

## **EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍA FRENTE AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES**

**\*Por: Alexander Díaz García**

### **1. El Juez de Control de Garantía como Juez Constitucional.**

El Juez de Control de Garantías<sup>1</sup> debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada. En diversas actuaciones, el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías; deberá valorar la legalidad y legitimidad de la intromisión estatal en los derechos fundamentales, frente a las necesidades de la persecución penal, es por ello que la búsqueda en ficheros que contienen datos personales de estudiantes universitarios en forma masiva es inconstitucional y seguramente estaríamos violando postulados de los Derechos Humanos.

Ha de individualizarse la causa probable del presunto imputado, pues deben existir motivos razonablemente fundados, como informes de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud, que la consumación del punible tiene como presunto autor o partícipe al titular de los datos personales almacenados en los ficheros universitarios.

### **2. Límites de la Investigación Penal.**

El sistema penal acusatorio está caracterizado por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando dichos medios respeten los derechos y las garantías. Se trata del denominado “principio de libre configuración de la instrucción”. Los límites impuestos a los medios probatorios, constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada y esos límites esenciales a la investigación son:

---

<sup>1</sup> APONTE CARDONA, Alejandro. **MANUAL PARA EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL**. 2da Edición. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa Escuela “Rodrigo Lara Bonilla”

## **2.1. Presunción de inocencia**

Artículo 29 de la Carta: “Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable”.

Artículo 7º del Código de Procedimiento penal: “*Presunción de inocencia e in dubio pro reo*. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

Se trata de un principio ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional colombiana y de amplio desarrollo por la jurisprudencia internacional. No se restringe sólo al ámbito procesal; tiene implicaciones directas en el derecho penal sustancial.

En el ámbito procesal se requiere, ante todo, que se trate de una *sospecha inicial seria*. (La preservación del derecho a la presunción de inocencia, exige la verificación de una sospecha suficientemente consistente de la existencia de los hechos).

El principio tiene implicaciones en diversos eventos que deben ser controlados por el Juez de Garantías. Uno de ellos, fundamental, relacionado con las medidas de aseguramiento. Muy especialmente, con aquellas que afectan la libertad de las personas.

Para la ponderación permanente en función de la preservación del principio, el juez debe siempre tener en cuenta la siguiente afirmación que puede parecer la primera vista una contradicción, pero que al contrario, revela el equilibrio sustancial que condiciona el ejercicio práctico de la función penal:

“Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el derecho penal, sino también del derecho penal”.<sup>2</sup> (Roxin).

## **2.2. Principio nemo tenetur se ispum accusare**

Artículo 33 de la Carta Política: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

El principio tiene una consagración extensa y compleja dentro del Código de Procedimiento Penal en el artículo 8°.

Debe observarse de manera especial el literal C del artículo 8°, cuando se aclara que el imputado tiene derecho a que no “se utilice el silencio en su contra”.

El juez debe ponderar en todo momento, por ejemplo en relación con el denominado “principio de aseguramiento procesal” que guía la función de la detención preventiva, el derecho del imputado a permanecer en silencio. Nociones como la “buena voluntad” del imputado para someterse al proceso, el principio de comparecencia, deben ser medidas de manera estricta en función del principio *nemo tenetur se ispum accusare*.

El principio debe evaluarse siempre en el contexto general del derecho a la defensa. De allí su complejidad. Es un baluarte de la defensa del imputado.

## **2.3. Principio de celeridad**

Un sistema de administración de justicia debe producir decisiones. Un aparato de justicia que no resuelva los casos, que no decida es, por definición, injusto.

Las expectativas sociales y las expectativas individuales del procesado, sólo pueden ser reafirmadas si el sistema penal produce decisiones.

El nuevo proceso penal colombiano se edifica sobre la necesidad de dar celeridad al proceso. Ello no significa, empero, que el Juez de Control de Garantías no deba garantizar el tiempo necesario para decidir conforme a todos los elementos que tenga a su disposición. Celeridad no es sinónimo de improvisación; la celeridad nunca puede darse a costa de los derechos y garantías. Debe concebirse, al

---

<sup>2</sup> Citado por Alejandro Aponte Cardona en su obra Manual para el Juez de Control de Garantías en el sistema acusatorio Penal, editado por el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

contrario, en función de la preservación y el respeto por los derechos. Por esa razón, celeridad y proceso celoso de las garantías, en una perspectiva de generación de decisiones, son principios que acompañan el ejercicio eficiente de la acción penal.

Existe el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas. Es un derecho que condiciona toda la práctica procesal. Está implícito, por ejemplo, en la obligación legal de poner a disposición a una persona ante el Juez Control de Garantías, en un plazo perentorio de 36 horas cuando ella ha sido capturada (art.297 del C.P.P) o en el procedimiento en caso de flagrancia (art. 302).

Está implícito también, más allá de las estipulaciones legales, en el concepto de *plazo razonable*. Allí donde la ley sea oscura, donde haya vacíos legales, el juez debe obrar de acuerdo con el concepto de plazo razonable. Todo plazo desmedido, toda acción de la justicia que no sea proporcional, que no se ajuste a un mínimo de razonabilidad, deberá ser controlado y ajustado a derecho. El problema de la duración del proceso penal y del plazo razonable, constituye una de las preocupaciones centrales en el derecho procesal comparado y en la jurisprudencia internacional.

#### **2.4. Principio de proporcionalidad.**

Se trata de una herramienta de uso fundamental para el juez, sobre todo, cuando éste es un juez constitucional. En el derecho procesal comparado, existe consenso en que los procesos penales fundados en el principio acusatorio, están caracterizados por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando dichos medios respeten los derechos y las garantías. Se trata del denominado *principio de libre configuración de la instrucción*. Por otra parte, los límites impuestos a los medios probatorios, constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada.

En desarrollo del principio de proporcionalidad, el juez de control de garantías obra como auténtico juez constitucional. Ello, no sólo por la labor de control en sí, que con base en este principio adelanta el juez en los distintos eventos, sino por la complejidad que alcanza su juicio basado en la metodología que subyace a dicho principio. En este sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad, es puro derecho procesal penal constitucional.

En el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia internacional, ha guiado el juicio del juez en eventos especialmente problemáticos, como es el caso de las medidas de aseguramiento y de las medidas cautelares en general, o el de las intervenciones corporales o en las medidas que afectan el derecho a la

intimidad o a la esfera de la personalidad. La aplicación de dicho principio exige la dogmática de ponderación como método de interpretación judicial general.

#### **2.4.1. Subprincipios de Idoneidad, proporcionalidad y necesidad**

En el caso particular de las medidas de aseguramiento, “funciona en la práctica como el “presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho y tiene la función de conseguir una solución del *conflicto* entre el derecho a la *libertad personal* y el derecho a la *seguridad del individuo*, garantizada por las necesidades ineludibles de una *persecución penal eficaz*”. O, de igual manera, “opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma”.

Todos ellos operan en la práctica, con el propósito de valorar la legalidad y la legitimidad de las intromisiones estatales en los derechos fundamentales. La Corte Constitucional colombiana reconoce, en relación con lo expuesto, que el concepto de proporcionalidad está compuesto por “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 constitucionales más importantes”<sup>3</sup>.

##### **2.4.1.1. Subprincipio de idoneidad**

En primer lugar, las intervenciones deben ser *adecuadas* para alcanzar la finalidad perseguida. También se conoce este principio de idoneidad como principio de utilidad. De manera general, se establece que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos del delito concreto, que es materia de instrucción. En consecuencia, la prueba será relevante cuando de ella se pueda derivar el conocimiento de algún elemento del tipo penal o de cualquier otro elemento de la conducta punible en concreto. En última instancia, se trata de un examen de *medios y fines* que debe contribuir a la obtención de un resultado pretendido.

El juez debe adelantar siempre una ponderación entre medios y fines. El subprincipio opera, en la práctica, como un criterio de carácter empírico para

---

<sup>3</sup> C-1410 de 2000, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. M.P. Fabio Morón Díaz.

verificar si la medida estatal decidida, y que ejerce un impacto en el derecho fundamental, es o no apropiada para alcanzar el fin previsto.

La conexión medio-fin no puede ser establecida sin un criterio basado en la adecuación. En el caso, por ejemplo, de una medida de aseguramiento, el principio de idoneidad se refiere al hecho de que dicha medida sea el medio *idóneo* para contrarrestar efectivamente el peligro o riesgo que se quiere evitar (de acuerdo con las circunstancias previstas en el artículo 308 del Código y que es desarrollado en artículos posteriores).

Debe tenerse en cuenta, que el principio de idoneidad es flexible. Es decir, no es precisa una adecuación o idoneidad absoluta de la medida respecto del fin pretendido. Se trata de buscar también, la eficiencia de la “adecuación parcial”. Incluso, hay tribunales que aceptan la adecuación por vía negativa. Es decir, se admite que una medida es adecuada cuando no sea totalmente inadecuada. Es la lógica misma de la dogmática de ponderación, como método propio del constitucionalismo moderno: caso por caso, el juez deberá encontrar la medida más idónea y adecuada.

Las características de este subprincipio son las siguientes:

a) **Constitucionalidad.** Esto significa que cada medida que limita los derechos, debe ser concebida de acuerdo a su funcionalidad. Así, para saber si es idónea o adecuada, debe establecerse que la medida sirva efectivamente para la consecución de la finalidad prevista. Se trata de evaluar siempre la legitimidad constitucional del objetivo o finalidad previstos.

b) **Flexibilidad.** (Esto significa que el subprincipio de idoneidad hace relación a la causalidad del medio (*causa*) en relación con el fin propuesto (*efecto*). De esta forma, desde la perspectiva de la prohibición de exceso, el juicio sobre la idoneidad de una medida, implica la realización de un pronóstico sobre la *aptitud* y verdadera conducencia de la medida en relación con el fin pretendido: una medida es inidónea si lo es completamente (formulación negativa); pero es idónea si con su ayuda el éxito deseado se acerca o puede ser facilitado.

c) **Control de la desviación posible de los parámetros legales** (también se reseña esta característica en función del control de una desviación posible de poder). Se trata de analizar el sentido exacto de la intención de la autoridad correspondiente en función de la medida dispuesta. Así, se trata de constatar que con la medida no se busquen finalidades no previstas estrictamente por la ley.

#### 2.4.1.2. Subprincipio de necesidad

En segundo lugar, el análisis de admisibilidad pasa por un examen de *necesidad*; necesidad significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención. Por lo tanto, el juez, al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y las dificultades frente a su hipótesis delictiva y que justifique que no existe otra posibilidad, sino aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, debe evaluar que efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Sólo así podrá autorizar la injerencia.

Este “subprincipio”, también llamado de “intervención mínima”, de “exigibilidad”, de “subsidiariedad”, o de “alternativa menos gravosa”, significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no pueda ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa. Lo fundamental en relación con este concepto, es que la medida menos gravosa sea apta para lograr el mismo resultado. Según la jurisprudencia internacional, la medida “no será necesaria cuando el mismo o mejor resultado puede ser alcanzado con una injerencia menos gravosa”.

En el caso de las medidas cautelares, se debe buscar la “medida menos gravosa” frente al fin propuesto. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, los jueces deben verificar si existe alguna otra medida menos gravosa para el derecho fundamental de la libertad, y que si las hay, ellas puedan resultar igualmente aptas para el logro del resultado previsto, como es el caso de aquellas medidas de “control judicial”, como la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad competente, etc. En última instancia, el juez debe verificar que la medida más gravosa, como es la detención preventiva o la domiciliaria, sea utilizada como *ultima ratio*, de tal manera que si el fin se logra con otros medios, éstos deben adoptarse. De la misma forma opera en el caso de las medidas que comporten intervenciones corporales.

Al efectuar el juez la ponderación sobre la gravedad de las injerencias propuestas por la Fiscalía, debe considerar de manera particular los efectos secundarios que puedan acompañar la obtención del resultado pretendido. Dos injerencias en derechos fundamentales igualmente adecuadas o idóneas, que producen el mismo resultado, pueden producir, no obstante y en razón a la diferencia de los medios empleados, diferentes efectos secundarios perjudiciales. Si el juez, atendiendo a todas las consecuencias secundarias, encuentra que los perjuicios producidos por la medida empleadas son mayores que los de la otra igualmente eficaz, él debe negar la medida por innecesaria. En este caso, el juez debe evaluar el impacto de la medida sobre la situación familiar, laboral o social del imputado.

De esta forma, el juicio del Juez de Control de Garantías, no se debe agotar en la inmediatez de la medida, en sus efectos inmediatos; deberá estar atento a los efectos secundarios y posibles de dicha medida. Es una reflexión que exige una perspectiva de futuro.

### **2.4.1.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto**

En tercer lugar, el examen de admisibilidad de una medida, pasa por las consideraciones de *proporcionalidad* en sentido estricto. Se trata, en este caso, de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia. Se trata, en suma, de equilibrar la balanza de dos intereses en conflicto: de un lado, las exigencias constitucionales de administrar justicia y, del otro, aquellos que se sitúan en la esfera de la individualidad y que son catalogados en la misma Constitución Política como derechos fundamentales. Obsérvese que en la aplicación práctica de este subprincipio, prima el juicio acerca de la afectación concreta del derecho fundamental).

De manera general, en relación con las previsiones legislativas con intervención en los derechos fundamentales y de creación de tipos penales, se establece que de acuerdo con el subprincipio mencionado, “para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico), debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental”. Con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se cierra la secuencia lógica en que se manifiesta el principio de proporcionalidad. Una vez se han superado las preguntas fundamentales en relación con la *idoneidad y necesidad* de una medida, se aplica la noción de *proporcionalidad* en sentido estricto. Es decir, la relación entre medio y fin, debe admitir una medida proporcional.

El resultado de la secuencia lógica está ligado, también y de manera general, a la noción de razonabilidad. El destinatario de la medida o medio empleado, no ha de soportar un sacrificio no *razonable* en relación con el interés estatal o social en el funcionamiento de la administración de justicia. Hay que ponderar los bienes e intereses colectivos e individuales tutelados por el orden jurídico legal y constitucional, y determinar si se encuentran en una relación razonable en función del fin que se promueve.

El juicio de razonabilidad cubre, de alguna forma, todo el juicio de inferencia del Juez de Control de Garantías. En este sentido, es correcta la redacción utilizada

en el Código, de manera insistente, en relación con la exigencia de una *inferencia razonable* del funcionario.

#### **2.4.2. Criterios frente al juicio de proporcionalidad en concreto**

Existen criterios o variables desarrolladas por el derecho procesal comparado y por la jurisprudencia, que pueden ayudar al juez frente a la elaboración de su juicio de proporcionalidad. Los criterios establecidos en la doctrina, útiles a este efecto, pueden ser: el criterio de la consecuencia jurídica, la importancia del asunto que se ventila y las exigencias de política criminal.

##### **2.4.2.1. La consecuencia jurídica de la conducta investigada**

Siempre hay que determinar cuáles son los intereses enfrentados o que entran en conflicto. De un lado, se encuentran las instituciones estatales y, del otro, se encuentran los individuos que son destinatarios de las diligencias o intervenciones que inciden en su ámbito de derechos y garantías. Es necesario trabajar con detenimiento en las variables que puede tener en cuenta el juez en relación con las motivaciones para la actuación institucional. Es decir, en la identificación del interés estatal en la persecución de la conducta. Así como deben ser desechadas las penas inútiles, también deben ser desechados, en principio, los procesos inútiles.

En cuanto a lo primero, se entiende que este criterio está relacionado con la averiguación de una conducta de la cual cabe esperar que efectivamente se llegue a una condena de la persona investigada. Pero ello no supone en ningún caso desconocer la presunción de inocencia; se trata de la existencia de mecanismos efectivos y razonables de verificación de una sospecha, con posibilidades de concreción final. La medida a tomar resulta admisible cuando existen fundamentos probatorios lo suficientemente contundentes como para que la injerencia tomada complete y determine una acusación.

El criterio de “la expectativa de las consecuencias jurídicas derivadas del delito”, es considerado con frecuencia como el más importante en la graduación del interés estatal para perseguir el mismo. Como no tiene un sustento legal específico, en su concreción dentro del proceso, el juez tiene en relación con él un marco de actuación muy considerable.

El razonamiento debe conducirse de acuerdo con un ejercicio lógico acerca de la función del derecho penal. Si el derecho penal es un sistema de protección subsidiaria de aquellas condiciones, denominadas *bienes jurídicos*, indispensables para la preservación de las circunstancias mínimas de convivencia, el juicio del

juez debe estar guiado por esta consideración. Así como el Juez de Conocimiento está guiado por consideraciones acerca de la proporcionalidad, la razonabilidad, la necesidad y utilidad de la pena, el Juez de Control de Garantías, debe controlar la posible utilidad real que entrañan las intervenciones sobre los derechos y garantías, en función de los intereses de la administración de justicia. Toda intervención inútil o toda activación de la acción estatal en virtud de sospechas infundadas o sin posibilidad real de decisiones de fondo, deben ser descartadas por el Juez de Control de Garantías.

#### **2.4.2.2. Importancia de la causa que se ventila**

Puede ser también concebido como criterio acerca de la gravedad del delito, es un criterio que sirve para aplicar el juicio de proporcionalidad, al mismo tiempo que sirve para identificar el interés estatal en la intervención de la esfera privada de las personas.

No es un criterio de definición legal. La mera descripción de la sanción penal en los tipos penales, no es un indicativo suficiente de la gravedad del delito. Menos aún, en países con poco grado de solidez en las definiciones político-criminales. El juez tiene un marco amplio de actuación frente a este criterio. Por esa razón, es importante considerar las circunstancias del caso, la intensidad de la actuación del sospechoso –sin que en ningún caso se hagan consideraciones sobre la intensidad del dolo o cuestiones atinentes a la responsabilidad-, las modalidades en que se cometió el hecho, la naturaleza del bien jurídico tutelado.

La gravedad de una conducta delictiva posiblemente cometida, nunca puede ser un criterio automático e inmediato para la adopción de medidas que afecten derechos y garantías. Es apenas un marco general, un criterio de ponderación.

Nuestra Corte Constitucional<sup>4</sup> ha señalado que en general, la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas. Agrega que la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a todos los sujetos procesales en sus derechos fundamentales. De ahí, la estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional. La Corte Constitucional ha establecido que el

---

<sup>4</sup> Sentencia T-453/05. Corte Constitucional Colombiana. Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil cinco (2005).

juez o el fiscal vulneran el derecho de defensa y desconocen el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales dejan de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa. Pero también ha reconocido que se desconoce la finalidad de establecer la verdad, cuando omite tener en cuenta los derechos de las víctimas. Aun cuando normalmente en el ámbito del derecho penal, el cuestionamiento de la ilegalidad de las pruebas está asociado a pruebas que desconocen los derechos del procesado, tal cuestionamiento también puede surgir por afectación de los derechos de la víctima. La finalidad múltiple que cumple el proceso penal y la necesidad de asegurar los fines de la justicia y garantizar los derechos de las víctimas del delito, no excluye la posibilidad de que la parte civil pueda objetar la admisión y práctica de pruebas que desconozcan el debido proceso o que vulneren sus derechos fundamentales, en particular su derecho a la intimidad. Esto ilustrándonos sobre la presunta efectividad de la prueba ordenada o ineptitud de la misma; para ambas partes se pueden tornar vulneradoras de derechos fundamentales.

### **3. Los Datos Personales en Colombia y en el mundo:**

La reciente Ley de Protección de Datos<sup>5</sup> Personales define los datos personales en los siguientes términos:

“Dato personal. Es cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica. Los datos impersonales no se sujetan al régimen de protección de datos de la presente ley. Cuando en la presente ley se haga referencia a un dato, se presume que se trata de uso personal. Los datos personales pueden ser públicos, semiprivados o privados;

Dato público. Es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley. Son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y lo relativo al estado civil de las personas;

Dato semiprivado. Es semiprivado el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general,

---

<sup>5</sup> Proyecto de ley Estatutaria No. 27/06 Senado – 221/07 Cámara, “por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicio y las provenientes de terceros países y se dictan otras disposiciones”.

como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley;

Dato privado. Es el dato que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular;

Información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países. Para todos los efectos de la presente ley se entenderá por información financiera, crediticia, comercial de servicios y la proveniente de terceros países, aquella referida al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente de la naturaleza del contrato que les dé origen, así como la información relativa a las demás actividades propias del sector financiero o sobre el manejo financiero o los estados financieros del titular”.

Por su parte en la Comunidad Europea a través de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su artículo 2, define datos personales, almacenamiento y demás aspectos concernientes a su protección, en los siguientes términos:

#### “Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

**a) Datos Personales:** toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social;

**b) Tratamiento de Datos Personales** («tratamiento,»: cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción;

**c) Fichero de Datos Personales** ("fichero"): todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica;

**d) Responsable del tratamiento:** la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario;

**e) Encargado del Tratamiento:** la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;

**f) Tercero:** la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento;

**g) Destinatario:** la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero. No obstante, las autoridades que puedan recibir una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no serán considerados destinatarios;

**h) Consentimiento del Interesado:** toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan.”

Los Estados Unidos Mexicanos establece niveles de seguridad para la protección de los datos personales en su **‘RECOMENDACIONES SOBRE MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLES A LOS SISTEMAS DE DATOS PERSONALES**, que realiza el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 fracción IX de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 2 fracción V de su Reglamento, y el Trigésimo Octavo y Quinto Transitorio de los Lineamientos de protección de datos personales, que en su tenor literal dice:

#### “Niveles de Seguridad

Tomando en cuenta los criterios internacionales establecidos en los reglamentos sobre medidas de seguridad para el resguardo eficaz de los datos personales, al final de cada medida sugerida se establecen niveles de seguridad, las cuales deberán observarse atendiendo a la naturaleza de la información contenida en los sistemas de datos personales. Los niveles de seguridad responden a la mayor o menor necesidad de garantizar la integridad de los datos personales. Por lo tanto,

las dependencias y entidades aplicarán el nivel básico, medio o alto de medidas de seguridad, de acuerdo con las categorías o tipos de datos personales que se detallan a continuación:

### **A. Nivel básico**

Las medidas de seguridad marcadas con el nivel básico serán aplicables a todos los sistemas de datos personales. A los sistemas de datos personales que contienen alguno de los datos que se enlistan a continuación, les resultan aplicables únicamente, las medidas de seguridad de nivel básico:

De Identificación: Nombre, domicilio, teléfono particular, teléfono celular, correo electrónico, estado civil, firma, firma electrónica, RFC, CURP, cartilla militar, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, nacionalidad, edad, nombres de familiares dependientes y beneficiarios, fotografía, costumbres, idioma o lengua, entre otros.

Laborales: Documentos de reclutamiento y selección, de nombramiento, de incidencia, de capacitación, puesto, domicilio de trabajo, correo electrónico institucional, teléfono institucional, actividades extracurriculares, referencias laborales, referencias personales, entre otros.

### **B. Nivel medio**

Los sistemas de datos personales que contengan alguno de los datos que se enlistan a continuación, además de cumplir con las medidas de seguridad de nivel básico, deberán observar las marcadas con nivel medio.

Datos Patrimoniales: Bienes muebles e inmuebles, información fiscal, historial crediticio, ingresos y egresos, cuentas bancarias, seguros, afores, fianzas, servicios contratados, referencias personales, entre otros.

Datos sobre procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio y/o jurisdiccionales: Información relativa a una persona que se encuentre sujeta a un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio o jurisdiccional en materia laboral, civil, penal o administrativa.

Datos Académicos: Trayectoria educativa, títulos, cédula profesional, certificados y reconocimientos, entre otros.

Transito y movimientos migratorios: Información relativa al transito de las personas dentro y fuera del país e información migratoria de las personas, entre otros.

### **C. Nivel alto**

Los sistemas de datos personales que contengan alguno de los datos que se enlistan a continuación, además de cumplir con las medidas de seguridad de nivel básico y medio, deberán observar las marcadas con nivel alto.

**Datos Ideológicos:** Creencia religiosa, ideología, afiliación política y/o sindical, pertenencia a organizaciones de la sociedad civil y/o asociaciones religiosas, entre otros.

**Datos de Salud:** Estado de salud, historial clínico, alergias, enfermedades, información relacionada con cuestiones de carácter psicológico y/o psiquiátrico, incapacidades médicas, intervenciones quirúrgicas, vacunas, consumo de sustancias tóxicas, uso de aparatos oftalmológicos, ortopédicos, auditivos, prótesis, entre otros.

**Características personales:** Tipo de sangre, ADN, huella digital, u otros análogos.  
**Características físicas:** Color de piel, color de iris, color de cabello, señas particulares, estatura, peso, complexión, discapacidades, entre otros.

**Vida sexual:** Preferencia sexual, hábitos sexuales, entre otros.

**Origen:** Étnico y racial.”

Otro país Latinoamericano Argentina promulga la Ley 25.326 de Octubre 4 de 2000, sobre Protección de los Datos Personales, en donde en forme especial señala que esta ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional Argentina.

Denomina que son:

**“Datos personales:** Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.

**Datos sensibles:** Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

**Archivo, registro, base o banco de datos:** Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento,

electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

**Tratamiento de datos:** Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.

**Responsable de archivo, registro, base o banco de datos:** Persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos.

**Datos informatizados:** Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado.

**Titular de los datos:** Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley.

**Usuario de datos:** Toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos.

**Disociación de datos:** Todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda asociarse a persona determinada o determinable.”

En Chile se promulgó la 19628 de 1999 sobre **PROTECCION DE LA VIDA PRIVADA**, observándose en su artículo preliminar la definición que le da al tratamiento de datos personales en los siguientes términos:

“El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política. Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce”.

#### 4. La Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el manejo de la aducción de la prueba obtenida en ficheros con datos personales.

Inicialmente he de relacionar los tratados internacionales en donde Colombia los ha suscrito y que hablan sobre el tratamiento de datos personales almacenados en ficheros. En primera instancia me referiré de los **“Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales”**<sup>6</sup> adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990. En tratándose de los Principios Relativos a las Garantías Mínimas que deberían preverse en la Legislación Nacional y en especial al *Principio de la licitud y lealtad, dice textualmente*: “Las informaciones relativas a las personas no se deberían recoger ni elaborar con procedimientos desleales o ilícitos, ni utilizarse con fines contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.”

También tenemos el control de la Comisión de los Derechos Humanos sobre la conducta que han de adoptar los funcionarios de hacer cumplir la ley, las Naciones Unidas ha adoptado un Código<sup>7</sup> de conducta para estos funcionarios, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente con las facultades de arresto o detención, no podemos descartar nuestra Policía Judicial. Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos, de depredación y nocivos, sino también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal.

En su artículo cuarto afirma: “Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario”. Por la naturaleza de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley obtienen información que puede referirse a la vida privada de las personas o redundar en perjuicio de los intereses, especialmente la reputación, de otros. Se tendrá gran cuidado en la protección y el uso de tal información, que sólo debe revelarse en cumplimiento del deber o para atender las necesidades de la justicia. Toda revelación de tal información con otros fines es totalmente impropia.

---

<sup>6</sup> Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990. Encontrado en visita realizada al site de las UN [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/71\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/71_sp.htm) el 17 de Noviembre de 2008.

<sup>7</sup> Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Encontrado en visita que se realizara el día 17 de Noviembre de 2008, al site de las UN [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp42\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp42_sp.htm)

Ahora bien en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**<sup>8</sup> Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966, en su artículo 14, taxativamente señala sobre el manejo de las garantías y derechos de los sub judice que le serán respetados en una investigación:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

---

<sup>8</sup>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966. Encontrado en visita realizada en Noviembre 17 de 2008 al site de las UN [www.onu.org](http://www.onu.org)

- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

De suma importancia observamos la obligación imperiosa de cumplir los mandatos de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**<sup>9</sup>, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 del 10 de Diciembre 1948. En su articulado se consagraron los derechos de hombres y mujeres para poder convivir pacífica y armoniosamente en un Estado, en donde impera la democracia y el derecho sea el amparo del ejercicio de todos los ciudadanos. Relaciono a continuación algunos artículos de dicha declaración que hemos de observar con rigorismo, no obstante se deben respetar todos, en la aplicación del derecho como especialista judiciales que somos.

---

<sup>9</sup> **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 del 10 de Diciembre 1948. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios". Declaración encontrada en el site de la UN en visita realizada el 17 de Noviembre de 2008 [www.onu.org](http://www.onu.org)

El artículo 2, señala como toda persona tiene todos los derechos y libertades, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, agregando que no se podrá hacer distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

En su artículo 7 señala que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación

El artículo 11, expresa que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa y agrega que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

El artículo 12, señala que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques, esto es, si ha de hacerse alguna intervención en su intimidad tendrá que agotarse los medios legales correspondientes.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, lo dice el artículo 18, además de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión; lo señala el artículo 19, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Como observamos con la relación de los anteriores normas supraconstitucionales hemos de observar detalladamente los procedimientos que realizamos como Jueces de Control de Garantías, los que realizan los Delegados del Señor Fiscal General y por ende la Policía Judicial para no vulnerar derechos fundamentales,

especialmente si consideramos que nuestras actuaciones podrían ser revisadas por Organismos Internacionales por presuntas violaciones a los Derechos Humanos.

Ahora analizaremos el aspecto legal que en Colombia se le imprime al acceso de la información con datos personales. Se ha suscitado una discusión acerca de la autorización previa o posterior del Juez de Garantías en tratándose de búsqueda selectiva en ficheros, pero sobre la validez de un acceso no consentido de su titular, nuestra Corte Constitucional estableció claros parámetros para ello, tenemos entonces que para la práctica de una diligencia de Registro, Allanamiento en Interceptación de Comunicaciones, esa alta Corporación<sup>10</sup> estableció que estas diligencias se deberán practicar con base en la existencia de los siguientes aspectos:

1. Con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, caso éste que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de media de aseguramiento de detención preventiva. (Art. 219 C.P.P)
2. Deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o participe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con lo que se ha cometido el delito u objeto producto del mismo. (At. 220 C.P.P)
3. Los motivos fundamentos deben ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.(Art.221 C.P.P)
4. La orden expedida por el fin deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados. (Art. 222 C.P.P)
5. Existen unos objetos no susceptibles de registro. (Art. 223 C.P.P)
6. La ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. (Art.224 C.P.)
7. La diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en ley. (Art.225 C.P.P)

---

<sup>10</sup> C-591/05. 9 de Junio de 2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

8. Se debe tener en cuenta las reglas particulares si se trata de un allanamiento especial. (Art. 226 C.P.P)

9. Procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la ley. (Art. 229 C.P.P)

10. Se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que soliciten las personas que en ella intervienen de la cual se expida una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan. (Art. 227 C.P.P)

De lo anterior colegimos que si la orden y allanamiento, expedida por el fiscal se encuentra viciada por ausencia de algunos de los elementos esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirá de la actuación (Art. 23<sup>11</sup> C.P.P).

Situación muy diferente si nos referimos a acceder a ficheros personales en entidades públicas o privadas de enseñanza superior, como ocurrió en días pasados en donde se filtró la noticia que la Fiscalía pretendía acceder a ficheros académicos en forma masiva, a algunas Universidades de Bogotá, en procura de encontrar terroristas. Hemos de recordar que para ello ha de seguirse los parámetros taxativos señalados por la Corporación en comento, en su Sentencia C-336<sup>12</sup> de Mayo 9 de 2007, en donde aclara que la búsqueda selectiva en ficheros que contenga información confidencial referida al indiciado o imputado, hace referencia a las búsquedas focalizadas sobre un sujeto en particular, en este caso el indiciado o imputado y que la confidencialidad de la información dimana del carácter personal de los datos, cuya difusión constituye una invasión a la intimidad personal o familiar de su titular. La confidencialidad es uno de los principios que regula la actividad del tratamiento de datos personales, en virtud del cual, las personas que antevengan en la recolección, almacenamiento, uso divulgación y control de estos datos están obligadas, en todo tiempo, a garantizar la reserva de la misma, incluso después de finalizar sus relaciones con el responsable del tratamiento.

## **A Guisa de Conclusión**

---

<sup>11</sup> ARTÍCULO 23 Código de Procedimiento Penal Colombiano: "Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesa. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse de su existencia."

<sup>12</sup> C-336/07. Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-6473 Bogotá D.C. Mayo 9 de 2007. MP. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

La hipotética situación que se especulaba través de los medios de comunicación colombiano, sobre la Fiscalía que realizaría acceso masivo a los Ficheros de los estudiantes de algunas Universidades en la ciudad de Bogotá, no resultaba ser sino una flagrante violación a los derechos de la intimidad, defensa, debido proceso y hábeas data.

Como arriba lo anotaba sobre los límites de la investigación penal, me referí a los controles impuestos a los medios probatorios, que no son otros, los que constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada y esos límites esenciales a la investigación. Como lo es el principio de presunción de inocencia, tal como lo consagra nuestra Constitución Nacional<sup>13</sup>: “Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable”, precepto desarrollado por Código de Procedimiento Penal<sup>14</sup>: “*Presunción de inocencia e in dubio pro reo*. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

En una búsqueda masiva e indiscriminada, no sabemos sobre cuáles criterios de búsqueda, se pretendía realizar el acceso a los ficheros de los alumnos universitarios, pensamos posiblemente que por los de color, el de los indígenas muy de moda, los de determinado estrato social, los de determinadas zonas o regiones del país, los que han repetidos materias, los que han repetido semestres, los que se han cambiado de facultad, los que se han trasladado de universidad, en un o mayor tiempo lectivo, porque son femeninos o masculinos, porque toman determinadas materias en el día, en la noche, en la semana o en el semestre. Cualquiera que hubiera sido el criterio para dicha búsqueda, se les hubiera violado el derecho fundamental de inocencia, pues al contrario, estos banners, hubieran generado discriminación, violándoseles también el derecho de igualdad. La investigación inicial de ciertas circunstancias que afecten la vida de una persona, comporta ya, de hecho, una reducción del principio de inocencia. Por eso, el juez controlará en todo caso que no se trate de investigaciones genéricas o masivas, sino muy concretas con las exigencias de ley.

Se ha que querido categorizar de graves todos los asuntos que investiga la Fiscalía, al otorgársele una importancia suma a las causas que se ventilan. Se ha tomado como criterio la presunta gravedad del delito, siendo un elemento que sirve para aplicar el juicio de proporcionalidad, al mismo tiempo que sirve para identificar el interés estatal en la intervención de la esfera privada de las personas. No es un criterio de definición legal. La mera descripción de la sanción penal (mayor o menor punición) en los tipos penales, no es un indicativo suficiente de la gravedad del delito. Menos aún, en países con poco grado de solidez en las definiciones político-

<sup>13</sup> Artículo 29. Constitución Nacional de Colombia.

<sup>14</sup> Artículo 7º Código de Procedimiento Penal Colombiano

criminales. El juez tiene un marco amplio de actuación frente a este criterio. Por esa razón, es importante considerar las circunstancias del caso, la intensidad de la actuación del sospechoso –sin que en ningún caso se hagan consideraciones sobre la intensidad del dolo o cuestiones atinentes a la responsabilidad-, las modalidades en que se cometió el hecho, la naturaleza del bien jurídico tutelado.

La gravedad de una conducta delictiva posiblemente cometida, nunca puede ser un criterio automático e inmediato para la adopción de medidas que afecten derechos y garantías. Es apenas un marco general, un criterio de ponderación.

También se ha intentado afirmar que la celeridad o prontitud ha de ser la premisa en toda investigación, hoy aún más cuando el ejecutivo ha “ordenado” celeridad a los especialistas judiciales. Allí donde la ley sea oscura, donde haya vacíos legales, el juez debe obrar de acuerdo con el concepto de plazo razonable. Todo plazo desmedido, toda acción de la justicia que no sea proporcional, que no se ajuste a un mínimo de razonabilidad, deberá ser controlado y ajustado a derecho. El problema de la duración del proceso penal y del plazo razonable, constituye una de las preocupaciones centrales en el derecho procesal comparado (en particular de los Jueces Colombianos con las exigencias del Consejo Superior de la Judicatura) y de la jurisprudencia internacional; no obstante no se podrá violar derechos fundamentales como el de inocencia, de defensa, la intimidad, o de legalidad, so pretexto que se desaparezcan las evidencias ora los autores de los punibles, sino se obra con prontitud.

El Juez de Control de Garantías ha de imponer el principio de proporcionalidad y éste debe ser comprendido como una metodología de interpretación jurídico-constitucional del conjunto de normas que hacen parte del derecho penal material. Es decir, es un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal en conjunto. Esta razón le sirve al juez, en general, para la fundamentación de su juicio, en los más diferentes eventos, con su sensatez jurídica está obligado a realizar el equilibrio justo de los derechos fundamentales a ejecutar.

Agrega Aponte<sup>15</sup> que las reflexiones que el especialista judicial realiza sobre la gravedad de las injerencias propuestas por la Fiscalía, debe considerar de manera particular los efectos secundarios que puedan acompañar la obtención del resultado pretendido. Dos injerencias en derechos fundamentales igualmente adecuadas o idóneas, que producen el mismo resultado, pueden producir, no obstante y en razón a la diferencia de los medios empleados, diferentes efectos secundarios perjudiciales. Si el juez, atendiendo a todas las consecuencias secundarias, encuentra que los perjuicios producidos por la medida empleadas son mayores que los de la otra igualmente eficaz, él debe negar la medida por innecesaria. En este caso, el juez debe evaluar el impacto de la medida sobre la

---

<sup>15</sup> Ob. Cit

situación familiar, académica, política, laboral o social del imputado. De esta forma, el juicio del Juez de Control de Garantías, no se debe agotar en la inmediatez de la medida, en sus efectos inmediatos; deberá estar atento a los efectos secundarios y posibles de dicha medida. Es una reflexión que exige una perspectiva de futuro.

Ahora que organismos internacionales tienen su atención sobre Colombia, pues tenemos el banner de violadores de Derechos Humanos, hemos de actuar con mucho cuidado, porque las conductas que se persiguen son también de competencia de la Corte Penal Internacional por no tener fronteras; ejercicio que dentro de poco tendrá competencia en algunos de nuestros asuntos judiciales.

\* **Alexander Díaz García.** Abogado de la Universidad Católica de Colombia; Especialista en: Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; Ciencias Constitucionales y Administrativas de la Universidad Católica de Colombia y Nuevas Tecnologías y Protección de Datos de la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de Madrid adscrita al Instituto Nacional de Administración Pública de España. Autor del libro en soporte papel DERECHO INFORMÁTICO ELEMENTOS DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA, Editorial Leyer y de los siguientes trabajos de investigación: EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS EN COLOMBIA. Estudio de la Ley 527 de 1999. DESVINCULACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO POR USO IMPROPIO DEL EMAIL OFICIAL. LA ÉTICA EN EL DERECHO INFORMÁTICO. LA PROTECCIÓN DEL DATO EN EL CONTEXTO JUDICIAL COLOMBIANO. ACCESO RETOS Y REALIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA CON EL USO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS. ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. DESNATURALIZACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO JUDICIAL EN LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO (EL JUICIO ORAL) COLOMBIANO. MANEJO DE DATOS SENSIBLES EN FICHERO CLÍNICOS. ANONIMIZACIÓN DE DATOS PERSONALES EN PROCESOS IMPLICADOS INFANTES Y ADOLESCENTES. EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS FRENTE AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. Autor de la primer proceso judicial electrónico tramitado en la Internet, protegiendo los Derechos Fundamentales de Hábeas Data y la Intimidad Virtual, a través de una acción de tutela virtual, violado por abuso de spam. Facilitador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en los módulos de INTERPRETACIÓN JUDICIAL, JUECES DE PAZ, CONCILIACIÓN EN EQUIDAD PARA JUECES FORMALES Y TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO. Ex-Catedrático de la Escuela de Administración Pública en el Módulo de Contratación Electrónica Estatal y de la Universidad Cooperativa de Ibagué con la materia Informática Jurídica y Asesor Académico de la Universidad de Ibagué Corunversitaria. Actualmente Asesor Académico de la Dirección de Postgrados de la Universidad Santiago de Cali con los proyectos JUZGADO VIRTUAL; ESPECIALIZACIÓN, MAESTRÍA Y DOCTORADO EN NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PROTECCIÓN DE DATOS. Y el proyecto de ley DELITOS ELECTRÓNICOS. Formador del Programa Internacional de Asistencia y Entrenamiento en la Investigación Criminal ICITAP del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, con el tema Fraude Electrónico. Miembro de la Mesa de Trabajo de Seguimiento Legislativo de los Delitos Cibernéticos de la Dirección de Políticas Multilaterales del

**EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS FRENTE AL  
TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN COLOMBIA**

---

**U.S. Department of Justice**  
Criminal Division  
*International Criminal  
Investigation and Training  
Program (ICITAP)*

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Ha representado a Colombia en diferentes foros nacionales e internacionales sobre Derecho Informático. Es el titular en la actualidad del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Rovira Tolima Colombia.