

Myriam Ávila Roldán

Magistrada ponente

CUI: 50001220400020230014501

Radicación n.º 130643

STP5601-2023

(Aprobado acta n.º106)

Bogotá, D.C., primero (1) de junio de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la impugnación formulada por Aida Esperanza Moreno, representante de la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, contra la sentencia de tutela de primera instancia proferida el 24 de abril de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio que declaró improcedente su solicitud de amparo al derecho fundamental del debido proceso.

En síntesis, la accionante argumentó que la decisión proferida el 9 de marzo de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Granada incurrió en un defecto sustantivo o material por indebida interpretación y aplicación del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal actual, disposición que regula el procedimiento para recuperar información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación.

II. HECHOS

1.- Entre otras personas, en contra de Hernán Alexis Gómez Niño, Carlos Augusto Daza Orrego, Claudia Milena Ricaurte Rincón y Yeyson Javier Medina Neira se sigue proceso penal por los delitos de concierto para delinquir agravado, interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación, falsedad en documento público y otros delitos.

2.- El 19 de enero de 2023, la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá emitió orden a policía judicial con el propósito de realizar actos de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación sobre algunos dispositivos incautados a los procesados.

3.- En principio, se dispuso que el término de la anterior actuación sería de quince (15) días posteriores a la formulación de imputación. Culminado este lapso, la labor no se pudo finalizar, entonces, la Fiscalía solicitó una prórroga del término por quince (15) días más.

4.- El 2 de febrero de 2023, el Juzgado Promiscuo Municipal de Fuentedeoro, Meta, rechazó de plano la solicitud de prórroga porque, según el juzgado, en estos asuntos no debe intervenir el juez de control de garantías. Explicó la autoridad judicial que la prórroga se decreta por parte del Fiscal y una vez obtenga los resultados debe acudir al juez de control de garantías para dar control posterior al procedimiento efectuado y los resultados.

5.- Contra la anterior decisión, la Fiscalía interpuso recurso de apelación. El 9 de marzo de 2023, el Juzgado Penal del Circuito de Granada confirmó la determinación recurrida bajo los mismos argumentos. Además, advirtió que contra esa decisión no procedía ningún recurso.

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

6.- Aida Esperanza Moreno, representante de la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, formuló esta acción de tutela bajo el argumento según el cual la decisión atacada incurrió en un defecto sustantivo o material por indebida interpretación y aplicación del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal actual,

principalmente, porque la labor investigativa de recuperar información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación está suspendida por falta de autorización de la prórroga solicitada.

7.- El 24 de abril de 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio declaró improcedente la solicitud de amparo. Consideró que la decisión cuestionada es razonable porque la prórroga de la actividad investigativa en cuestión es potestativa de la Fiscalía y no necesita el control por parte de las autoridades judiciales.

8.- El Tribunal argumentó que en el libro II título I capítulo II del Código de Procedimiento Penal se señalan las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización. Destacó el cuerpo colegiado que dentro de este capítulo figura la recuperación de información de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones. Además, el inciso segundo del artículo 236 ejusdem hace una remisión normativa a las disposiciones que regulan los registros y allanamientos y, en esos asuntos, la Fiscalía decide respecto de la prórroga del término de la diligencia.

9.- Contra la anterior decisión, Aida Esperanza Moreno, representante de la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, interpuso recurso de impugnación. En términos generales, reiteró los argumentos de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

a. Competencia

10.- La Sala es competente para conocer de la impugnación propuesta, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional, el canon 32 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 333 de 2021, toda vez que la decisión de primera instancia fue emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, del cual la Sala de Casación Penal es superior funcional.

b. Problema jurídico

11.- De acuerdo con los hechos del caso, a la Sala le corresponde determinar si la decisión proferida el 9 de marzo de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Granada incurrió en un defecto sustantivo o material por indebida interpretación y aplicación del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal actual, disposición que regula el procedimiento para recuperar información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación.

12.- Para resolver el problema jurídico, la Sala: (i) reiterará las reglas jurisprudenciales sobre la metodología de análisis de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) estudiará el cumplimiento de los requisitos generales en el caso concreto; y (iii) si se cumplen los anteriores presupuestos, examinará el fondo del asunto.

c. Sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

13.- La Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela contra providencias judiciales es un mecanismo excepcional, de tal forma que, su aplicación no puede generar afectaciones a la seguridad jurídica ni a la autonomía funcional de los jueces. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia CC C-590 de 2005 expresó que la tutela contra providencias judiciales es excepcionalísima y solo procede cuando se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad: unos de carácter general, que habilitan la interposición de la acción y otros de carácter específico, relacionados con la procedencia del amparo.

13.1.- En relación con los «requisitos generales» de procedencia deben acreditarse, y en su orden, los siguientes: (i) la relevancia constitucional del asunto; (ii) el agotamiento de todos

los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; (iii) la inmediatez, (iv) que se trate de una irregularidad procesal que tenga una incidencia directa y determinante sobre el sentido de la decisión cuestionada; (v) que se identifiquen razonablemente los hechos generadores de la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal circunstancia al interior del proceso en donde se dictó la providencia atacada; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela. Si falta al menos uno de estos requisitos la solicitud de amparo debe declararse improcedente.

13.2.- Por su parte, los «requisitos o causales específicas» hacen referencia a determinados escenarios especiales que afectan la integridad de la decisión judicial y que justifican la intervención del juez constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales. En este sentido, para que prospere una tutela contra una providencia judicial se requiere que se presente, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos: defecto orgánico; procedimental absoluto; defecto fáctico; defecto sustantivo; error inducido; falta de motivación; desconocimiento del precedente; o violación directa de la Constitución. En caso de que, luego de realizar el análisis de fondo, se advierta la configuración de uno o más de estos defectos o vicios, lo que sigue por parte del juez constitucional es conceder el amparo y, en caso contrario, negarlo.

14.- A pesar de que hoy estos parámetros son aceptados en las diferentes jurisdicciones, es necesario insistir en que ellos definen una metodología estricta de análisis frente a las tutelas contra providencias judiciales. Así, en primer lugar, deben analizarse siempre y en orden los «requisitos generales» de procedibilidad. La ausencia de uno solo de ellos supone necesariamente la declaratoria de improcedibilidad de la acción. Si, por el contrario, concurren los requisitos generales, en segundo lugar, lo que sigue es el análisis de la(s)

«causal(es) específica(s)» de procedencia que eventualmente se configure(n) de acuerdo con los hechos y particularidades de cada caso. Si el juez constitucional encuentra acreditada al menos una de esas causales, lo que procede entonces es conceder el amparo solicitado. A continuación, se realizará este análisis en el caso concreto.

d. Análisis de la configuración de los «requisitos generales» de procedibilidad

15.- En el caso concreto, i) el asunto sometido a consideración ostenta relevancia constitucional, pues se discute la vulneración al debido proceso; ii) la accionante agotó todos los medios de defensa judicial, pues contra la decisión atacada no procede ningún recurso; iii) se cumple el requisito de inmediatez porque la actora acudió a la acción de tutela dentro de un margen temporal razonable; iv) se trata de una irregularidad sustancial respecto del control previo de un acto de investigación; v) en el escrito de tutela se identificaron plenamente los hechos generadores de la presunta vulneración y los derechos fundamentales afectados y, finalmente; vi) el ataque constitucional no se dirige contra una sentencia de tutela.

16.- En atención a lo anterior, la Sala advierte que se superaron los requisitos generales de la acción de tutela contra providencias judiciales y, en consecuencia, lo procedente es analizar si la decisión cuestionada está viciada por algún defecto específico.

e. De la eventual configuración del defecto sustantivo o material por indebida interpretación y aplicación del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal

17.- La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido diferencias entre las búsquedas selectivas en bases de datos y la extracción de información de dispositivos digitales. Al respecto, en el auto CSJ AP350-2022, 9 feb. 2022, radicado. 58087, señaló que:

La información recolectada y la finalidad del sistema que la guarda escapa del ámbito de protección de la búsqueda selectiva de bases de datos y por tanto de los controles judiciales respectivos.

Adicionalmente, la Sala ha dicho que el material informático que pueda reposar en un computador o un celular no tiene per sé la categoría de base de datos a la cual hace referencia el inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis debe ser objeto de control posterior, tal y como lo dispone el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007 (CSJ AP, 23 nov. 2011 Rad. 37431).

19.-La Sala de Casación Penal en auto AP967-2016, 24 feb. 2016, radicado. 46569, indicó que:

De otra parte, el control de legalidad que el defensor echada de menos respecto de este acto de investigación, no era necesario, pues la inspección referida no constituye una búsqueda selectiva en bases de datos, reglada por el artículo 244 del estatuto adjetivo, conforme al cual se trata de «comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares»

Una base de datos, según ha indicado la Corte, es «entendida esta de manera general como una serie de datos relacionados y organizados entre sí, para un uso específico» (CSJ AP, 23 Nov 2011, Rad. 37431). Por tal razón, la jurisprudencia tiene sentado que la búsqueda selectiva mencionada no es equiparable, por ejemplo, a la recuperación de información desde un teléfono móvil:

...la Sala destaca que la información a salvar desde el teléfono celular y la sim card no tienen la categoría de base de datos (inciso 2° del artículo 244 de la Ley 906 de 2004), sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis ejecuta la Fiscalía como actividad investigativa propia que está sometida a control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007. (CSJ AP, 16 Jul 2008, Rad. 30022).

20.- Esta Sala de Decisión de Tutelas en sentencia STP12657 de 2019, 18 sep. 2019, radicado. 106571 explicó:

De este modo, la Sala comparte el criterio de la Magistrada que propuso su disenso frente al fallo opugnado, pues la información guardada en celulares, memorias extraíbles o sim cards no requiere de orden judicial previa para demostrar la teoría del caso, pues la información contenida en tales aparatos hace parte de la recuperación de un documento digital, cuya extracción y estudio efectúa la Fiscalía como acto investigativo propio, la cual está sometida -únicamente- a control posterior. (se destaca)

21.- Como puede verse, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha insistido en que la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones es un acto de investigación propio de la Fiscalía y, en esa medida, no requiere de autorización judicial previa. De esta manera, es claro que la Fiscalía tiene libertad de actuar al respecto y no debe someter las ejecuciones de los actos de investigación a control previo del juez de control de garantías.

22.- En el caso concreto, el 9 de marzo de 2023, el Juzgado Penal del Circuito de Granada confirmó la negativa de la prórroga solicitada por la Fiscalía para continuar con la recuperación de la información contenida en ciertos dispositivos incautados a los capturados. El fundamentó de la decisión es el siguiente:

De lo anterior, encuentra este fallador que dentro del marco legal que se ciñe a este tipo de

actuaciones le asiste razón a la Juez Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Fuentedeoro -Meta, en su decisión, toda vez que la normatividad procesal penal de manera taxativa enmarcó el procedimiento aplicable al trámite de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, pues de la simple lectura, principalmente del inciso 2° del artículo 236 ibidem, queda más que claro que fue el mismo legislador quien estableció como criterios a aplicar los establecidos para adelantar los procedimientos de registros y allanamientos; de ahí que, sin lugar a equívocos, sobre los que lastimosamente cayó la delegada de la Fiscalía, debemos por analogía ceñirnos, al contenido de los artículos 219 y 224 ejusdem, el que, como se expuso en líneas anteriores, claramente faculta al Fiscal encargado de la investigación, para que expida la orden de registro y allanamiento, siempre y cuando la misma tenga como finalidad la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. Del mismo modo, el segundo de los artículos en mención, señala los plazos sobre los que deben girar las precitadas órdenes, resaltando eso sí, la potestad exclusiva sobre el ente instructor para que prorrogue la orden que este mismo allá emitido, siempre y cuando medien razones justificadas de la demora para su realización. Es así entonces, que si la Fiscal recurrente contaba con las justificaciones que los miembros de la Policía Judicial allegaron a su despacho y advirtieron dentro de las que ponían en su conocimiento los motivos por los que les había sido imposible cumplir con la orden que esta misma Fiscalía había emitido en un primer momento, y que no era nada más que, analizar, recuperar y extraer toda la información eliminada de los teléfonos móviles y equipos de cómputos que les fueron incautados a los aquí imputados el día de sus capturas, pues lo procedente era, como lo hizo en la primera oportunidad, y guiada por los postulados del artículo 224 del CPP, ordenara la prórroga de la orden a Policía Judicial que se le estaba solicitando por parte de los investigadores que estaban trabajando en el asunto y quienes decían que el tiempo no era suficiente para continuar con la actividad, y sin necesidad de acudir ante el Juez de Control de Garantías para que este ejerciera, como ella misma lo señaló en su intervención, un control de constitucionalidad de dicha orden y de paso la

prórroga de la misma, como si pudieran refundirse las dos actividades, emitir la orden por parte del Juez de Garantías que no tiene esa función, pero también a su turno ejerciera un control de constitucionalidad de algo que todavía no se había realizado hasta ese momento.

(...)

Como puede verse fue la misma Alta Corporación de lo Constitucional quien analizando la constitucionalidad del inciso 1º del artículo 68 de la Ley 1453 de 2011 que subrogó el inciso 1º, artículo 16, de la Ley 1142 de 2007, el cual a su vez había modificado el inciso 1º, artículo 237 de la Ley 906 de 2004, reitera la facultad que el constituyente atribuyó a la Fiscalía General de la Nación por la inmediatez y necesidad para expedir la órdenes a Policía Judicial dentro de las que se vean inmersos los derechos fundamentales de los investigados, estableciendo puntualmente cuales deberán someterse a control previo y a control posterior, y las que solamente serán objeto de control posterior, tal y como sucede con la realización de registros y allanamientos, las que por analogía o por reenvío rigen el procedimiento de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones. Es todo esto que, reitera este fallador, no debía la delegada de la Fiscalía 23 Seccional adscrita a la Dirección Especializada Contra la Corrupción de Bogotá, someter a prórroga por parte del Juez de Control de Garantías, la orden que precisamente su despacho emitió el 19 de enero de 2023, menos aún, cuando precisamente, amparada en el artículo 250 de la CP, sin control previo por parte de la referida autoridad judicial así libró la orden, por lo que entonces resulta extraño haber apelado a la prórroga de dicha medida ante el Juez de Control de Garantías, cuando era de su exclusivo resorte el análisis y proceder si lo consideraba, a la prórroga solicitada por los investigadores de Policía Judicial.

23.- El motivo de inconformidad de la Fiscalía es que, considera, el Juzgado de Control de Garantías debe autorizar la prórroga del término para continuar con la extracción de la

información de los equipos incautados a los procesados. Sin embargo, su postura no solo carece de sustento legal, sino que también contradice los estándares jurisprudenciales establecidos por la Sala de Casación Penal sobre el tema en concreto.

24.- Adicionalmente, por sustracción de materia, es lógico que, si no se precisa control previo sobre la recuperación de la información regulada en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal actual, menos se necesita la autorización judicial para la prórroga de esa actividad investigativa -lo accesorio sigue la suerte de lo principal-. En ese sentido, todo el andamiaje relacionado con esa labor de investigación está supeditada a la discrecionalidad de la Fiscalía y, luego de culminada, entonces sí será necesario pasar el procedimiento y los resultados por el tamiz del control de legalidad posterior.

25.- Para esta Sala la decisión atacada contiene fundamentos razonables y no se estructura con base en argumentos caprichosos o contrarios al ordenamiento jurídico. Al contrario, tuvo en cuenta la postura vigente de la jurisprudencia aplicable al caso concreto y las diferencias y restricciones entre los controles previos, concomitantes y posteriores que se deben practicar entre la búsqueda selectiva en bases de datos y la recuperación de información contenida en medios de comunicación.

26.- Ahora bien, como se analizó en este fallo (supra párr. 15), la solicitud de amparo satisface todos los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Por esa razón, lo correcto era entrar a analizar la razonabilidad de la decisión atacada como se hizo ahora en esta instancia. En consecuencia, metodológicamente, la decisión correcta es negar la acción de tutela en lugar de declararla improcedente como dispuso el a quo.

Conclusión

27.- Con base en el análisis efectuado, esta Sala modificará la sentencia de tutela de primera instancia y, en su lugar, negará la solicitud de amparo formulada por Aida

Esperanza Moreno, representante de la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá. Al respecto, fue posible concluir que la decisión proferida el 9 de marzo de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Granada es razonable y se fundamentó en las normas que gobiernan el procedimiento investigativo de la recuperación de información de medios de comunicación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Modificar la sentencia impugnada y, en su lugar, negar la solicitud de amparo formulada por Aida Esperanza Moreno, representante de la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

Notifíquese y cúmplase

Myriam Ávila Roldán

Magistrada

Gerson Chaverra Castro

Magistrado

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria