



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

La Captación y Grabación de Comunicaciones Orales en el Marco del Proceso Penal
Colombiano

Autor

Maria Mercedes Yarce Gil

Seleccione tipo de documento presentado para optar por el título de Magíster en Derecho
Procesal Penal

Asesor

Ana Isabel Tamayo Palacio, Magíster

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal

Medellín, Antioquia, Colombia

2025

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Mónica Cecilia Montoya Escobar
Decana (e) de Escuela de Posgrados

Cesar Alejandro Osorio Moreno
Coordinador maestría en Derecho Procesal Penal

Ponencia realizada en el Congreso Iberoamericano de Derechos Humanos y Penitenciarios
en la Universidad Sergio arboleda Facultad de Derecho 2025 del 13 al 15 de marzo del
2025

El trabajo de grado fue sustentado el 15 de marzo de 2025 y obtuvo una aprobación unánime 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 # 09 del 26 de Noviembre de 2025.

Resumen

Entendiendo que es necesario implementar la técnica de la captación de comunicaciones orales en el sistema jurídico colombiano como un medio eficaz para la lucha contra la criminalidad, la falta de regulación de la figura genera algunas incertidumbres frente a la posibilidad de incorporarlo. Esta situación llevará a que en el presente artículo se determine la viabilidad de utilizar este instrumento, siendo necesario realizar un análisis a luz del derecho a la intimidad y el principio de legalidad en Colombia; posteriormente, se hace un estudio de derecho comparado frente al desarrollo y regulación de este en España; y, finalmente, se establece como podría ser su implementación en nuestro sistema jurídico, partiendo de las posibilidades que abarcan las audiencias innominadas, que como su nombre lo indica, no tiene un procedimiento o nombre específico; por lo tanto, son la solución adecuada para este tipo de controversias y vacíos de la ley, buscando la protección de los derechos fundamentales y una actuación legal de las actividades investigativas emanadas por la Fiscalía General de la Nación.

Palabras clave:

Captación, Comunicaciones, Interceptación, Legalidad, Intimidad.

Abstract

Understanding that it is necessary to implement the technique of capturing oral communications in the Colombian legal system as an effective means of fighting crime, the lack of regulation of the figure generates some uncertainties regarding the possibility of incorporating it. This situation will lead this article to determine the viability of using this instrument, making it necessary to carry out an analysis in light of the right to privacy and the principle of legality in Colombia; Subsequently, a study of comparative law is carried out regarding its development and regulation in Spain; and, finally, it establishes how its implementation could be in our legal system, based on the possibilities covered by unnamed

hearings, which, as its name indicates, do not have a specific procedure or name; Therefore, they are the appropriate solution for this type of controversies and gaps in the law, seeking the protection of fundamental rights and legal action of the investigative activities emanating from the Attorney General's Office.

Keywords:

Right to privacy, Principle of legality, Comparative law - Spain, Capture of communications, Interception of communications, Investigation acts.

Introducción

Este trabajo tiene como objetivo analizar la viabilidad de la utilización de la técnica investigativa de captación y grabación de comunicaciones orales como prueba en el marco del proceso penal colombiano. Lo anterior, en vista de los avances tecnológicos de la época, que han resultado útiles para otros campos de acción como la comunicación, el diseño, las finanzas e inclusive diferentes métodos de estudio; sin embargo, han marcado una alerta importante en los medios investigativos en Colombia, haciendo más difícil la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física relevante para el proceso penal.

Esta situación hace plantear la existencia de un problema frente a la imposibilidad legal que tiene el ente persecutor colombiano en la recopilación de comunicaciones orales de procesados que puedan surgir en tiempo real y que hagan necesaria la utilización e incorporación de medios de grabación en espacios públicos o privados, actividad investigativa indispensable para una investigación criminal. Por tal motivo, la existencia de esta omisión legislativa absoluta frente a esta actividad investigativa, genera una inseguridad jurídica desde la perspectiva del respeto de los derechos a la intimidad y el principio de legalidad, pues al no estar taxativamente regulada, su recolección o implementación podría tornarse de ilegal.

Por lo anterior, y en vista de dicho desarrollo tecnológico que abarca desde la inteligencia artificial hasta el uso de comunicaciones a través de datos, se busca la manera de implementar la utilización de la capacidad de comunicaciones orales como una solución investigativa que mezcla las técnicas tradicionales de recolección de elementos, por ejemplo, la interceptación de comunicaciones con elementos tecnológicos que permitan obtener las conversaciones de los indiciados o las víctimas, ya no a través de grabaciones magnetofónica, sino en tiempo real con herramientas de grabación y vídeo, que permitan la captación, conservación y utilización de las mismas de manera eficaz, inmediata, pero a su vez legales y con respaldo de protección de las garantías fundamentales al derecho a la intimidad.

Este tipo de actividades investigativas han estado respaldado por otros actos de investigación especial como la técnica de agentes encubiertos y entregas controladas. Adicionalmente, en cierta medida, las vigilancias a personas y cosas. En consecuencia, es indispensable viabilizar la utilización de este tipo de alternativas que harían que fuese más fácil, útil y rápido la obtención de ciertas comunicaciones dentro de la investigación penal, incorporándose y utilizándose de manera autónoma en cada investigación.

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, han realizado algunos acercamientos frente a esta figura, haciendo la salvedad que la única persona autorizada para captar comunicaciones orales son las víctimas o testigos de un delito, tal como lo estableció desde la vigencia de la Ley 600 de 2000. La sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicado 13148 de 2002, en temas de interceptación de comunicaciones abordó indirectamente lo concerniente a la captación de comunicaciones, indicando que podría interceptarse el abonado de la víctima, su imagen o voz, sin autorización previa, cuando esta así lo consienta, haciendo la aclaración que frente a limitaciones de intimidad ajena, siempre deberá haber control previo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 13148, 2002).

Con la finalidad de estudiar la manera de utilización de la captación de comunicaciones orales en Colombia, se procedió a hacer una búsqueda en el ordenamiento

jurídico de otros países con el propósito de hallar legislaciones que tienen dicha actividad regulada, evidenciando que España al igual que Colombia, carecía de regulación jurídica frente al tema; sin embargo, a raíz de un requerimiento del Tribunal español, se incorporó esta figura para el año 2015. En consecuencia, este trabajo tendrá un enfoque de derecho comparado con la legislación española, pues luego de la reforma realizada a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la Ley Orgánica 13 del 5 de octubre de 2015, lograron agregar la figura de la captación de comunicaciones orales como una actividad independiente, autónoma, debidamente motivada y justificada, utilizada en investigaciones complejas y preponderante de los derechos y garantías fundamentales. En este caso, basada en el respeto y ponderación al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, según el artículo 18.3 de la Constitución española “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (Constitución Española, 1978). De este análisis, se podrán avizorar soluciones jurídicas viables para el caso colombiano, examinando las novedades de esta técnica extranjera, su utilización, regulación, las razones de su incorporación y los mecanismos normativos y jurisprudenciales utilizados en torno al equilibrio entre la eficacia de la investigación penal y la protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, se pretende dar solución a la manera de utilización de la técnica de captación y grabación de comunicaciones orales como prueba en el marco del proceso penal colombiano, analizándolo desde la perspectiva del juez de garantías y la utilización de las audiencias innominadas, dado que por su carácter residual, supletorio y debidamente regulado en el artículo 154 numeral 9 de la Ley 906 de 2004, resolvería el conflicto de legalidad planteado por ser una manifestación legítima del control judicial y el respeto de las garantías fundamentales.

El presente trabajo se ajusta a los lineamientos establecidos por la metodología de análisis de derecho comparado que consiste en la comparación sistemática de dos ordenamientos jurídicos, a fin de determinar sus equivalencias y diferencias, buscando lograr mejoras o reformas en el ordenamiento jurídico colombiano frente a la figura en cuestión. La presente investigación también se encuentra enmarcada en un enfoque cualitativo,

interpretativo y valorativo, basada en el análisis de las normas y jurisprudencia, con el propósito de comprender su funcionamiento y proponer soluciones jurídicas.

CAPÍTULO I

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES EN COLOMBIA

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental, esencial para la protección de la dignidad humana y piedra angular de cualquier sociedad democrática. Este derecho, además, refuerza otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, información, imagen y asociación. En Colombia, se encuentra consagrado como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución Política, que establece:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. Igualmente, tienen derecho al conocimiento, actualización y rectificación de las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas (Constitución Política de Colombia, 1991).

Así las cosas, el derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos dimensiones establecidas por la Corte Constitucional Colombiana: la primera, como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados; y, la segunda, como libertad en tanto faculta a las personas a tomar decisiones respecto a su vida privada (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-881/14, 2014). En ese orden de ideas, en Colombia la vida privada de las personas está protegida por el derecho a la intimidad que abarca la inviolabilidad de las comunicaciones privadas o secretas, tal como lo establece el inciso tercero del artículo 15 constitucional “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial,

en los casos y con las formalidades que establezca la ley” (Constitución Política de Colombia, 1991).

En el ámbito penal, el artículo 14 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) reafirma este principio: “Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada” (Ley 906, 2004). Este mandato ha sido establecido por la Corte Constitucional, la cual ha destacado la relevancia de salvaguardar la privacidad en el contexto de las acciones penales y en las investigaciones llevadas a cabo por el Estado, de manera que, las acciones de interceptación de comunicaciones, así como los allanamientos o registros, solo son lícitos si cuentan con autorización judicial, buscan un objetivo legítimo y obedecen a los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha establecido criterios claros para delimitar el alcance de la intimidad y el grado de resistencia de este derecho frente a injerencias estatales o de particulares (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-289/23, 2023). Es decir, la Corte Constitucional ha señalado que la intimidad se considera un espacio reservado a la autonomía individual, protegido de las injerencias del Estado o de terceros, excepto cuando hay un interés constitucional superior que justifique la limitación. En todo caso, este derecho no es absoluto y debe equilibrarse con otros derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión y el acceso a la información, siempre que se mantengan los principios de proporcionalidad y necesidad.

El derecho a la intimidad puede ser limitado en el marco de actuaciones judiciales, siempre que exista previa o posterior autorización del Juez de Control de Garantías como lo establece el artículo 250 de la Constitución, a través del cual se faculta a la Fiscalía General de la Nación para realizar investigaciones penales bajo principios de legalidad, dignidad humana, debido proceso y protección de derechos fundamentales.

El artículo 250 de la Constitución Política le concedió a la Fiscalía General de la Nación la facultad de investigar los hechos que revisten las características de delito en Colombia. Asimismo, avala las actividades investigativas realizada con el propósito de cumplir con este fin constitucional, siempre y cuando se realicen bajo los criterios de la

dignidad humana, el debido proceso y la protección de derechos fundamentales. Estos últimos limitados o ponderados frente a la necesidad de esclarecer delitos.

Ahora bien, las víctimas han venido ganando derechos y terreno en las actuaciones elevadas dentro de los procesos penales, no solo al ser consideradas partes dentro del mismo, sino porque gozan de una participación activa, basada en la protección de sus derechos, la verdad y las garantías de reparación, logrando en la actualidad recolectar, allegar y producir pruebas a su favor. En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-374 de 20 indicó la importancia de la intervención de las víctimas en el proceso penal:

Se derivan tres mandatos para hacer efectivos los derechos de las víctimas en el proceso penal: 1) su participación no se limita a alguna actuación específica, sino que están facultadas para intervenir autónomamente durante toda la actuación; 2) el sistema de investigación y juzgamiento, al tiempo que se encuentra regido por los principios de igualdad entre las partes y contradicción, concede una especial protección a las víctimas y, por lo mismo, 3) promueve el restablecimiento de sus derechos y la reparación integral por los daños ocurridos (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-374/20, 2020).

Frente al derecho a la intimidad vs los derechos de las víctimas, la Corte Suprema de Justicia ha venido dándole validez y legalidad a las grabaciones realizadas por las víctimas al victimario dentro del proceso penal colombiano, lo que podría considerarse el primer y único lineamiento que existe en Colombia frente a la captación y grabación de comunicaciones orales. En sentencia con radicado 37431-2011 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se resolvió el problema jurídico consistente en si la grabación que hace la víctima de conversaciones presenciales con el objeto de preconstituir prueba, requiere control judicial. En este caso se concluyó que no, dado que no existía riesgo del derecho a la intimidad ni al *habeas data*, en el entendido que había sido la misma víctima la que entregó las grabaciones, sin deslegitimar la legalidad de las mismas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia radicado 37431, 2011).

Posteriormente, para el año 2013 la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 41790 del 11 de septiembre de 2013, continuó con dicho criterio, anexándole que no solo pueden ser recolectadas por la víctima, sino también por interpuesta persona o por

aquella que las represente, haciendo la salvedad de su recolección en lugares abiertos al público (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia radicado 41790, 2013).

Por lo tanto, la Corte indicó que, en los casos en los que se genere una grabación elaborada por un particular sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal teniendo en cuenta lo siguiente: “i) si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si capta el momento del accionar criminoso y; iii) si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia radicado 41790, 2013).

Para el año 2018, en decisión con radicado 52320 del 11 de abril de 2018, la Corte confirma la postura y abre la posibilidad para que los testigos de delitos puedan también incorporar comunicaciones en las que se hayan visto involucrados, y de la cual se predica la misma suerte para aquella información que repose en dispositivos de almacenamiento como celulares que sean entregados o autorizada su revisión por la víctima (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia radicado 52320, 2018).

Finalmente, en la decisión con radicado AP3439 del 19 de junio de 2024, y como actual postura, la Corte reitera la posición que se viene desarrollando desde el año 2002, la cual consiste en tenerse como legal las comunicaciones captadas por las víctimas y entregadas de manera voluntaria a la fiscalía, además de exigir que se cumpla con los siguientes requisitos:

i) Se realice directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si se capta el momento del accionar criminoso y; iii) si se tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia radicado AP3439, 2024).

Del análisis de la jurisprudencia anterior, se evidencia que a pesar de los avances jurisprudenciales, la legislación colombiana aún presenta grandes vacíos normativos frente a la regulación específica de la captación de comunicaciones orales con medios tecnológicos,

especialmente cuando no se trata de una interceptación formal, sino de grabaciones directas por particulares en entornos ambiguos (como lugares públicos y semipúblicos, domicilios, vehículos o espacios laborales) como medio investigativo y no exclusivamente como facultad de la víctima. Esta falta de regulación podría dar lugar a invasiones injustificadas de la intimidad o incluso a prácticas de prueba ilícita dentro del proceso penal. Lo cierto aquí, es que fue por medio de las víctimas como nuestro país ha ido regulando lentamente la utilización de esta figura, abriendo una puerta a su incorporación.

Por lo anterior, se evidencia una protección legal, constitucional y jurisprudencial al derecho a la intimidad, razón por la cual se analizarán otras técnicas investigativas que, si bien son limitantes de este derecho, pueden darnos una luz a la utilización de la captación de comunicaciones orales. En ese orden de ideas, es determinante hacer énfasis en la interceptación de comunicaciones consagrada en el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal (C.P.P.), facultad constitucional otorgada a la Fiscalía General de la Nación, en el Artículo 250, en el que se indica que el fiscal podrá interceptar las comunicaciones de los indiciados e imputados, con fines de recolección probatoria y ubicación, siempre y cuando existan motivos fundados sólidos ligados a los requisitos del artículo 220 y 221 del Código de Procedimiento Penal, así como a una orden escrita, debidamente motivada, basada en el respeto de las garantías fundamentales, relacionada no solo con una duración determinada de 6 meses, sino a unos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actividad investigativa, que deberá ser respaldado mediante un control posterior de legalidad ante el Juez de Control de Garantías.

Frente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en Sentencia del 22 de septiembre de 2021, señaló:

La interceptación de comunicaciones es un acto de investigación dirigido a “buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda o ubicación de imputados, indiciados o condenados”. Los datos obtenidos pueden ser utilizados de formas diversas, entre ellas: (i) como prueba en el juicio oral; y (ii) para disponer otros actos de investigación, que permitan hallar evidencias físicas u otra información con vocación de prueba. Sin perjuicio de los requisitos constitucionales y legales de este acto de investigación, dada su innegable injerencia en los derechos

fundamentales, la utilización del contenido de las conversaciones interceptadas, como prueba, está supeditada a diversos requisitos. Por su importancia para la solución del caso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia radicado 55027, 2021).

Por lo tanto, al ser una actividad que limita el derecho fundamental en su núcleo esencial, su utilización no puede ser caprichosa, pues deben estar limitados no solamente a los motivos de su realización, sino también a los fines de las misma, recolectando y utilizando únicamente aquellas comunicaciones que guarden relación los hechos que se investigan, haciendo a un lado aquellas conversaciones de carácter personal o que involucren al abogado, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación penal:

Igualmente, ha hecho énfasis en las cargas probatorias que, en esos casos, debe afrontar la Fiscalía, lo que depende del uso que pretenda darle a la información obtenida a través de las interceptaciones. En ese contexto, a manera de ejemplo, puede ser necesario demostrar: (i) el contenido de las conversaciones; (ii) la identidad de las personas que intervienen en ellas; (iii) la identidad de los titulares de las líneas, aunque esto puede ser tomado como un hecho indicador del aspecto anterior; (iv) la fecha y hora en que las comunicaciones ocurrieron; etcétera (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia radicado 54495, 2021).

La interceptación de comunicaciones es una figura similar a la captación de comunicaciones orales, en el entendido que lo que se recolecta es una comunicación o conversación entre diferentes interlocutores. La diferencia principal radica en la manera de recolección y la forma de transmisión de la comunicación; pues bien, a través de las interceptaciones se recolectan comunicaciones magnetofónicas, generadas a través del uso de redes de comunicación telefónica, las cuales son escuchadas y grabas en tiempo real por un policía judicial, adscrito a una sala de interceptación; por el contrario, la captación de comunicaciones orales, se recolecta en el momento y tiempo real de la conversación, las cuales deberán ser recopiladas a través de medios de grabación de audio o video y requieren de una organización mucho más precisa para su obtención, en la cual existen actividades previas para poder ubicar el lugar de su realización, el medio que se ha de utilizar para su

captación, el lugar exacto de ubicación del dispositivo electrónico, entre otros datos más precisos para que dicha actividad prospere.

En Colombia la técnica de interceptación de comunicaciones está bastante regulada, pues en algún momento fue el hito de las actividades investigativas, sobre todo en temas de organizaciones delincuenciales, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación penal en Sentencia con Radicación N° 54495 “la Sala ha resaltado que la interceptación de comunicaciones es un acto de investigación especialmente útil para el esclarecimiento de los delitos, especialmente aquellos que encajan en la denominación de crimen organizado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia radicado 54495, 2021). Sin embargo, debido a la era digital, la Fiscalía se ha quedado corta, dado que aún no se logra la interceptación de las comunicaciones realizadas a través de datos, lo que implica que aquellas comunicaciones, conversaciones y llamadas transmitidas por aplicaciones de mensajería como WhatsApp, FaceTime, ente otras, no son posibles de interceptar. En consecuencia, la captación de comunicaciones orales entraría a ser una actividad de investigación novedosa, que permitiría la recolección y grabación de conversaciones de interés, realizadas por los indiciados e imputados.

Otra técnica investigativa en la cual se desarrolla la captación de comunicaciones orales, sería mediante vigilancia y seguimiento a personas y cosas establecida en los artículos 239 y 240 del C.P.P. Esta ha sido definida como la facultad de vigilar a una persona sospechosa de realizar actividades ilícitas a fin de recolectar EMP y EF de interés para la indagación, al respecto la Corte Constitucional ha indicado:

La medida de vigilancia y seguimiento es razonable por los siguientes motivos: (i) Está fundada en una finalidad legítima como es la persecución y sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados. (ii) Tiene un alcance limitado y muy específico que permite la vigilancia respecto de eventos que no afecten el núcleo esencial de la intimidad como campos abiertos, a plena vista, o cuando se hayan abandonado objetos, por lo cual no se podrá aplicar en aquellos casos en los cuales sea necesaria una afectación más profunda de la intimidad como allanamientos y registros, interceptaciones o retenciones. (iii) Tiene una relación absoluta con la finalidad pretendida, situación que se encuentra de manera muy clara

en la norma, pues la misma señala que su objetivo es conseguir información útil para la investigación que se adelanta (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-881/14, 2014).

Durante el desarrollo de esta actividad los policías judiciales, podrán utilizar medios tecnológicos como cámaras digitales, medios de comunicación, celulares, entre otros, para vigilar una persona o cosas, por ejemplo, casas, establecimientos de comercio, vehículos, embarcaciones, aviones, etc. que generen sospecha de la realización de actividades ilícitas. Es una actividad que, al igual que la interceptación, exige tener motivos fundados para su realización; además, se debe hacer con fines de identificación o recolección de elementos materiales probatorios y podrá ser autorizada por un año, siendo necesario un control previo y posterior por parte del Juez de Control de Garantías.

Ahora bien, existe un vacío normativo al indicar si mediante esta técnica se pueden incorporar micrófonos que permitan una invasión un poco más fuerte del derecho a la intimidad, por ejemplo, en la vigilancia a un vehículo que se le incorporan micrófonos ocultos para captar las comunicaciones que surjan al interior del mismo; también podría presentarse la vigilancia que se le hace a una vivienda o establecimiento de comercio en el que se instalan cámaras de video y audio en un lugar estratégico para captar comunicaciones; o a la persona que, a raíz de una vigilancia, se le camuflan dispositivos ocultos en su bolso, computador o celular para su ubicación o escucha de comunicaciones. Estas dudas aún no han sido resueltas por los tribunales de cierre; sin embargo, son una violación latente al núcleo esencial del derecho a la intimidad, situación que podría ocasionar su exclusión en audiencia preparatoria al haberse obtenido violando garantías fundamentales ligadas al principio de legalidad y el derecho a la intimidad.

Otra actividad investigativa a analizar es la técnica especial de agente encubierto, consagrada en el Artículo 242 del Código de Procedimiento Penal. Esta trae implícita la captación de comunicaciones orales, dado que el agente encubierto en razón de la operación encubierta podrá grabar las comunicaciones y actividades que realicen los indiciados, mediante dispositivos electrónicos ocultos, celulares, cámaras de video, entre otros, que permitan evidenciar el accionar criminal. Esta figura requiere previa autorización del Director de Fiscalía y, cuando la Fiscalía considere que existen motivos fundados, se podrá

utilizar para que un particular o un policía judicial recolecte por el término de un año información relevante para la indagación, enfatizando en impactar una posible organización criminal sin que el mismo se convierta en un agente provocador y limitado a las técnicas de investigación utilizadas en las vigilancias y seguimiento de personas.

En esta figura, a diferencia de las vigilancias y seguimiento a personas y cosas, la Corte Constitucional indicó que se protege el núcleo esencial del derecho a la intimidad y el principio de legalidad al exigir un control previo ante Juez de Control de Garantías cuando el agente encubierto ingrese a espacios privados de los iniciados como su residencia o lugar de trabajo, sin dejar de lado la revisión de legalidad posterior (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-156/16, 2016).

En síntesis, vemos como el desarrollo jurisprudencial colombiano ha permitido establecer criterios razonables para admitir la captación de comunicaciones orales en contextos penales, especialmente cuando son realizadas por las víctimas y los agentes encubiertos; no obstante, los grandes avances tecnológicos y el creciente uso de los mismos como teléfonos inteligentes, cámaras ocultas, micrófonos inalámbricos y herramientas de grabación en tiempo real, plantean nuevos desafíos para el derecho a la intimidad, particularmente cuando estas tecnologías pueden ser utilizadas sin control en escenarios que involucran espacios privados o situaciones sensibles.

En ese sentido, resulta urgente y necesario que el legislador colombiano regule de manera precisa estas prácticas, tomando como referencia modelos extranjeros como el español que, como se verá en el siguiente capítulo, en su reforma de 2015 incluyó normas específicas sobre la captación de comunicaciones orales en domicilios, espacios cerrados y vía pública, garantizando el respeto a los derechos fundamentales, fortaleciendo el control judicial y dando una mayor seguridad jurídica frente a las actuaciones investigativas.

Para que dicha técnica pueda prosperar en nuestro país, se deben analizar los criterios del principio de legalidad que respalda las restricciones a los derechos fundamentales necesarios para el desarrollo de las actividades investigativas, pues a través de este se exige que haya una expresa regulación en la ley, respetando no solamente los derechos básicos de las víctimas, sino también de los indiciados e imputados. La Corte Constitucional en sentencia C-710 de 2001, estableció frente al principio de legalidad que:

El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-710/01, 2001).

En conclusión, la escucha, captación o recolección de comunicaciones en Colombia, están basadas en el principio de legalidad, el respeto por el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. De esta manera, la reserva de ley condiciona la capacidad del Estado para investigar, por lo que, únicamente el legislador tiene la facultad de permitir restricciones a la privacidad, garantizando los principios de justicia y necesidad.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES EN EL PROCESO PENAL

Para iniciar con el desarrollo de este capítulo es indispensable tener claro qué son las comunicaciones orales. En ese sentido, la Real Academia española la definió como: “la posibilidad que tiene el interno para comunicarse con otras personas mediante encuentros personales” (Real Academia Española, 2025). Las comunicaciones orales son la forma más antigua de comunicación en el mundo que ha permitido la interacción de una o varias personas. Por lo tanto, es la manera de transmitir información a otro en tiempo real, y en el caso que nos ocupa de manera física y presencial.

Las comunicaciones orales también están ligadas a la tecnología, ya que en la actualidad las mismas pueden darse vía telefónica, por medio de plataformas de chats e inclusive a través

de video juegos, que posibilitan el envío de mensajes de voz. De esta manera dichas comunicaciones estarían supeditadas al uso de herramientas tecnológicas para su realización, haciendo que las mismas puedan ocurrir de manera actual, vigente, pero sin requerirse la presencialidad.

Ahora bien, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha regulado de manera autónoma la obtención, grabación y utilización de las comunicaciones originadas por medios telefónicos o electromagnéticos. Colombia no ha sido la excepción, ya que estableció la interceptación de comunicaciones ligada a la protección constitucional del derecho a la privacidad, según el artículo 15 de la Constitución: "La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley" (Constitución Política de Colombia, 1991). De acuerdo con esta disposición, la Ley 906 de 2004 articula la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares en su artículo 235 al establecer que:

"El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación" (Ley 906, 2004).

Dichas interceptaciones deberán estar formalmente estipuladas en una orden escrita, en la que se especifique el abonado a interceptar, la duración de la actividad investigativa y los motivos fundados a los que aluden los artículos 220 y 221 del Código de Procedimiento Penal; posteriormente, debe ser llevado ante un Juez de Control de Garantías para que realice un control formal y material sobre dicha orden, al igual que autorizar la prórroga de la actividad investigativa cuando persistan motivos fundados para continuarla.

Así las cosas, la regulación colombiana vincula la interceptación a supuestos fundados y graves, los cuales son sometidos a control judicial durante y al término de su ejecución. La Corte Suprema de Justicia a través del radicado 43.572, AP3466-2014 ha precisado que el control de legalidad posterior comprende la revisión de toda actuación

ejecutada bajo una orden unitaria de interceptación, garantizando que no se fragmenten arbitrariamente los lapsos de la medida (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP3466-2014, 2014).

En la actualidad el uso de las nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, los datos y las plataformas de chats, han generado que las comunicaciones orales sean más fáciles, más cercanas, más continuas, pero también ha hecho que sea más difícil su captación, grabación, recolección y uso dentro de un proceso penal, no solo por la afectación que puede darse al derecho a la intimidad, sino por la falta de medios tecnológicos que permitan tal captación. Un ejemplo que podría ilustrar lo dicho, son las llamadas realizadas a través del uso de datos o plataformas de chats como *WhatsApp*, *Telegram* e inclusive redes sociales como *Instagram* y *Facebook*, videojuegos como *Play Station* o *Nintendo*, ya que, al usar sistemas de encriptado, hacen que su interceptación y recolección sea nula.

Por lo anterior, surge la necesidad de regresar a lo esencial y buscar la manera de lograr la captación de comunicaciones orales presenciales y en tiempo real. Como se indicó en el capítulo anterior, pese a que en Colombia aún no existen criterios claros frente al uso de estas captaciones, salvo los criterios fundamentales establecidos en pro de las víctimas y en desarrollo de actividades ejecutadas por agentes encubiertos, surge la necesidad de realizar un análisis de derecho comparado con la legislación española en la materia, con el propósito de indagar sobre su posible utilización como actividad investigativa autónoma en nuestro país.

En España, la sentencia STC 145/2014 del Tribunal Constitucional anuló la grabación de conversaciones de detenidos en celdas policiales al no contar con un marco legal que respaldara la vulneración al derecho a la intimidad de las comunicaciones (Fiscalía General del Estado, 2020). Esta decisión propició una reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015 del 5 de octubre que incorporó un nuevo Título VIII, Capítulo VI en el Libro II de la LECrim. Allí se contemplan los artículos 588 *quater* a–e donde se definen los criterios para permitir “la instalación de micrófonos y otros dispositivos que faciliten la obtención y grabación de las comunicaciones orales directas de la persona investigada” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882). El juez de instrucción puede permitir este procedimiento a solicitud fundamentada del Ministerio Público, siempre que se cumplan los principios de

especialidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, con una motivación explícita sobre las reuniones o los lugares que se vigilan.

La reforma en España obedeció a la falta de regulación de la actividad investigativa, ya que esto generó un vacío normativo que chocaba directamente con el principio de legalidad y vulneraba flagrantemente los derechos a la intimidad, a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones, el derecho a guarda silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, e inclusive el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la familia, al considerarse que esta técnica podría traspasar la esfera de los derechos de personas cercanas al indiciado, situación que ya se había presentado en otros casos y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reclamaba con urgencia su regulación.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del 31 de mayo del 2005, caso Vetter contra Francia, tras la sospecha de la autoría de una persona en un asesinato, la policía instaló dispositivos de audio en el apartamento que frecuentaba el indiciado y con base en los resultados de las grabaciones, fue capturado y procesado. En esta ocasión el Tribunal indicó que hubo una violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio, así como de la correspondencia, pues la ley francesa no estipulaba con claridad el alcance y la modalidad para que un órgano investigativo escuchara las conversaciones privadas, por lo que enfatizó en las regulaciones previas a dicha actividad.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico español contempló en su Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto del 14 de septiembre de 1882) el título VIII sobre las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Nacional, enfatizando en el derecho a la intimidad, al domicilio y a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones. Igualmente, establece en su artículo 588:

La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, indicando que solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de la mencionada ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación (Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, 1882, art. 588).

Además, en su artículo 588 bis a, parametrizó algunos aspectos generales para la utilización de esta técnica de captación de comunicaciones orales, por ejemplo, la exigencia de control previo ante juez, realización de test de proporcionalidad, el deber de contar con elementos claros de la existencia del delito, indicó el ámbito de aplicación y duración de dicha figura. El artículo 588 *quáter* estableció frente a la grabación de comunicaciones orales que:

1. Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados, Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. 2. En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares. 3. La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde (Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, 2015).

Es importante destacar que, la LECrim también garantiza la confidencialidad en la comunicación con el abogado donde, además, la jurisprudencia impide la colocación de dispositivos en áreas reservadas para la consulta entre abogado y procesado. Por ende, la LECrim requiere secreto de sumario y audiencias privadas para que, al finalizar la medida, las grabaciones e imágenes sean entregadas a la autoridad judicial junto con transcripciones autenticadas.

La Circular 3/2019 de la Fiscalía General del Estado subraya que con la LO 13/2015 se buscó proporcionar un marco legal detallado para esta técnica de investigación, en cumplimiento de la exigencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de "ley clara" (principio de previsibilidad). Además, destacó que para que esta técnica se desarrollara con base en el respeto de las garantías fundamentales, se debe: “Primero, exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y

proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida” (Fiscalía General del Estado, 2019).

Otra de las incorporaciones más significativas en el ordenamiento español se estructura en la regulación de la captación y grabación de comunicaciones orales directas mediante dispositivos electrónicos, medida que fue reconocida y matizada por Tribunal Constitucional de España a través de la Sentencia 99/2021 del diez (10) de mayo de 2021, allí el tribunal examinó la constitucionalidad de la autorización de instalación de dispositivo de captación en vehículos que grababa comunicaciones orales durante en el periodo de tres meses (Tribunal Constitucional de España, 2021), dicha sentencia también refuerza la reforma de la Ley Orgánica 13/2015 que regula la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que mantenga el investigado (Tribunal Constitucional de España, 2021).

En concreto, la Sentencia 99/2021 recalcó que la medida debe estar autorizada por auto judicial motivado, el cual debe identificarse con precisión el lugar o dependencias sometidas a vigilancia, y que no cabe autorizar captaciones de carácter general o indiscriminado, además, esta jurisprudencia amplía la protección del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) frente a la tecnología de vigilancia contemporánea (Constitución española, 1978).

A su vez, la sentencia STS 660/2022 del 30 de junio de 2022 del Tribunal Supremo de España que aborda la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, evaluando los requisitos de autorización judicial, proporcionalidad y relación con los derechos fundamentales (Tribunal Supremo de España, 2022), es por ello que, estas nuevas incorporaciones al ordenamiento jurídico de España reafirman el control judicial y la ponderación entre necesidad, proporcionalidad, legalidad e idoneidad investigativa, aunado a ello, la actualización doctrinal sobre las comunicaciones, datos asociados y su tratamiento se trabajan bajo el artículo 18 numeral 3 de la Constitución Española donde “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (Zoco Zabala, 2025, p. 14).

Por lo anterior, ambos marcos legales salvaguardan la privacidad de las comunicaciones como un derecho constitucional y requieren el consentimiento del juez para

su interceptación. Para el caso de colombiano, el énfasis se centra en la “intercepción de comunicaciones telefónicas y análogas” a través de grabaciones magnéticas, las cuales son reguladas por el fiscal con supervisión inmediata del Juez de Control de Garantías y una prohibición clara sobre la interceptación de las comunicaciones del defensor. Por otra parte, en España, además de abarcar la interceptación de llamadas, se incluye en su legislación la captura y grabación de conversaciones orales directas mediante aparatos electrónicos. La normativa española, establecida a partir de la jurisprudencia constitucional, establece los requisitos concretos sobre la confidencialidad y la terminación inmediata de estas medidas.

Entre las principales diferencias se encuentra la base legal, pues en Colombia existe una normativa general desde la Ley 906 de 2004, mientras que en España la regulación sobre la captura electrónica de comunicaciones directas fue añadida posteriormente en el año 2015 tras la sentencia STC 145/2014. En consecuencia, España segmenta más las medidas, es decir, hay separación de leyes para cada tipo con un control posterior detallado, frente a la unidad de actuación contemplada en Colombia, donde una sola orden de interceptación goza de un único control judicial (Tribunal Constitucional de España, 2014).

Finalmente, es importante resaltar las similitudes entre ambos ordenamientos, los cuales reconocen que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables, por tanto, solo podrán ser limitadas o ponderadas cuando exista un mandato legal previo, es decir, una orden escrita debidamente motivada y con cumplimiento de las formalidades que exija la ley. Para el caso colombiano, el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia dispone que las comunicaciones privadas solo pueden ser objeto de intervención o registro mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley (González-Monguí, 2017, p. 312), y para el caso Español el artículo 18.3 de la Constitución española, ha indicado que el Estado garantiza el secreto de las comunicaciones, las postales telegráficas y telefónicas, indicando que su intervención solo podrá estar sujeta a orden previa (Constitución Española, 1978).

Así las cosas, en los dos países se protege el derecho a la intimidad y el principio de legalidad, dado que del desarrollo jurisprudencial, se evidencia, que para que proceda alguna actividad investigativa que limite los mismos, se exige que la medida de intervención tenga fundamento en un delito grave, exista indicios objetivos o motivos fundados para su

realización y además se pondere la necesidad, utilidad y proporcionalidad de la figura a utilizar; en Colombia, la Sentencia SU 414/17 recordó que las interceptaciones telefónicas requieren control judicial y fundamentación, por lo que, ambas jurisdicciones reconocen que la captación de comunicaciones afecta derechos fundamentales que deben protegerse y ponderarse frente a fines de persecución penal (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 414-2017, 2017).

En definitiva, la experiencia española se basó en el respeto de las garantías fundamentales, marcando un ítem trascendental en la forma de captar las comunicaciones orales, mostrando un desarrollo legislativo amplio, moderno y a la vanguardia de los nuevos retos tecnológicos; siendo un referente para Colombia, al incorporar medidas investigativas innovadoras, solucionando vacíos normativos en pro del principio de legalidad, promoviendo mayor seguridad jurídica y garantizando un equilibrio adecuado entre el deber de investigar delitos graves y la protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

CAPITULO III

UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DE CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES COMO PRUEBA EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO

En el sistema penal acusatorio de Colombia, el Juez de Control de Garantías tiene un rol crucial como protector de los derechos fundamentales durante las etapas de indagación e investigación. Su conformación surge de la reforma constitucional que instituyó el sistema acusatorio a través del Acto Legislativo 03 de 2002, la cual fue introducida en la Constitución Política (1991) en su artículo 250, misma que establece que la Fiscalía General de la Nación debe pedir al Juez de Control de Garantías autorización sobre las medidas que impacten derechos fundamentales como arrestos, allanamientos o interceptaciones, para garantizar su legalidad.

Así las cosas, el Juez Constitucional se distingue del Juez de Conocimiento porque el primero interviene, principalmente, en las fases anteriores al juicio para asegurar la imparcialidad y la protección de las garantías del acusado. En efecto, la Corte Constitucional

en sentencia C-740/03 ha indicado que este juez forma parte de la estructura esencial de acusación y juicio del sistema penal, dado que es el responsable de supervisar el respeto a las garantías constitucionales y legales de los involucrados en el proceso, así como de controlar los posibles excesos de la Fiscalía. En otras palabras, el Juez de Control de Garantías actúa como un mecanismo constitucional que equilibra el poder investigativo del Estado con la defensa de los derechos individuales (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-740/03, 2003).

Por otro lado, la base legal de las funciones del Juez de Garantías se encuentra establecida en el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, que establece que el control de garantías será ejercido por un Juez Penal Municipal, protector de las garantías fundamentales, tal como se indicó la Corte Constitucional en la sentencia T-643/16:

La figura del juez con funciones de control de garantías es propia del sistema penal acusatorio y cumple un papel fundamental en el correcto desarrollo de los procedimientos penales, en tanto que es el garante de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en la causa (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-643/16, 2016).

La ley ha indicado, que cuando la Fiscalía ordene ciertas actuaciones urgentes de forma excepcional, el Juez de Control de Garantías debe llevar a cabo un control de legalidad en un plazo de 36 horas, procedimiento que garantizaría que una restricción severa de derechos no quede sin revisión judicial oportuna, fortaleciendo los principios de legalidad y del control judicial previo o inmediato.

Con la implementación del sistema acusatorio, el proceso penal en Colombia se organiza a través de audiencias para todas las actuaciones relevantes en el marco del proceso penal. Dentro de las audiencias especificadas de forma taxativa en la ley (imputación, medidas de aseguramiento, acusación, etc.) también se contemplan las audiencias preliminares "innominadas", conocidas en la doctrina como las audiencias que no tienen un nombre oficial en la ley (Ramo, 2020).

De acuerdo con el artículo 153 de la Ley 906 de 2004, cualquier acción, solicitud o resolución que no deba llevarse a cabo en las audiencias de juicio se realizará en una

audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías, en otras palabras, cualquier solicitud o diligencia relacionada con la fase de investigación que no tenga una audiencia formal designada debe ser tramitada a través de una audiencia preliminar. Es por ello que, el artículo 154 de la misma normativa menciona varios tipos de audiencias preliminares: legalización de capturas y allanamientos, formulación de imputación, solicitud de medidas de aseguramiento, control de garantías respecto al principio de oportunidad, solicitudes de libertad, entre otras (Ley 906, 2004, art. 154).

Ahora bien, la expresión “audiencia innominada” ha sido adoptada en la jurisprudencia y en la práctica judicial para referirse a diligencias preliminares que no están formalmente definidas por la ley, pero son indispensables para abordar circunstancias específicas (Ramo, 2020). Por ejemplo, en el evento en el que alguna de las partes necesite una resolución durante la fase de investigación que no se ajuste a una audiencia formal preestablecida, puede presentar su solicitud al Juez de Garantías, quien programará una audiencia innominada con un nombre que describa la cuestión. Aunado a ello, los tribunales han avalado la legitimidad de este mecanismo como parte del marco del proceso penal.

En igual sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que ciertas solicitudes como el cambio del lugar de detención domiciliaria, se consideran “*audiencias innominadas*” contempladas en la Ley 906 de 2004. Por lo tanto, deben ser tratadas por el Juez de Control de Garantías competente. Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005 afirmó que un acusado podría dirigirse al Juez de Garantías a través de una audiencia innominada para plantear cuestiones sobre la legalidad del procedimiento que se aplique a su situación, destacando que esta opción estaba disponible como una forma de salvaguardar sus derechos (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-388/2005, 2005).

Desde la doctrina se resalta que la figura de las audiencias innominadas es coherente con los principios de oralidad, intermediación y concentración que rigen el sistema acusatorio; no obstante, las únicas excepciones son las actuaciones permitidas *ex parte* por urgencia, que luego se someten a validación en audiencia.

Las audiencias innominadas al igual que las demás audiencias preliminares, son ante todo un instrumento de salvaguarda de los derechos fundamentales en la fase inicial del

proceso penal, ya que a través de ellas el Juez de Control de Garantías puede examinar y decidir sobre actos de la investigación que potencialmente afectan derechos como la libertad personal, la intimidad, el debido proceso y la legalidad, asegurando que dichos actos cumplan con los requisitos establecidos en la ley y en la Constitución; no obstante, solo dos derechos destacan en este ámbito: el derecho a la intimidad (privacidad) y el principio de legalidad en la actuación procesal.

El derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política y en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, ambos establecen la protección de las comunicaciones privadas y de los domicilios, permitiendo su limitación únicamente con las debidas garantías judiciales, pero para su intervención la legislación requiere una orden previa que autorice llevar a cabo registros domiciliarios, regulando de esta forma la intervención de las comunicaciones. Consecuentemente, las audiencias innominadas son fundamentales en este proceso porque sirven como un espacio para que el juez pueda verificar que cualquier invasión a la vida privada ha sido autorizada y realizada conforme a lo estipulado en la ley (Ley 906, 2004, art. 14).

Además, la reserva judicial se realiza precisamente en estas audiencias de control, incluso en casos donde la ley permite que la Fiscalía actúe de manera urgente. En consecuencia, es necesario que un juez revise de inmediato la actuación, de lo contrario será inválida. En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia C 336 de 2007, ha respaldado este esquema al reconocer que el control judicial inmediato es una garantía efectiva, aunque ha enfatizado que en ciertos casos específicos se requerirá una autorización judicial previa como en los casos de acceso a datos personales sensibles (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C 336/2007, 2007).

Por otro lado, el principio de legalidad se refuerza mediante las audiencias innominadas al exigir que cada acción investigativa se apoye en un marco normativo y sea sometida a la verificación de un juez. Por lo tanto, ninguna acción que implique carga para los individuos puede ser emprendida por la Fiscalía de manera unilateral y arbitraria sin un control posterior. De esta forma el juez encargado del control de garantías protegerá el derecho sustancial y tiene el deber de subsanar los actos irregulares de la autoridad investigadora que no justifiquen una nulidad formal. Lo anterior, implica que en la audiencia

innominada el juez tiene la capacidad de ordenar las correcciones o acciones necesarias para rectificar desviaciones en el procedimiento o prevenir violaciones de derechos, asegurando la legalidad del proceso.

Un ejemplo en la jurisprudencia es el caso resuelto en la Sentencia SU-388 de 2021. En esa ocasión se indicó que, ante la transición excepcional entre sistemas penales, la defensa podía recurrir al juez de control de garantías a través de una audiencia innominada para ajustar el procedimiento y garantizar el respeto al juez natural y al debido proceso. Esto ilustra cómo la figura de la audiencia innominada actúa como un mecanismo de resguardo de garantías: las partes Fiscalía, defensa o víctimas tienen la opción de activarla cuando sientan que un derecho fundamental está en peligro o que ha surgido un vicio que necesita un correctivo judicial inmediato.

Por lo anterior, vemos como a través de las audiencias innominadas, la Fiscalía podrá acudir ante el Juez de Control de Garantías, para la realización de actuaciones investigativas que no se encuentren taxativamente regladas en la ley, pero que en defecto requieren autorización previa al ser limitantes de derechos fundamentales, razón por la cual estas audiencias serían la principal solución a la autorización de la figura de captación de comunicaciones orales en Colombia, dado que por su naturaleza residual, se transforma en la herramienta perfecta para someter una medida investigativa atípica al control jurisdiccional, asegurando que el Principio de Legalidad se cumpla en su dimensión material y no únicamente formal.

Así las cosas, la Naturaleza Residual de las Audiencias Innominadas establecidas en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), abarcan cualquier acción, solicitud o resolución que deba tramitarse ante el Juez de Control de Garantías durante la investigación y que no se ajuste a una audiencia formal preestablecida, Por lo tanto, la atipicidad regulatoria de la captación de comunicaciones encaja perfectamente en la necesidad de obtener una autorización judicial previa, para una medida altamente invasiva, que toca el núcleo del derecho a la intimidad.

Vemos entonces, que este tipo de audiencias, se encuentran respaldadas jurisprudencialmente para resolver cuestiones no previstas, por lo que formalmente demuestra su versatilidad y capacidad de actuar como un instrumento judicial efectivo y

residual, otorgándole la fuerza procesal necesaria para gestionar la naturaleza atípica de la captación de comunicaciones orales, sin quebrantar el principio de legalidad, que si bien exige que toda actuación esté previamente estipulada en la ley, podrá ceder ante la facultad de autorización de un juez de control de garantías, analizada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, puesto que este principio exige la explicación de la restricción de los derechos fundamentales, orientada además a los criterios de necesidad urgencia, y utilidad de este tipo de medidas, así lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-022/96:

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-022/96, 1996).

Entonces, para que el Juez de Control de Garantías autorice la captación de comunicaciones, la Fiscalía debe demostrar que la medida es indispensable y necesaria, evidenciando que no existen otras técnicas investigativas que posean por lo menos la misma idoneidad y que sean menos restrictivos de los derechos fundamentales afectados, evidenciándose un verdadero test de proporcionalidad que satisfaga los fines perseguidos por la actuación, convenciendo al juez de que su utilización no es caprichosa del ente investigador, sino indispensablemente necesaria para el desarrollo y fines investigativos que se persiguen, tal como lo describe la Corte Constitucional en Sentencia C-022/96:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-022/96, 1996).

Por lo anterior, al acudir al Juez de Control de Garantías, a través de las audiencias innominadas se estaría blindando la captación de comunicaciones de posibles refutaciones en audiencias posteriores como la preparatoria, ya que al cumplirse con la protección de los principios de legalidad y proporcionalidad, no solo se asegura la salvaguarda del respeto del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, sino también, se garantiza, la legitimidad y licitud de la prueba vs la cláusula de exclusión (Art. 23 CPP), toda vez que las pruebas obtenidas con violación de derechos y garantías fundamentales, es considerada nula de pleno derecho, por tanto da lugar a exclusión de la actuación procesal, generando que esta misma consecuencia opere para las pruebas que se deriven de las ya excluidas (Ley 906, 2004).

Prueba ilícita es aquella que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, **la intimidad**, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21.529/06, 2006). Negrita fuera de texto.

(...) (ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), **por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal)**, por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) **o por violación ilícita de comunicaciones** o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21.529/06, 2006). Negrita fuera de texto.

Se entiende entonces que, la cláusula de exclusión funciona como una fuerza coercitiva que obliga a la Fiscalía a someterse al control riguroso del Juez dado que, la legitimación de la prueba atípica reside exclusivamente en la calidad y el rigor del control

judicial ejercido a través de la audiencia innominada, transformándola en el elemento decisivo de la legalidad procesal.

En definitiva, el rol del Juez de Control de Garantías al autorizar medidas atípicas bajo el manto de la audiencia innominada, opera como un constructor de jurisprudencia, cumpliendo un rol activo dentro de la autorización de la actividad investigativa, del procedimiento y de los resultados. En ese orden de ideas, haciendo uso del desarrollo legislativo incorporado por España, y además la técnica de actuación de agente encubierto en Colombia, la fiscalía deberá realizar una orden escrita que especifique claramente el delito grave que se investiga, la persona sobre la cual recaerá la medida invasiva, el lugar exacto en el que se captaran las comunicaciones, los medios tecnológicos que utilizará para tal fin, la duración de la actividad, el funcionario de policía judicial designado y los motivos fundados que la soportan. Lo anterior, sin dejar de lado la explicación del test de proporcionalidad, utilidad, urgencia y necesidad de la actividad investigativa para acudir nuevamente ante un control posterior de juez de control de garantías que legitime el cumplimiento de estos ítems.

CONCLUSIONES

Los avances tecnológicos han hecho que las actividades investigativas dentro del marco del proceso penal colombiano, muten y busquen alternativas frente a los nuevos retos digitales, razón por la cual la captación de comunicaciones orales entra como una figura novedosa para nuestro ordenamiento que busca la obtención de elementos materiales probatorios útiles y eficaces para la investigación. En consecuencia, se evidenció que a través del desarrollo jurisprudencial y la figura activa de la víctima, Colombia se aventuró a este tipo de cambios avalando la utilización autónoma de grabaciones, escuchas, videos, y audios que son obtenidos, capturados y recolectados por las víctimas, haciendo no solo que puedan preconstituir prueba, sino que no sea necesario un control de legalidad frente a estos medios al considerarse que la expectativa de intimidad es cedida por la parte que interactúa en la conversación.

Por otra parte, la técnica de actuación de agente encubierto ha sido la actividad más cercana al desarrollo de captaciones de comunicaciones orales en nuestro país, al estar el agente encubierto autorizado para grabar, captar y recolectar conversaciones de interés en espacios públicos, privados, e inclusive, en el lugar de residencia o trabajo del indiciado, siempre y cuando exista evidencia notaria de su andamiaje criminal.

Al realizar un análisis de derecho comparado, se evidenció que la legislación española desde el año 2015 vio la necesidad de estar a la vanguardia de la tecnología, realizando una modificación a su Código de Procedimiento Penal (Ley de Enjuiciamiento Criminal), incorporando la figura autónoma de la captación de comunicaciones orales en busca del respeto de las garantías fundamentales y el principio de legalidad, sometiendo esta actividad a una estricta reserva legal, salvaguardando la seguridad jurídica. Dentro del desarrollo de la actividad investigativa, la legislación española se percató de indicar cada uno de los requisitos para la utilización de la figura, diferenciándola extensivamente de la interceptación de comunicaciones y permitiendo su utilización en espacios públicos como parques, centros comerciales, calles, así como espacios muy íntimos y personales como vivienda, vehículos, lugares de trabajo e inclusive objetos del indiciado, bajo el lineamiento de un auto debidamente motivado que especifique el indicado, el lugar a escuchar, el tiempo de duración, el delito que se investiga y los motivos fundados de su realización. Además, se exige llevar a cabo un test de necesidad y proporcionalidad de la medida, un control previo y posterior del Juez, buscando la protección del derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho de defensa y derecho a no autoincriminarse.

De lo anterior, es posible concluir que Colombia no está lejos de la utilización de la captación de comunicaciones orales como medida autónoma, por lo que pese a que no se encuentra debidamente regulada en el ordenamiento jurídico, podría utilizarse a través de las audiencias innominadas, las cuales no solo muestran una alternativa legal a su utilización, sino que a través del control *ex ante* de un Juez de Control Garantías, se blindaría esta figura de posibles vicios de legalidad e ilicitud en audiencias posteriores. En ese sentido, la intervención del Juez de Garantías, brindaría una solución clara y contundente al ente persecutor sobre la recolección de comunicaciones y conversaciones en tiempo real, que hoy

en día no son posibles por los avances tecnológicos, generando no solo transparencia, legalidad, desarrollo y resultados de la actividad investigativa, sino también respetando las garantías fundamentales de los procesados.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de Colombia. (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal, Diario Oficial No. 44.901.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Constitución Española. (1978). Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 311, 29 de diciembre de 1978. España.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional de Colombia. Sala plena. (23 de enero de 1996) Sentencia C-022/96.
[M. P.: Gaviria, C.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-022-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala plena. (5 de julio de 2001). Sentencia C-710/2001
[M. P.: Córdoba, J.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-710-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (28 de agosto de 2003). Sentencia C-740/03
[M. P.: Córdoba, J.]
https://www.redjurista.com/Documents/corte_constitucional_sentencia_de_control_de_constitucionalidad_no_740_de_2003.aspx#/

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (13 de abril de 2005). Sentencia SU-388/2005 [M. P.: Vargas, C.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/su388-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (9 de mayo de 2007). Sentencia C-336/07 [M. P.: Escobar, R.] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25922>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (19 de noviembre de 2014). Sentencia C-881/14. [M. P.: Pretelt, J.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-881-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión. (21 de noviembre de 2016). Sentencia T-643/16. [M. P.: Vargas, L.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-643-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (6 de abril de 2016). Sentencia C-156/16 [M. P.: Calle, M.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-156-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (29 de junio de 2017). Sentencia SU-414/17. [M. P.: Rojas, A.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su414-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión. (1 de septiembre de 2020). Sentencia T-374/20. [M. P.: Guerrero, L.] <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=102106&dt=S>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (10 de noviembre de 2021). Sentencia SU-388/21. [M. P.: Linares, A.] <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=122023&dt=S>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Cuarta de Revisión. (2 de agosto de 2023). Sentencia T-289/23. [M. P.: Ibáñez, J.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/t-289-23.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de noviembre de 2002). Sentencia con radicado No. 13148 de 2002. [M. P.: Pulido de Barón, M.] <https://vlex.com.co/vid/providencia-corte-suprema-justicia-874160556>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de septiembre de 2006). Radicado 21.529 de 2006. [M. P.: Zapata] <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de noviembre de 2011). Radicado 37431 de 2011. [M. P.: Salazar, L.] https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_37431_de_2011.aspx#/

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de abril de 2018). Radicado 52320 de 2018. [M. P.: Salazar, P.] <https://share.google/fSsfpxkr4qiU543FQ>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de septiembre de 2013). Radicado 41790 de 2013. [M. P.: González, M.] https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_41790_de_2013.aspx#/

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de junio de 2014). Auto interlocutorio AP3466-2014, Radicado 43.572 de 2014. [M. P.: Carlier, E.] <https://share.google/SxD0wVuZASsmIH2ud>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de septiembre de 2021) Radicado 55027 de 2021. [M. P.: Salazar, P.] <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/EJ2022/Extracto%20Jurisprudencial%201.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (1 de diciembre de 2021). Radicado 54495 de 2021. [M. P.: Cuellar, P.] [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ene2022/SP5461-2021\(54495\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ene2022/SP5461-2021(54495).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (19 de junio de 2024). Radicado AP3439 de 2024. [M. P.: Castillo, G.] [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2024/AP3439-2024\(65859\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2024/AP3439-2024(65859).pdf)

Fiscalía General del Estado (España). (2019). Circular 3/2019, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4242

González Monguí, P. E. (2017). De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones. vLex Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/4abe629e-ea2e-492f-a662-dd4caf72971e/content>

Guido M. Ramo. (2020). De la competencia de la juez de garantías y la audiencia innominada de la defensa de Uribe. Las2Orillas. Recuperado de <https://www.las2orillas.co/de-la-competencia-de-la-juez-de-garantias-y-la-audiencia-innominada-de-la-defensa-de-uribe/>

Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. (1882). Gaceta de Madrid, núm. 260, 17 de septiembre de 1882. España. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Penal para el fortalecimiento de las medidas procesales y la regulación de la investigación

tecnológica. (2015, 6 de octubre). Boletín Oficial del Estado, (239), 92929-93005. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/10/05/13/con>

Real Academia Española. (s.f.). Diccionario de la lengua española (edición digital). Recuperado el 28 mayo 2025 de <https://dpej.rae.es/lema/comunicaci%C3%B3n-oral>

Tribunal Constitucional de España. (2014, septiembre 22). Sentencia 145/2014. Boletín Oficial del Estado, núm. 254. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24106>

Tribunal Constitucional de España. (2021, mayo 21). Sentencia 99/2021. Boletín Oficial del Estado, núm. 142 <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26709>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2005, mayo 31). Vetter v. France (Demandas n.º 59842/00). <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-97986%22%5D%7D>

Tribunal Supremo de España (2022). Sentencia 660/2022. 30 de junio de 2022. <https://vlex.es/vid/908056153>

Zoco Zabala, C. (2025). Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE. InDret, 4(10). Recuperado de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/781_es.pdf