva Silva, Jorge Alberto (1995). Derecho Procesal Penal. Segunda edición. México.

Suarez Sánchez, Alberto (1998). El debido proceso penal. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia

Toscano, F. H. (2013). Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal. Revista de Derecho Privado, (24), 237-257. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486/3472>

Vanegas Villa, Piedad Lucía (2007). Las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio. Escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses. Bogotá D.C

Vivas, A. (2006). El lugar de los hechos. Primera edición. Colombia. Editorial Leyer

Ybarra, J.A. (2021). La prueba ilícita y la regla de exclusión. Edición 1. Editorial Jurídica Sánchez.