

ESTANDAR DE VALIDEZ PROBATORIA DE GRABACIONES HECHAS SIN EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS PARTICIPANTES EN UNA CONVERSACION, EN EL MARCO DE UN PROCESO DISCIPLINARIO

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE ALTAS CORTES-Requisitos generales de procedencia requiere argumentación y análisis más riguroso

DERECHO A LA INTIMIDAD-Concepto y alcance/DERECHO A LA INTIMIDAD-Características generales/DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD-Dimensiones

PRUEBA ILEGAL Y PRUEBA INCONSTITUCIONAL-Diferencias

Existe “una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales.”

PROTECCION DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SUS LIMITES-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el derecho a la intimidad puede ser protegido desde diferentes ángulos, de los que se destaca la evaluación de la expectativa de intimidad de la persona a partir de elementos como el contexto (íntimo, familiar, social o gremial) o el espacio físico (privado, semiprivado, semipúblico o público). Esto implica que el recaudo de pruebas que invaden esa esfera genera una tensión entre la búsqueda de la verdad procesal y la intimidad. No obstante, esa tensión es resuelta en buena medida por el artículo 29 superior y por varios instrumentos legales, que consagran una regla de exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales como una forma de garantía

del debido proceso. En esos casos, ha reconocido la Corte, se produce una nulidad de pleno derecho solo de la prueba en cuestión, o del proceso en general si aquella es el fundamento de la decisión.

REGLA DE EXCLUSION EN MATERIA PROBATORIA-Alcance y ámbito de aplicación

VALIDEZ PROBATORIA DE GRABACIONES HECHAS SIN EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS PARTICIPANTES EN UNA CONVERSACION-Excepción a la regla de exclusión en materia penal, según jurisprudencia Corte Suprema de Justicia

VALIDEZ PROBATORIA DE GRABACIONES HECHAS SIN EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS PARTICIPANTES EN UNA CONVERSACION-Excepción a la regla de exclusión, según jurisprudencia Consejo Superior de la Judicatura

VALIDEZ PROBATORIA DE GRABACIONES HECHAS SIN EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS PARTICIPANTES EN UNA CONVERSACION-Excepción a la regla de exclusión, según posición Procuraduría General

VALIDEZ PROBATORIA DE GRABACIONES HECHAS SIN EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS PARTICIPANTES EN UNA CONVERSACION-Excepción a la regla de exclusión, según jurisprudencia Consejo de Estado

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DISCIPLINARIO-Inexistencia del defecto fáctico por cuanto no hay lugar a excluir material probatorio de grabaciones sin el consentimiento de todos los participantes en la conversación

Referencia: expediente T-8.092.147

Acción de tutela de Obdulio Muñoz Ramos contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de 2021.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones de tutela dictadas el 14 de septiembre de 2020 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B y el 26 de noviembre de 2020 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que resolvieron en primera y segunda instancia, respectivamente, la acción de tutela presentada por Obdulio Muñoz Ramos en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que confirmó en segunda instancia la sanción disciplinaria impuesta por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, consistente en multa de 50 salarios mínimos mensuales vigentes e inhabilidad por 15 años, por la comisión de la falta gravísima contenida en el numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002.

I. ANTECEDENTES

Para efectos metodológicos, en el presente acápite se expondrá primero el contenido de las decisiones disciplinarias que llevaron a la imposición de la sanción al accionante, luego los argumentos de la acción de tutela contra éstas y, finalmente, las decisiones judiciales que la resolvieron y que son objeto de revisión en este fallo.

1. Decisión disciplinaria de primera instancia

El 21 de noviembre de 2014 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá inició indagación preliminar contra Obdulio Muñoz Ramos por presuntas irregularidades dentro de los procesos de liquidación judicial de las sociedades Inversiones y Condominios la Mansión S.A e Inversiones y Construcciones la Mansión CIA LTDA, adelantados ante la Superintendencia de Sociedades, y en los cuales el señor Muñoz Ramos actuaba como liquidador. Dicha indagación se dio a partir de una queja presentada por el señor Alfredo Fandiño quien era representante legal y socio de las empresas.

El 10 de marzo de 2016 fue dictado pliego de cargos en contra del señor Muñoz por la posible incursión en la falta prevista en el numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 consistente en “Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones”. Lo anterior, por presuntamente haber cometido “cohecho propio”, así como “asesoramiento y otras actuaciones ilegales” en su condición de auxiliar de la justicia como liquidador. Según dice la providencia, Obdulio Muñoz habría dado instrucciones al representante legal para dilatar el proceso, sugerido presentar avalúos artificiosos y exigido una remuneración ilegal.

En la defensa compuesta por los descargos, alegatos de conclusión y un incidente de nulidad, Muñoz indicó que las pruebas que soportaban los cargos eran ilegales al tratarse de grabaciones fraccionadas y no autorizadas hechas por Fandiño en donde éste incitaba la comisión de las irregularidades para luego usarlas en su contra. Agregó que el resto del material probatorio indica que se trató de actuaciones mal intencionadas en retaliación por no acceder a sus intenciones.

A partir de estas y otras pruebas, mediante fallo del 19 de septiembre de 2019 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá declaró disciplinariamente responsable a Obdulio Muñoz Ramos por la falta del numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 imputada en los cargos, así como la del numeral 10 del mismo artículo por extralimitarse en sus funciones como liquidador. Sobre el material probatorio que soportó la conclusión indicó lo siguiente:

“Comportamiento que está diáfananamente probado, toda vez que, a pesar de lo dicho en su versión libre y en los escritos de descargos y alegatos de conclusión, las grabaciones sobre las cuales la experticia demostró que no fueron alteradas ni editadas, especialmente las grabaciones 1, 2 y 3, respecto del proceso de INVERSIONES Y CONDOMINIOS LA MANSIÓN S.A en liquidación judicial, -LA MANSIÓN GIRARDOT, demuestran que asesoró al señor deudor más allá de lo debido, proponiéndole posibles fórmulas para conseguir un acuerdo de reorganización para ‘salvar’ la sociedades que en ese momento se encontraban en proceso de liquidación y poder reactivarla.” (negrilla fuera de texto)

Frente a la licitud de dichas grabaciones señaló:

“Tampoco es cierto, como lo afirmó el disciplinado, que las grabaciones allegadas a esta

investigación no pueden ser tenidas como prueba en razón a las conclusiones del dictamen pericial, porque aun cuando allí se indicó que no era posible determinar la originalidad de los archivos contenidos en los discos compactos, eso no se puede interpretar como que sean falsos, alterados o editados, simplemente se hizo referencia a ello porque lo que se remitió para su estudio fue una copia o repetición, pero igualmente allí se consignó que ‘(...) no se encontraron características o discontinuidades que los mismos fueron alterados o editados’.” (negrilla fuera de texto)

Añadió que el actor se extralimitó en el cumplimiento de sus funciones, “en tanto orquestó toda una serie actos defraudatorios para con los acreedores, con miras a entorpecer los procesos de liquidación judicial, además de aceptar promesa remuneratoria a cambio de su colaboración y asesoría para que pudiese tener éxito la red de artimañas que se estaba tejiendo”. Dijo que las conductas fueron cometidas a título de dolo pues pese a tener pleno conocimiento de sus deberes y prohibiciones como liquidador, “no operó de manera diferente, estando en posibilidad de hacerlo”. Sobre la gravedad de la conducta dijo que aquella entraba en la categoría de gravísima como lo dispone el artículo 55 de la Ley 734 de 2002. Por todo lo anterior, y considerando que no tenía antecedentes, le impuso multa de 50 salarios mínimos e inhabilidad para ejercer cargos públicos por quince años.

Mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2019 Obdulio Muñoz apeló el fallo de primera instancia. En el escrito señaló:

“La sentencia tiene como sustento probatorio básicamente unas grabaciones aportadas por el denunciante, incluida la ampliación de su queja que, insisto, es parcializada, sospechosa e interesada, y, de otra parte, no fueron tenidas en cuenta las demás pruebas como los testimonios, a las cuales el a quo les restó importancia y las documentales, como los correos electrónicos, no le merecieron valoración alguna, por cuanto si bien los menciona en el acápite de las pruebas practicadas y recepcionadas (numeral 3.11), para nada hace referencia a su valoración.” (negrilla fuera de texto)

A partir de ello, considera que el fallo incurre en dos defectos fácticos que describe así:

“1.- Una indebida valoración de las pruebas, al (i) darles pleno valor probatorio a unas

grabaciones fraccionadas y descontextualizadas, obtenidas en forma fraudulenta y de las cuales no se pueden obtener la CERTEZA PLENA de las conductas por las que se me sanciona y (ii) al descartar el mérito probatorio que tienen los demás testimonios vertidos.

2.- No apreciar y/o no tener en cuenta en ninguno de los apartes del fallo, los diferentes correos cruzados con el denunciante, que denotan una conducta irregular del mismo; medio que permite demostrar que con las grabaciones, solo buscaba tener elementos para coaccionar al suscrito en la búsqueda de logros indebidos para sus intereses personales. Todo lo cual hace sospechosa su intervención en esta actuación y a su dicho se le dio plena validez sin sopesar los demás medios probatorios que evidenciaban su conducta con interés dañino hacia el suscrito.” (negrilla fuera de texto)

Sobre lo primero, destacó que el inciso 5 del artículo 29 constitucional indica que son nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso y que las referidas grabaciones fueron adquiridas con violación a su intimidad. Refirió que no tiene cabida la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la admisibilidad de grabaciones cuando estas son presentadas por las víctimas de un delito, en la medida en la que en el presente caso no se probó que el señor Fandiño González tuviera esa condición.

Sobre la pertinencia de las grabaciones para probar el cohecho, indicó que este requiere que exista un ofrecimiento previo, que en este caso claramente no existió. Para concluir este punto hace la siguiente referencia:

“(…) se trató de un trabajo elaborado y calculado del señor Fandiño, para tener un medio de presión, de constreñimiento ilegal, aun de extorsión en contra del suscrito, para que accediera a sus intenciones de entorpecer el proceso y como ello no se dio, utilizó las grabaciones en las que supuestamente el suscrito participó, como último recurso para tales fines.

Por ello, ante una actuación irregular e ilegal del señor Fandiño, mal puede cobijarse la misma con valor probatorio, pues sería como permitir que se cometa un delito, sobre la base demostrar la supuesta comisión de otro.”

Dijo que con estas grabaciones también se violó el principio de no autoincriminación, en la medida en la que Alfredo Fandiño se estaría auto incriminando mediante la presentación de

las grabaciones. Agregó que no era posible concluir sobre la originalidad de las grabaciones y que por ese solo hecho deberían descartarse. También que estas se habían presentado de forma incompleta y selectiva y de ahí que la interpretación de lo sucedido se encuentra descontextualizada.

Frente al segundo defecto dijo que la decisión también se basó en una valoración caprichosa del material probatorio, que las pruebas testimoniales muestran su buen actuar y que los declarantes alabaron su proceder y transparencia, lo cual descartaría su intención de cometer un fraude.

Señaló que no fueron evaluados una serie de correos en los cuales se demuestra “que la queja presentada por el señor Fandiño, no es más que una retaliación de su parte, por no haberme prestado a sus intenciones” ya que jamás se realizó un contubernio para actuar en contra de los acreedores. Indicó que los correos, unidos a las grabaciones, denotan un actuar irregular del quejoso al realizar las grabaciones, para luego amedrentarlo con ellas.

Finalmente, luego de hacer alusión a la falta de ocurrencia de los tipos penales, presentó las siguientes conclusiones:

“1.- La queja presentada por el señor Fandiño, no fue más que una argucia para dilatar el proceso, realizada en mi contra, en retaliación, por el simple hecho de que accedí O NO ACCEDÍ? a sus pretensiones de aceptarle negocios que nunca se dieron (fiducias) o inversionistas inexistentes o faltos de seguridad jurídicas para el pago de las acreencias y menos de “...eche abajo todo y se vuelva a iniciar todo....”

2.- Las grabaciones presentadas carecen de validez, pues son simples copias y se desconoce la autenticidad de las mismas, así como la completitud de las mismas para que no sean descontextualizadas, además no reflejan la totalidad de lo sucedido, pues solo son apartes de unas conversaciones.

3.- Las grabaciones son ilegales pues se obtuvieron violando el derecho a la intimidad y jamás se hicieron para demostrar que el señor Fandiño era víctima de un delito; por el contrario reflejan, según este despacho un contubernio, esto es una participación directa del señor Fandiño en las actuaciones irregulares por las que se me acusa.

4.- No existieron actos o la intención de defraudar a los acreedores y/o de dilatar el proceso, de lo cual dan fe los testigos, quienes participaron como partes en los procesos de liquidación y alabaron mis actuaciones, llegando al caso de lamentarse por mi renuncia.

5.- Jamás existió un contubernio con el señor Fandiño, por el contrario, con los correos electrónicos acompañados, se establece una clara inconformidad del señor Fandiño con el suscrito, pues según él, Yo, estaba en su contra y no a su favor, tanto así que me amenaza con dar a conocer unas grabaciones.

7.- No se presentó un asesoramiento ilegal

8.- No existe CERTEZA PLENA de que el suscrito haya realizado los actos por los que me acusa.”

Por todo lo anterior, solicitó revocar el fallo de primera instancia y ordenar el archivo del expediente.

1. Decisión disciplinaria de segunda instancia.

Mediante fallo del 4 de marzo de 2020 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó la decisión de primera instancia. En esta oportunidad utilizó la transcripción de las grabaciones que fueron usadas desde el auto de cargos con la finalidad de soportar la comisión de la conducta. Sobre la legalidad de aquellas presentó el siguiente razonamiento:

“Bajo estas premisas y si bien la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en nutrida jurisprudencia ha decantado que las grabaciones elaboradas por un particular, sin orden judicial, pueden tener validez al interior de un proceso, siempre y cuando se realicen por parte de la víctima, y si bien en el derecho disciplinario no hay víctimas sí existen perjudicados con las conductas anti éticas de los disciplinables, y es que su utilización como prueba es válida ‘siempre y cuando la persona que grabó haya tomado parte en la conversación que lo hace destinatario del mensaje, pues se debe distinguir entre, grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros’.

Significa lo anterior que la facultad que por vía jurisprudencia se ha reconocido a las víctimas, de la misma manera se hace extensiva a la persona que toma parte en una conversación como destinatario del mensaje, como ocurre en el caso que hoy se estudia, circunstancia que derruye el argumento del encartado, toda vez que el quejoso asintió haber participado y grabado la interlocución.”

A partir de ello, compartió la tesis de que las grabaciones demostraban la ocurrencia objetiva de los delitos de “cohecho propio” y “asesoramiento y otras actuaciones ilegales”, sobre lo cual indicó que en sentencia C-720 de 2006 se aclaró que aquello no está condicionado a una sentencia penal. No obstante, no mencionó la falta del numeral 10 sobre extralimitación de funciones.

1. Acción de tutela contra los fallos disciplinarios

El 20 de agosto de 2020 Obdulio Muñoz presentó acción de tutela contra las decisiones que lo sancionaron disciplinariamente. Allí ratificó que había obrado como liquidador en los procesos de las sociedades del señor Alfredo Fandiño. Dijo que desde las primeras reuniones él había manifestado su intención de salvar las compañías y que por ello había analizado la posibilidad de una reorganización en vez de una liquidación. Señaló que para ello este último debía conseguir un inversionista que comprara las acreencias de las sociedades. No obstante, adujo que ello nunca ocurrió y que al no prestarse para dilatar el proceso el señor Fandiño empezó a grabar conversaciones que dirigía con la finalidad de luego usarlas en su contra y que en efecto le sirvieron de sustento para presentar la queja disciplinaria.

Frente al cumplimiento de los requisitos formales de la acción de tutela contra providencia judicial, aseguró que el presente caso trata sobre una violación al debido proceso y que ello le confiere relevancia constitucional. También que se cumple el requisito de subsidiariedad, pues ya agotó todos los medios disponibles, y el de inmediatez, dado que conoció el fallo de segunda instancia el 11 de marzo de 2020. Frente a la trascendencia del defecto alegado dijo que “Las irregularidades que se alegan, son la indebida valoración del acervo probatorio y la no valoración de algunas pruebas, aspectos estos que tienen indiscutiblemente un efecto decisivo en las providencias que se impugnan”. Sobre la identificación de los hechos que generan la violación dijo que “son (i) el haber tenido en cuenta una prueba ilegal cuando no

inexistente, (ii) el haber valorado en forma equivocada otras pruebas y (iii) la falta de valoración de algunas otras; todo lo cual conlleva a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.” Finalmente, dijo que no se trataba de tutela contra tutela.

Indicó que la causal específica aplicable en este caso es el defecto fáctico y explicó cada razón por separado. En cuanto a la ilegalidad de la prueba, dijo:

“La sentencia está centrada en las grabaciones aportadas por el señor FANDIÑO GONZALEZ y a pesar de que en los alegatos se dejó claro que tales grabaciones eran ilegales, ninguna mención a ello se hizo en el fallo.

En efecto, de la lectura de la citada sentencia, se observa fácilmente, que el Juez, ni siquiera se atrevió a analizar la validez de dichas grabaciones y de entrada les da pleno valor probatorio.” (negrilla fuera de texto)

Frente a la condición de víctima de Fandiño dijo que “en la sentencia de 19 de septiembre de 2019, debió analizarse si efectivamente el señor FANDIÑO GONZALEZ estaba siendo VICTIMA de un delito, para darle validez a las mencionadas grabaciones, estudio que NUNCA realizó el Despacho (...)”. Agregó que “tampoco existe prueba alguna en la que se demuestre que el suscrito estaba cometiendo un delito en contra del señor FANDIÑO GONZALEZ, que le permitiera a este haber realizado tales grabaciones.” Reiteró que la intención del quejoso “no era otra que poder ejercer presiones indebidas con ellas, para sus propios intereses (...)”, para lo cual trajo nuevamente a colación los correos cruzados entre ellos donde existían expresiones amenazantes. Coligió que “mal podría dársele validez a unas grabaciones, realizadas de manera amañada, engañosa y con fines fraudulentos, de ahí que las mismas carecen de cualquier valor probatorio”.

“De acuerdo con ello, si la prueba principal, para la imposición de las sanciones, fueron las grabaciones y estas carecen de originalidad, se están VIOLANDO en forma flagrante tales instituciones, lo que genera INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD de las decisiones tomadas con fundamento en la prueba obtenida al margen del debido proceso y el derecho de defensa.” (negrilla fuera de texto)

Tercero, dijo que no se tuvieron en cuenta algunas pruebas que descartaban la supuesta conducta probada por las grabaciones, como lo eran unos correos electrónicos cruzados con

Fandiño. Sobre el particular señaló:

“Con esta prueba, se desvirtúa la excepción de licitud de las grabaciones tomadas sin el consentimiento del suscrito, pues se establece en forma fehaciente que el señor FANDIÑO no está siendo VICTIMA de ningún delito, así como tampoco que en el proceso concursal se le haya causado daño alguno a los acreedores, lo cual se demuestra, además, con la rendición final de cuentas presentada por la Liquidadora a quien, además, califica aquel como socia del suscrito en los resultados.

De haberse tenido en cuenta estas pruebas, otro hubiera sido el resultado del fallo, pues se insiste en que, con ellas, se desvirtúa la legalidad que podrían haber tenido las grabaciones.

Además, con tales pruebas, se desvirtúa el supuesto “contubernio” que dice el Juez de primera instancia, existió entre el suscrito y el señor FANDIÑO, por el contrario, estos correos denotan es que el suscrito jamás se prestó para los ilegítimos intereses del señor FANDIÑO, como eran torpedear el proceso, situaciones estas que generaron las amenazas por él realizadas y la actitud de venganza del señor FANDIÑO, que condujeron a la queja que motivó la investigación disciplinaria.” (negrilla fuera de texto)

Indica que tampoco se les dio valor a los testimonios de varios de los acreedores donde se establece que no tuvieron queja de la labor como liquidador.

Finalmente, como cuarto elemento indicó que se había hecho una indebida valoración de otras pruebas, ya que en el presente caso solo fueron tenidas en cuenta las grabaciones. Al respecto dijo que aún cuando en gracia de discusión aquellas fueran evaluadas estas no llevan al convencimiento acerca de la comisión de las conductas ya que se encuentran cortadas. Para concluir este acápite, solicitó que se tuvieran en cuenta que las grabaciones habían sido realizadas de manera subrepticia y que jamás existió la condición de víctima del señor Fandiño que justificara su realización. De hecho, aclaró, en este caso la condición de víctima de Fandiño muta en realidad a la de victimario.

Con fundamento en lo anterior, solicitó el amparo de su derecho al debido proceso en el sentido de que se dejen sin efecto los fallos disciplinarios, sin perjuicio de que se establezca la exclusión de la prueba ilícita y se disponga a rehacer la actuación.

1. Informes de contestación

El Magistrado Carlos Mario Cano Diosa de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, como ponente del fallo disciplinario, solicitó declarar la improcedencia del amparo. Destacó que al adoptar la decisión se advirtió la ausencia de vicios que invalidaran el proceso y que la providencia se apoyó en el material probatorio allegado.

Resaltó que la supuesta falta de valoración del material probatorio no fue objeto de cuestionamiento en la fase disciplinaria, por lo que no corresponde traerlo ahora a colación. Frente a la validez de los audios transcribió una extensa cita del fallo donde se despachó el argumento de la ilegalidad, sobre lo cual concluyó que “analizada la providencia sancionatoria del 4 de marzo de 2020, proferida por esta Superioridad, claramente se observa, que las pruebas fueron valoradas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en ambas instancias, permitiéndoles colegir a las autoridades accionadas, la certeza de la responsabilidad disciplinaria del actor en las aludidas actuaciones”.

5.2. La Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria– también rindió informe. Allí señaló que el amparo debía ser negado dado que lo que se pretende es que por vía de tutela se vuelva a revisar el proceso disciplinario.

5.3. El señor Javier Fandiño González allegó una respuesta en la cual se limitó a señalar que se encontraba fuera del país pero que estaba presto para colaborar en lo que fuera necesario.

1. Sentencia de tutela de primera instancia objeto de revisión

Mediante sentencia del 14 de septiembre de 2020, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, negó el amparo.

Frente a los requisitos formales de procedibilidad indicó que no existía recurso eficaz e idóneo para alegar los reparos planteados, que se cumplía la inmediatez, que no se trataba

de tutela contra tutela y que se identificaron de manera clara, detallada y comprensible los hechos y la presunta vulneración. Al analizar la relevancia constitucional del argumento sobre la prueba ilícita indicó que este no se cumplía dado que el actor no había planteado argumentos distintos a los formulados en todas las instancias disciplinarias.

En cuanto a la originalidad de las grabaciones, señaló que:

“(a) el accionante nunca controvertió dentro del proceso disciplinario que la persona de la grabación fuera alguien diferente a él y (b) en ese proceso se decretó y practicó como prueba, un informe pericial denominado “Estudio de autenticidad de audio digital” que dio como resultado que los audios no presentaban características o “discontinuidades” que indicaran que los mismos fueron alterados o editados”.

Sobre la falta de valoración de los testimonios y los correos electrónicos, dijo que el fallo disciplinario de segunda instancia sí los tuvo en cuenta. Para ello trajo a colación varios extractos que los citan y analizan. Sin embargo, dijo que “esos testimonios no fueron suficientes para desestimar las grabaciones, las cuales permitieron determinar la comisión de las conductas que derivaron en las sanciones disciplinarias impuestas”.

En cuanto a los correos electrónicos dijo que estos no

“(...) hubieran llevado al fallador a tomar una decisión diferente en la medida que, independientemente de las actuaciones del señor Fandiño González sobre el liquidador, lo cierto es que, en el proceso disciplinario, se demostró que el señor Muñoz Ramos ejerció acciones de asesoramiento al representante legal de las sociedades y que existió un acuerdo remuneratorio sobre las asesorías y la colaboración prestada”.

Frente a la indebida valoración de las grabaciones reiteró que dentro del proceso se aportó un informe pericial que concluyó que aquellas no fueron alteradas, ni editadas y trajo varios de los apartes usados por el juez disciplinario, así:

“OMR: porque lo que yo puedo hablar con su abogado y yo le cuadro unas ideas de cómo podemos hacer para que ese paso se demore un poquito”; “OMR: sí, sí, yo puedo digamos a través de mis amigos hablar en la super para que ellos no agilicen esto, a ver si ellos nos ayudan de que ehh, de que saquen la decisión en estos días, y se demoren 15 días para

sacarlo.”; JFG: no quiero que vayamos a tener choques que te diga necesito que me consigas 10 millones y tu del apretamiento tan verraco entonces que eso quede claro de ese 1%, cómo te lo pago es yendo ahí en el negocio; OMR: “No hermano yo meterme en un negocio no me meto”. JFG: No en el negocio no ir a la fiducia donde la fiducia te deba a ti esa plata a la persona que tú digas esto entra a la fiducia y la fiducia le está debiendo a alguien 1% al que yo le diga; OMR: “Y cuándo paga la fiducia ese 1%?, cuando se desarrolle ese proyecto”; JFG: Eh no ese le buscamos para que salgan unos recursos”; OMR: “Si porque una vaina un proyecto con todo respeto otra vaina hasta que se venda”

A partir de estos apartes, el juez de tutela llegó a la siguiente conclusión:

“En esa medida, se evidencia que las grabaciones analizadas permitieron al operador jurídico determinar que el señor Obdulio Muñoz Ramos incurrió en las conductas de asesoramiento ilegal y cohecho impropio pues fue posible determinar que su asesoría excedió el marco de sus funciones como liquidador, y además pretendía recibir promesa remuneratoria a cambio de realizar funciones propias de su cargo. En ese orden, para la Sala, el análisis probatorio realizado por el Consejo Superior de la Judicatura no resulta irracional o arbitrario pues se ajustó a las pruebas obrantes en el expediente para llegar a las conclusiones sobre las conductas cometidas por el señor Muñoz Ramos.”

Finalmente, frente a los testimonios, dijo que, “en todo caso, esos testimonios no se encuentran encaminados a desvirtuar las grabaciones, que, como se precisó, valoradas en conjunto con el demás acerbo probatorio, permitieron evidenciar las conductas cometidas por el actor”.

1. Impugnación del fallo de tutela de primera instancia

Inconforme con la decisión Obdulio Muñoz impugnó el fallo. Frente a la discusión sobre las grabaciones señaló que aquellas son la única prueba que se tiene para fundamentar las condenas impuestas y que por ello ameritan un estudio especial. Dice que “lo que se discute, NO es que estas grabaciones no se hayan valorado, sino que tal valoración, tanto en primera, como en segunda instancia, se realizó de manera equivocada, porque se tuvo en cuenta una prueba ilegal o irregularmente recaudada”. Indica que para que ello procediera la grabación debía tener la finalidad específica de demostrar la existencia de un delito o de actos disciplinables, de los cuales sea la víctima quien realiza la grabación. Sin embargo, en su

sentir los correos electrónicos demuestran que la finalidad de Fandiño era la de ejercer presión y coaccionarlo para que accediera a sus pretensiones. Agregó que en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado la necesidad de excluir pruebas que hayan sido obtenidas mediante el entrapamiento, como en este caso. Frente a este tema sintetizó sus razones, así:

“Por todo lo anterior no puedo estar de acuerdo con lo decidido por la Sección tercera, Subsección B, con ponencia que realizó el honorable Magistrado Alberto Montaña Plata, pues (i) en efecto sostuve y aún sostengo que la prueba de la grabación es ilícita muy a pesar del experticio que se realizó sobre ella, (ii) la cita que se realiza en el numeral 20 no tiene en cuenta que no se trata de una víctima sino de una persona que realiza la figura del inadmisble entrapamiento en la jurisdicción colombiana con lo cual se torna en victimario, pues su intención fue clara en sacar partido de la posición que le proponía al Liquidador y que nunca se llevó a cabo precisamente por su contenido ilegal y (iii) precisamente la tutela se interpone en este caso y en muchos más cuando hay una vía de hecho en una o en las dos instancias, situación que aún se mantiene porque no es posible sanear una prueba ilícita que afectó el debido proceso y el derecho de defensa por la forma en que fue obtenida.” (negrilla fuera de texto”

Frente a la originalidad de las grabaciones dijo que aquellas pueden ser copias de otros archivos por lo que surge la duda de si los originales tenían el mismo contenido.

En cuanto a la valoración de los testimonios dijo que, si bien con ellos “no se desvirtúan plenamente las grabaciones, si dan fe que en el proceso jamás hubo una actuación irregular de mi parte y que siempre atendí a todas las partes del proceso con la misma transparencia”. Sobre los correos dijo que aquellos demuestran que Fandiño no era víctima y que por tal razón no había una justificación para que las realizase sin orden judicial.

A partir de todo esto, sintetiza las razones de la impugnación, así:

* Las grabaciones son ilegales.

* La ilegalidad no se sana en ninguna etapa del proceso.

* Los ARCHIVOS objeto de estudio por la Fiscalía, no dan certeza de ser originales, de ahí que no se tiene certeza de si el contenido de los mismos corresponde a lo originalmente grabado, dando pie a la aplicación del principio del IN DUBIO PRO REO.

* Los correos electrónicos, valorados en debida forma, sí hubieran llevado al fallador a tomar otra decisión, pues con ellos se prueba que todo fue un ENTRAMADO del señor Fandiño, con la UNICA FINALIDAD de ejercer presiones indebidas al suscrito para sus fines

* Los testimonios dan fe de mi correcto actuar y que realicé acto alguno en contra del proceso y/o los acreedores

De esta forma, pide que se revoque el fallo de tutela de primera instancia, se proceda a declarar la existencia del defecto fáctico y se dejen sin efectos los fallos disciplinarios.

1. Sentencia de tutela de segunda instancia objeto de revisión

Mediante fallo del 26 de noviembre de 2020 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, confirmó el fallo de primera instancia.

En primer lugar, destacó que cuando se cuestiona por vía de tutela una providencia judicial proferida por una alta corte como el Consejo Superior de la Judicatura, la procedencia del amparo constitucional es más restrictiva debido a que se trata de órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones. Por ello, el error alegado debe ser de carácter ostensible, manifiesto y flagrante que riña de manera directa con la Constitución para que justifique la intervención del juez constitucional.

Destacó que el problema jurídico a resolver era si le asistió razón al a quo al declarar la improcedencia por falta de relevancia constitucional del cargo por la valoración de una prueba ilícita y al negar el amparo por la presunta omisión e indebida valoración de las demás pruebas.

Frente a la exclusión de las grabaciones dijo lo siguiente:

“Se tiene entonces que, en efecto, el cargo ventilado por el accionante en relación con la

ilicitud de la prueba fue resuelto por el juez disciplinario de segunda instancia, quien consideró que las grabaciones aportadas al proceso no deben ser excluidas, porque fueron realizadas por la persona afectada con la actuación del disciplinado, quien a su vez tomó parte en las conversaciones grabadas, tesis que aduce ha sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

Así, luego de citar el fallo de instancia llegó a la siguiente conclusión:

“Como se observa, el asunto de la exclusión de las grabaciones fue debidamente analizado por el juez de segunda instancia, en el sentido de reiterar lo ya indicado en la sentencia disciplinaria de primera instancia y en el escrito que negó la nulidad del proceso, por lo que decidió tener como prueba válida, las grabaciones magnetofónicas aportadas por el quejoso. En efecto, la postura asumida encuentra respaldo en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia¹ y la interpretación expuesta por la Sala Disciplinaria para extender esta tesis al ámbito disciplinario no se evidencia arbitraria.”

Así, dijo que “la tutela se interpone como una instancia adicional, con la que buscan revivir la discusión jurídica respecto a la exclusión de la prueba ilícita” y que “se trata de una exteriorización de la inconformidad de la parte accionante con el sentido de la decisión que se cuestiona, lo cual hace improcedente la acción”.

En lo que respecta a los testimonios dijo que en la sentencia de tutela de primera instancia el a quo transcribió los apartes específicos de la providencia acusada que dan cuenta de que la autoridad disciplinaria sí los tomó en consideración, pero concluyó que no eran suficientes para desvirtuar lo acreditado por las grabaciones.

En cuanto a los correos electrónicos y la capacidad de incidir en la decisión, coincidió en que “su contenido no tiene la entidad de restar valor de convicción a los medios de prueba del proceso que acreditan que el disciplinado asesoró al deudor más allá de lo debido en virtud de las obligaciones de su cargo como auxiliar de la justicia”.

Aquí trajo nuevamente los apartes de las grabaciones en los cuales se evidencia la relación que tenía con Fandiño y del razonamiento del juez disciplinario sobre el particular. Así, concluyó que “la autoridad accionada extrajo una inferencia razonable de los medios de prueba que obraban en el proceso, sin que se evidencie arbitrariedad en la apreciación de los

medios de prueba que habilite la intromisión del juez de tutela con miras a conjurar un escenario de vulneración de los derechos fundamentales del accionante”.

1. Actuaciones ante la Corte Constitucional

En sesión del 29 de julio de 2021 la Sala Plena decidió asumir el conocimiento del expediente T-8.092.147, por lo que resolvió suspender los términos conforme lo dispone el artículo 59 del Acuerdo 02 de 2015.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y en virtud de la selección y el reparto efectuados, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias de tutela.

1. Planteamiento del caso y problema jurídico

De los antecedentes narrados se tiene que el señor Obdulio Muñoz Ramos fue sancionado disciplinariamente por incurrir en la falta gravísima del numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, al haber incurrido objetivamente en las conductas de cohecho propio y asesoramiento y otras actuaciones ilegales. Ello en su condición de liquidador dentro del proceso de liquidación judicial de dos sociedades cuyo representante legal y socio es el señor Javier Alfredo Fandiño, quien presentó la queja que dio origen al proceso. Para justificar la decisión, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que confirmó la decisión de primera instancia tomada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, le dio valor probatorio a una serie de grabaciones de conversaciones entre Fandiño y Muñoz sin que este último consintiera en ello, las cuales llevaron a la autoridad al

convencimiento de que el actor efectivamente había incurrido en la falta.

Ante lo anterior, el señor Muñoz Ramos presentó acción de tutela con la pretensión de que se tutelara su derecho al debido proceso y se dejaran sin efecto las decisiones disciplinarias o se estableciera la exclusión de la prueba ilícita. Para ello reiteró los argumentos usados en la defensa, en el sentido de que las grabaciones fueron hechas sin su consentimiento y amañadas para inducirlo a la falta, para luego ser usadas en su contra por no acceder a las intenciones ilegales de Fandiño. Indicó que se trata de pruebas ilegales que no podían ser tenidas en cuenta y que varios correos electrónicos y testimonios descartan que el quejoso tuviera la condición de víctima. En ese sentido, señaló que las providencias incurrieron en un defecto fáctico por darle validez a una prueba ilegítimamente recaudada, por violar el principio *In dubio pro reo*, la presunción de inocencia, la duda razonable, porque no se tuvieron en cuenta otras pruebas existentes y por una indebida valoración de las obrantes.

En sentencia de 26 de noviembre de 2020 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo confirmó el fallo de tutela dictado por la Sección Tercera de la misma Sala. Para ello defendió la postura de los jueces disciplinarios de que las grabaciones sí podían ser valoradas y de que las restantes no desvirtuaban los hechos ilícitos. Dijeron que el razonamiento aplicado reflejaba la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura respecto de la validez de grabaciones cuando las realiza la víctima de una conducta penal o disciplinaria que además participa en la charla. Soportó que el resto del material probatorio no lograba descartar la condición de víctima ni la comisión de la conducta, por lo que la decisión no podía ser calificada como arbitraria o caprichosa.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, esta Sala encuentra que el debate suscitado gira en entorno a dos aspectos. Primero, es claro que el eje central de la discordia consiste en habersele dado validez como prueba a unas grabaciones realizadas sin el consentimiento del actor. Esto es especialmente relevante en la medida en la que las instancias judiciales que han precedido este fallo han dejado claro que de aquellas grabaciones se desprende tanto la conducta sancionable como la condición de víctima de quien las realizó, y que el resto del material probatorio no logra desvirtuar lo allí acreditado.

A partir de ello lo primero será que esta Corte determine si haberles dado validez a dichas grabaciones implicó una violación de los derechos fundamentales de Muñoz Ramos que

justifique la intervención del juez constitucional.

Como segundo punto, la Sala Plena encuentra que dependiendo de la respuesta a dicha cuestión se deberá adoptar uno de dos caminos. Si se concluye que la valoración implicó una violación de derechos, será necesario retrotraer la actuación para que los jueces disciplinarios lleven a cabo una nueva evaluación del material probatorio en donde se excluyan las grabaciones por ilícitas. Por el contrario, si la prueba es lícita y podía ser tenida en cuenta, habrá que determinar si el razonamiento hecho por los jueces disciplinarios, avalado en sede de tutela por el Consejo de Estado, resultó tan caprichoso y arbitrario que configuró un defecto fáctico. En concreto, habrá que evaluarse si, dado el contenido de las grabaciones, el resto del material logra descartar la conducta disciplinaria de una manera tan evidente que riñe con la Constitución.

Nótese que esta Sala debe ser en extremo cuidadosa de no convertir esta revisión en una tercera instancia, ni disciplinaria ni de tutela, en especial en lo que tiene que ver con la valoración del material probatorio. En palabras de la Corte, “la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural al material probatorio es extremadamente reducida, pues el respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural, e inmediación, impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio”². Así, como será explicado en detalle, lo que corresponde en esta fase es solo evaluar la existencia de una actuación tan equivocada de las autoridades judiciales atacadas que justifique dejar sin efectos sus decisiones, teniendo además en cuenta que los fallos disciplinarios fueron adoptados por quien en ese momento era el órgano de cierre de la jurisdicción disciplinaria. A partir de lo anterior, los problemas jurídicos a resolver se formulan de la siguiente manera:

En caso negativo, esto es, de resultar válidas las grabaciones, en el caso concreto se deberá también determinar si la valoración que hizo la máxima autoridad disciplinaria del resto del material probatorio fue tan caprichosa y arbitraria que configuró un defecto fáctico, en la medida en que descartaba irrefutablemente la ocurrencia de la falta disciplinaria.

Para responder lo anterior esta providencia, primero, reiterará la jurisprudencia en materia de causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, haciendo especial énfasis en el defecto fáctico y en la procedencia

contra órganos de cierre. Segundo, se explicará la regla general de exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Tres, se expondrá el estándar en materia de validez de grabaciones como pruebas dentro de procesos, en donde se hará una explicación de la regla desarrollada en materia penal por la Corte Suprema de Justicia y de la forma en la que el Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación la han aplicado en otras áreas sancionatorias, en especial en materia disciplinaria. Finalmente, se analizará el caso concreto para establecer si, teniendo en cuenta el anterior marco jurídico, los jueces disciplinarios accionados incurrieron en una violación al debido proceso.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 de la Constitución no realizó distinción respecto de las autoridades cuyas acciones u omisiones pudieran ser objeto de acción tutela cuando amenacen o vulneren derechos fundamentales. Esta postura se encuentra en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 253) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24), los cuales establecen que toda persona podrá hacer uso de mecanismos judiciales ágiles y efectivos que los ampare contra la amenaza o violación de sus derechos fundamentales, aun si esta se causa por quienes actúan en ejercicio de funciones oficiales, sin que allí se hubiera hecho alguna distinción.

Ahora, si bien en su temprana jurisprudencia la Corte negó la posibilidad de acudir al amparo para controvertir providencias de jueces, rápidamente admitió que aquellos podían incurrir en lo que denominó vías de hecho⁵, para finalmente, mediante sentencia C-590 de 2005, caracterizar unas causales generales y específicas que se vienen reiterando hasta estos días. En dicha providencia se dijo que las primeras constituyen parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron descritas así:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se

mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la

vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.

Por su parte, las causales específicas fueron clasificadas bajo el título de defectos, los cuales tornan inexorable la intervención del juez constitucional para corregir la violación al debido proceso que generan. En la misa sentencia se clasificaron de la siguiente forma:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar

cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución”.

Sobre el defecto fáctico vale la pena hacer una mención adicional por ser ese el que fue alegado en la acción de tutela del presente caso. En particular, en sentencia SU-072 de 2018 la Corte dijo que aquel “se erige sobre la malinterpretación de los hechos expuestos en un proceso, la cual deviene de una inapropiada valoración probatoria, bien porque el juez no contaba con pruebas para sustentar sus afirmaciones, ora porque al estimar su valor demostrativo fue arbitrario”⁶. En estos casos, ha dicho la Corte, la arbitrariedad debe ser “de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el juez”⁷. De la misma forma, “es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta”⁸.

En cuanto a su materialización, la jurisprudencia ha identificado que ello puede ocurrir en una dimensión positiva o negativa. Así lo explicó en sentencia SU-448 de 2016:

“Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que cuando en el defecto fáctico se habla, por un lado, de la dimensión positiva se pueden presentar dos hipótesis: (i) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por inconstitucional, y (ii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos; y por otro lado, la dimensión negativa puede dar lugar a tres circunstancias: (i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella⁹.” (negrilla fuera de texto)

Teniendo claras las causales de procedencia, vale la pena hacer una referencia al caso específico de la tutela contra providencias dictadas por las altas cortes. Sobre el particular, en sentencia SU-072 de 2018 se hizo la siguiente aclaración:

“23. Teniendo en cuenta la relevancia que tiene la jurisprudencia de los órganos de cierre, en tanto con ella se asegura la uniformidad en las decisiones de los jueces y se ofrecen criterios de interpretación que permiten lograr la seguridad jurídica, la tutela contra providencias judiciales de las altas Cortes es más restrictiva, en tanto: ‘sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aún cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión.” 10

En ese orden, cuando la solicitud de amparo se dirija en contra de una decisión adoptada por una alta Corporación, además de cumplir con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y con los especiales de procedibilidad contra providencias judiciales, se debe acreditar una irregularidad que contraría abiertamente los mandatos constitucionales, de tal manera que amerite la intervención urgente del juez de tutela.”11 (negrilla fuera de texto)

En síntesis, la acción de tutela procede cuando las autoridades, incluidas las judiciales, vulneren o amenacen derechos fundamentales. Para ello la jurisprudencia ha fijado unas causales generales, relacionadas con aspectos formales mínimos, y otras específicas, que evalúan la ocurrencia de un defecto de fondo que viola el debido proceso. En el caso del defecto fáctico se tiene que: i) el error debe ser de tal magnitud que se evidencie de manera evidente y objetiva; y ii) debe ser de tal trascendencia que, corregido este, el fallo adoptaría un sentido opuesto. En cuanto a su materialización, ello puede ocurrir en una faceta positiva, entre otras, por la admisión de pruebas ilícitas, o en una negativa, entre otras, por hacer una valoración defectuosa u omitir un hecho que emerge claramente de una prueba. Finalmente, en estos casos la procedencia es más restrictiva cuando se trata de decisiones de altas cortes, en la medida en la que constituyen órganos de cierre en sus jurisdicciones.

1. La regla de exclusión de la prueba ilícita

En términos generales, la utilización de pruebas clasificadas como ilícitas puede plantear una tensión entre dos bienes jurídicamente protegidos como lo son, por un lado, la búsqueda de la verdad en el caso y, por el otro, la protección de ciertos derechos fundamentales que pueden ser afectados con esa práctica. Así fue explicado en sentencia SU-414 de 2017:

“En la obtención de la prueba ilícita se encuentran en tensión bienes jurídicos de distinta índole: por un lado, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y, por otro, los derechos fundamentales que exigen no ser vulnerados o lesionados al recaudarse los medios de convicción. El conflicto se presenta cuando para acreditar un hecho o alcanzar la verdad en el proceso se obtienen medios y/o fuentes de prueba con afectación a los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que luego se quieren hacer valer al interior del proceso y que exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria.” (negrilla fuera de texto)

La casuística ha demostrado que aquellos derechos con los cuales se entra en tensión son, en esencia, la intimidad y el debido proceso. A continuación se hace una explicación de la forma en la que ello ocurre y de cómo la Corte Constitucional lo ha resuelto.

En primer lugar, el artículo 15 de la Constitución establece que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.” Así mismo, dispone que “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables” y que “Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”.

Esa protección se encuentra igualmente en varios tratados internacionales de derechos humanos que disponen que nadie debe ser objeto de inherencias arbitrarias en su vida privada, lo cual implica el deber del Estado de respetarla y de hacerla respetar. Entre estos se encuentran el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También desde temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha reconocido que la intimidad es el “área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley.”¹²

La forma de protección de esa área reservada ha sido abordada desde diferentes ángulos. Por ejemplo, se ha evaluado la decisión del individuo de ceder parte de su intimidad en razón del contexto en el que hace la divulgación. Así, en sentencia C-881 de 2014 se habló de intimidad personal como aquella donde se decide no divulgar aspectos íntimos de la vida; privacidad del núcleo familiar alusivo a las relaciones que ocurren en ese seno; relaciones en un entorno social como lo pueden ser vínculos laborales o de determinados grupos; o la intimidad gremial que se relaciona con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse la explotación de cierta información. En cada caso el derecho consiste en excluir del conocimiento de otros ajenos al contexto la información que allí es compartida.

De manera más reciente, en sentencia C-094 de 2020 la Sala Plena destacó el criterio de la expectativa de privacidad con la finalidad de establecer un parámetro de protección. Lo explicó así:

“La Corte ha señalado que la expectativa de privacidad es un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas pueden entenderse comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros. Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si (i) quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros; y (ii) si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla.” (negrilla fuera de texto)

En esa misma providencia se señaló que, como los demás derechos, la protección de la intimidad no es absoluta y que es susceptible de ser limitada atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad:

“Por otra parte, esta Corte ha sido clara en considerar que, a pesar de la amplitud del ámbito de protección del derecho a la intimidad, éste no es un derecho absoluto¹³. El derecho a la

intimidad puede ser objeto de limitaciones cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con intereses constitucionales relevantes¹⁴ y, en consecuencia, es posible que, bajo ciertas condiciones, las autoridades públicas o los terceros puedan conocer asuntos que, en principio, se encuentran amparados por el derecho, es decir que, hacen parte de la vida privada de los individuos¹⁵. De manera más precisa, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la intimidad puede ser objeto de limitaciones o interferencias como resultado de la interrelación de otros intereses constitucionalmente relevantes. De esta forma, ‘las limitaciones al derecho a la intimidad, al igual que la de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el contexto de un sistema democrático’¹⁶.”

Ese es justamente el dilema que se presenta cuando se realizan grabaciones de conversaciones de las cuales existe una expectativa de privacidad para luego ser presentadas como prueba en procesos judiciales. En estos casos claramente se presenta una tensión entre la verdad judicial y la intimidad de quienes participan en el diálogo. Habrá entonces que determinar bajo qué parámetros la limitación a la intimidad que genera la realización de esas grabaciones es razonable y proporcional.

Varios instrumentos constitucionales y legales dan herramientas para resolver el punto. Primero, la regla general se encuentra consignada en el artículo 29 Constitucional que dice que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta cláusula ha sido desarrollada por diferentes instrumentos legales como el artículo 168 del Código General del Proceso que dice que “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas (...)” o el 23 del Código de Procedimiento Penal que reza:

“Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”

En materia disciplinaria, el artículo 140 de la Ley 734 de 2001 dispone que “La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente” y ello mismo fue

recogido en el nuevo Código General Disciplinario¹⁷ que dice:

“Artículo 21. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Se deben considerar, al respecto, las siguientes excepciones: la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”

En el plano jurisprudencial se ha aplicado una diferenciación entre pruebas ilegales y pruebas inconstitucionales. Así, por ejemplo, en Sentencia SU-159 de 2002 se hizo alusión al escenario penal, así:

“El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita. La sanción, según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho.” (negrilla fuera de texto)

En términos similares, la Sentencia T-916 de 2008 señaló que existe “una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales.”

Ahora, esta Corporación ha aclarado que dicha exclusión no acarrea la nulidad de todo el proceso. En la ya citada sentencia SU-159 de 2002 se dijo que “Para que la no exclusión de

pruebas ilícitas configure una vía de hecho por defecto fáctico que dé lugar a la anulación de una sentencia se requiere que éstas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena”.

En síntesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el derecho a la intimidad puede ser protegido desde diferentes ángulos, de los que se destaca la evaluación de la expectativa de intimidad de la persona a partir de elementos como el contexto (íntimo, familiar, social o gremial) o el espacio físico (privado, semiprivado, semipúblico o público). Esto implica que el recaudo de pruebas que invaden esa esfera genera una tensión entre la búsqueda de la verdad procesal y la intimidad. No obstante, esa tensión es resuelta en buena medida por el artículo 29 superior y por varios instrumentos legales, que consagran una regla de exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales como una forma de garantía del debido proceso. En esos casos, ha reconocido la Corte, se produce una nulidad de pleno derecho solo de la prueba en cuestión, o del proceso en general si aquella es el fundamento de la decisión. Siendo esta la regla general, pasa ahora a abordarse el escenario específico de las grabaciones hechas sin el consentimiento de todos los participantes y de la forma en la que la regla de exclusión ha sido matizada en diferentes áreas del derecho punitivo.

1. El estándar de valoración de grabaciones sin el consentimiento de algún participante, la excepción a la regla de exclusión en materia penal y su aplicación en otras áreas del derecho sancionador

En este numeral se expondrán primero algunos pronunciamientos de esta Corporación que han resuelto acciones de tutela contra decisiones judiciales que han valorado grabaciones que, a juicio de los actores, se les debió aplicar la regla de exclusión explicada en el capítulo anterior. Luego se hará una referencia a la excepción que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado a la regla de exclusión y se determinará si esta resulta razonable y proporcionada a la luz de la Constitución. Con ello, se pasará a exponer la manera en la que otras corporaciones han aplicado la postura de la Corte Suprema en áreas sancionatorias distintas a la penal, haciendo especial énfasis en el caso disciplinario. Más adelante, en el caso concreto, se analizará si la posición adoptada por el Consejo Superior de

la Judicatura resulta razonable y proporcional según el marco jurídico explicado.

5.1. Postura de la Corte Constitucional

Sin perjuicio de pronunciamientos anteriores respecto de la garantía del derecho a la intimidad, el primer referente directamente aplicable a la materia que ocupa puede ser la sentencia T-003 de 1997. Allí se debatió la violación a la igualdad dentro de un proceso de selección en donde el accionante grabó conversaciones con la finalidad de acreditar una discriminación. En esa oportunidad se dijo lo siguiente:

“Teniendo en cuenta el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Carta, la Sala, reiterando la doctrina contenida en la sentencia de esta Corporación T-530 del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), (magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), considera que toda persona tiene derecho a un contorno privado, en principio vedado a los demás, a menos que por su asentimiento o conformidad, el titular renuncie a su privilegio total o parcialmente. Entendido así el derecho a la intimidad, es claro que éste, fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales.

La deslealtad en que incurrió el actor al abusar de la confianza de su contertulio, ajeno al hecho de que sus opiniones estaban siendo grabadas, además de vulnerar el derecho fundamental a la intimidad, impide que el casete pueda ser tenido en cuenta como prueba judicial, porque su creación y aportación tampoco concuerdan con los presupuestos del debido proceso. En efecto, la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad también quebranta el debido proceso, pues, al suponer la utilización de una maquinación moralmente ilícita, constituye clara inobservancia de los principios de la formalidad y legitimidad de la prueba judicial y de la licitud de la prueba y el respeto a la persona humana. (negrilla propia)

En similar sentido, en la sentencia T-233 de 2007 la Corte se refirió a una acción de tutela interpuesta por una persona que participaba en política de quien fue grabada una conversación sin su consentimiento y que luego fue usada en su contra en un proceso penal.

En esa oportunidad la Corte debió decidir si dicha prueba era contraria al derecho a la intimidad. El razonamiento fue el siguiente:

“En esa medida, las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto.” (negrilla fuera de texto)

A partir de ello, en el caso concreto declaró la ocurrencia de un defecto fáctico por validación de una prueba ilícita y plasmó la siguiente conclusión:

“La recolección subrepticia de su imagen y la intención de capturar también su conversación –aunque finalmente el audio fue accidentalmente suprimido- en el escenario de una actividad que por razón del lugar donde ocurrió no estaba destinada a ser publicada o conocida por nadie más que por los interlocutores, indica que la captura de la imagen de su propia persona se hizo con violación de su derecho fundamental a la intimidad. Por tanto, dado que la grabación pretendió hacerse valer en el proceso penal, la misma incurre en inconstitucionalidad manifiesta y es nula de pleno derecho.”

La Sala considera que la grabación de la reunión que se hizo sin el consentimiento del procesado vulneró el derecho a la intimidad de éste en aspectos como el de la reserva de la propia imagen, la reserva de las comunicaciones personales y la reserva del domicilio –entendido en el sentido amplio pertinente al derecho a la intimidad-. En esas condiciones, la grabación no podía presentarse como prueba válida en el proceso y debió ser expulsada.” (negrilla fuera de texto)

En este caso fue además aplicado el precedente acerca de la no afectación de todo lo actuado, sino solo la exclusión de la prueba ilícita:

“Con todo, atendiendo a las consideraciones generales de la jurisprudencia, el hecho de que las autoridades competentes hayan admitido como prueba de cargo una prueba

manifiestamente inconstitucional no produce la invalidación automática del proceso penal. Tal como lo dice la Corte, es requisito para la invalidación del proceso que la decisión final haya tenido como fundamento la prueba ilícita. De lo contrario, si la convicción del funcionario se forma a partir de elementos probatorios distintos, independientes de la prueba o a los que se habría llegado por otras vías, puede admitirse la subsistencia del proceso, pese a la inconstitucionalidad de la prueba que debe expulsarse. En el caso concreto, esta Sala estima que la aducción y valoración de la prueba inconstitucional no afectó la decisión final condenatoria, o, por lo menos, su incidencia en la valoración de la responsabilidad del procesado no fue decisiva.” (negrilla fuera de texto)

Más adelante, en sentencia T-276 de 2015 esta Corporación se refirió a un caso en el que un senador de la República fue grabado sin su consentimiento en una reunión en su oficina. En esa oportunidad la Corte hizo una recapitulación de la protección del derecho a la intimidad desde el criterio espacial y de la manera en la que puede resultar vulnerado. En cuanto a la grabación de comunicaciones y su posterior aporte como prueba, reiteró lo dicho en sentencia T-233 de 2007 y llegó a la siguiente conclusión:

“5.7. De esta manera, se da lugar a las siguientes consideraciones en relación al alcance del derecho a la intimidad: (i) existen distintas esferas o ámbitos protegidos por esta garantía; (ii) el grado de intensidad de protección del derecho a la intimidad varía de acuerdo con el ámbito protegido y el carácter público o privado en que tenga lugar una determinada conducta; (iii) si bien los funcionarios públicos tienen un ámbito de protección más limitado en términos de derecho a la intimidad, ello no significa que los mismos estén expuestos a cualquier tipo de intromisión en su vida privada o en los espacios en los que desenvuelven sus actividades públicas; (iv) en principio, cuando la recolección de datos de voz o video se realiza sin el conocimiento y consentimiento de quien es grabado se afecta el derecho a la intimidad, a menos que se cuente con orden de autoridad judicial competente.” (negrilla fuera de texto)

A partir de ello, al resolver el caso concreto dijo que “la recolección del audio habría ocurrido en un espacio semi-privado, pues esta Corporación ha sostenido que lugares como las oficinas o sitios de trabajo tienen un carácter intermedio en la línea que divide los espacios públicos y totalmente privados”.

Como se desprende de estos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha venido decantando un estándar frente al uso de grabaciones no autorizadas como medios de prueba. Por regla general, se ha sostenido que ello resulta violatorio del derecho a la intimidad por lo que se constituye en una prueba inconstitucional a la que le aplica la regla de exclusión del artículo 29 superior. Si la prueba no es excluida se materializa también una violación al debido proceso.

5.2. Posición de la Corte Suprema de Justicia en materia penal

A lo largo del proceso disciplinario y de tutela las entidades accionadas manifestaron que la valoración de las grabaciones en el caso concreto se dio en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia según la cual la víctima de un delito puede grabar a su victimario durante la ocurrencia de la conducta y que dicha prueba es válida. Aseguran que esa doctrina puede ser trasladada al ámbito disciplinario por parte de quien resulta afectado con la conducta ilegal.

Al verificar los precedentes constitucionales citados más arriba, se aprecia que la excepción a la regla de exclusión aplicada por la Corte Suprema no ha sido analizada de fondo por la Corte Constitucional. Si bien en la sentencia T-233 de 2007 se hizo alusión expresa a ella, lo cierto es que se descartó su aplicación dado que los supuestos de hecho resultaban diferentes. En la oportunidad que ahora ocupa a la Corte existe una coincidencia que amerita una valoración bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Para ello, se hará una breve exposición de la línea jurisprudencial en materia penal y se analizará a la luz de los criterios que han sido expuestos en esta providencia. El mismo ejercicio se realizará con la forma en la que las otras Corporaciones han aplicado la regla penal.

En primer lugar, en sentencia de 2002 esa la Sala Penal hizo la siguiente afirmación:

“Lo mismo ocurre respecto de las grabaciones magnetofónicas, es decir, que nadie puede sustraer, ocultar, extraviar, o destruir una cinta magnetofónica o interceptar o impedir una comunicación telefónica, sin autorización de autoridad competente. Pero cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes. Esto por cuanto quien graba es el

destinatario de la llamada.”¹⁸ (negrilla fuera de texto)

En línea similar en 2013 dijo:

2.2.- De suerte que la víctima, por sí misma o por interpuesta persona, perfectamente puede hacer la grabación de voz o de imagen, cuando está siendo objeto de una conducta punible por parte de un tercero, y éste, prevalido de ese interés de perseverar en el ilícito fin propuesto, se expone a ser captado de una u otra manera por equipos tecnológicos fabricados para tales fines -registrar voces y/o imágenes-, y esa recopilación puede ser tenida como elemento de convicción lícito y con la virtualidad de ingresar a la actuación penal, sin ser sometida a control de legalidad alguno.

2.3.- La disidente advierte que la grabación se produjo en la oficina del implicado, con lo cual se viola el derecho a la intimidad, porque dicho espacio atiende a una extensión de su domicilio.

2.4.- Al respecto, se debe señalar, que la víctima cuenta con ese mecanismo para proteger sus derechos a la verdad, justicia y reparación y no está mediada por exigencias relativas a tiempo o espacio, ni condicionada a la ausencia de la noticia criminal, máxime cuando no demostró que en efecto se hubiera vulnerado la expectativa razonable de intimidad.”¹⁹ (negrilla fuera de texto)

En auto de ese mismo año se hizo una caracterización de los requisitos enlistados, así:

En ese contexto, acorde con la línea jurisprudencial citada, constituyen elementos esenciales para establecer en qué casos una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal: 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.”²⁰ (negrilla fuera de texto)

Dicho precedente fue reiterado en sentencia de 2020 donde se dijo:

“En este punto cabe precisar que frente a la lacónica referencia que hizo el demandante sobre la presunta violación del derecho fundamental a la intimidad del procesado al haber grabado su imagen en un video sin su consentimiento, la jurisprudencia de la Sala ha

admitido la validez de las grabaciones cuando las mismas son hechas por la víctima de un delito con el propósito de preconstituir la prueba de su ocurrencia”.²¹

A partir de estos precedentes es posible considerar que la anterior, en efecto, representa la posición decantada por la Corte Suprema en materia penal. Esta tesis, a los ojos de la Sala Plena de la Corte Constitucional, supera un juicio de razonabilidad estricto.

Sobre el grado de intensidad aplicable en este caso, esta Corporación ha identificado varios escenarios en los cuales procede con tal grado de intensidad, entre los cuales se encuentra cuando se “afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental”²². Según se ha explicado, este análisis tiene como propósito determinar

“(i) si la distinción prevista en la medida analizada persigue una finalidad imperiosa, urgente o inaplazable; (ii) si dicha distinción es efectivamente conducente para lograr esa finalidad; (iii) si la distinción es necesaria, en el sentido de que es el medio menos gravoso para lograr con el mismo nivel de eficacia la finalidad perseguida; y (iv) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios de adoptar la medida analizada exceden las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.”²³

El presente asunto denota, al menos en principio, una afectación grave del derecho fundamental a la intimidad, en la medida en la que se trata de la posibilidad de valorar como prueba grabaciones que han sido hechas sin el consentimiento de los participantes.

5.3. Postura de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

Adicional a los fallos atacados en esta acción de tutela, se aprecia que en oportunidades anteriores el Consejo Superior de la Judicatura ya había aplicado la idea de extender el concepto de víctima penal al plano disciplinario con la finalidad de admitir como prueba grabaciones hechas por los afectados con la conducta disciplinaria. En efecto, en fallo de 2015 había planteado las siguientes consideraciones:

“Quiere decir lo anterior que tal y como lo señala la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en caso de ilegalidad de la prueba corresponderá a Juez determinar si la irregularidad insustancial tiene la entidad jurídica de excluir la prueba, no obstante en tema de las grabaciones de conversaciones sin previa autorización, se admite como medio de

prueba siempre y cuando haya sido realizada por uno de los interlocutores de la misma y éste, sea víctima del actuar delictuoso del que ha sido grabado sin su permiso.

Siendo esto así, considera la Sala que las grabaciones aportadas por el quejoso en la audiencia de pruebas y calificación provisional, son válidas, en primer lugar porque del contenido de las mismas (ya estudiado) no se observa vulneración alguna al derecho fundamental de la intimidad, pues la conversación no versó sobre aspectos propios de la persona sino sobre el asunto negocial que tenía el disciplinable con el señor Beltrán Daza por el cobro de las letras. Adicionalmente, cabe aclarar que las mismas fueron aportadas en los términos procesales apropiados y puestos en conocimiento del disciplinable para que ejerciera el derecho de defensa de la mejor manera, por el quejoso quien es el perjudicado con la falsificación del endoso por parte del abogado.

En efecto, bajo estas circunstancias, tal y como lo adujo el a quo, constituyen esas grabaciones una prueba documental demostrativa de la intervención del togado en la elaboración del endoso falso, con el fin de cobrar la letra de cambio que le había otorgado su poderdante.”²⁴ (negrilla fuera de texto)

Como se aprecia, la Sala Jurisdiccional ha trasladado la regla penal y ha admitido la valoración de grabaciones presentadas por el quejoso cuando este es el perjudicado con la conducta sancionable. Ahora, como se mostrará en el caso concreto, la aplicación de este razonamiento sin mayores precisiones resulta problemática.

5.4. Postura de la Procuraduría General de la Nación.

El tema de la valoración de grabaciones realizadas sin el consentimiento de todos los participantes también ha sido abordado por la Procuraduría General de la Nación en conceptos y decisiones disciplinarias. Así, por ejemplo, en Concepto 13 del 9 de mayo de 2011 la entidad resolvió una consulta acerca de la viabilidad de valorar interceptaciones realizadas sin orden judicial dentro de procesos judiciales y administrativos. En esa oportunidad la entidad citó en extenso las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia T-233 de 2007, así como varias sentencias de la Corte Suprema, y dijo:

En conclusión, según la sentencia cuyos apartes han sido transcritos y en que se plasma la

postura jurisprudencial más reciente a la que la Procuraduría se acoge, las interceptaciones de comunicaciones mediante grabaciones magnetofónicas, sin orden judicial de la autoridad competente, por regla general, no tienen valor probatorio, debiendo aplicarse respecto de ellas las reglas de exclusión; sin embargo, excepcionalmente se les puede atribuir eficacia probatoria [a las interceptaciones] en procesos penales, disciplinarios, administrativos y civiles, cuando quien hubiere hecho la grabación sea víctima o sujeto pasivo de la conducta del otro.

Ahora bien, a la cuestión de si la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida. (SentenciaSU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

En consecuencia la anulación de proceso procederá exclusivamente cuando la decisión judicial o administrativa tiene como único fundamento la prueba ilegal o inconstitucional. (negrilla y aclaración en corchetes fuera de texto)

Como se aprecia, en este caso el Ministerio Público entendió como aplicable la excepción a la exclusión incluso en caso de interceptaciones cuando quien las haga sea la víctima.

En otro caso, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría se refirió a la siguiente pregunta: “¿Las excepciones a la regla de ilicitud de las grabaciones realizadas sobre las comunicaciones o imágenes privadas de otras personas sin que exista orden emanada de autoridad judicial competente o sin que medie su autorización, desarrolladas por la jurisprudencia constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pueden ser igualmente válidas en un proceso disciplinario?” A continuación, se transcribe en extenso el razonamiento presentado dada su pertinencia para el caso concreto:

“Para resolver este interrogante, repasemos nuevamente los criterios que fueron anteriormente expuestos y ajustémoslos al campo disciplinario.

En primer lugar, el principio de licitud de la prueba consistente en que «quien realice la

grabación haya participado en la comunicación documentada y sea víctima de la conducta presuntamente punible» debe ser entendido en el derecho disciplinario en aquellas situaciones en donde la persona que graba es un legítimo receptor de la información recibida por su interlocutor. Así, no hay duda, por ejemplo, de que el servidor público acosado, intimidado o coaccionado por otro servidor público puede grabar las conversaciones o las situaciones en que estos actos ocurran, teniendo el derecho a poner en conocimiento de una autoridad lo ocurrido y de adjuntar los registros fílmicos de dicha situación. Pero también, si una persona o servidor público tiene la condición de receptor legítimo y correlativamente no es un tercero ajeno a la conversación tiene el derecho de grabar o captar las imágenes y ponerlas en conocimiento de las autoridades y más cuando lo allí registrado tenga como hipótesis la presunta realización de una falta disciplinaria.

La razón de la aplicación de este principio radica en tres conceptos diferentes pero que acumulados posibilitan afirmar la licitud de estos medios: a. La condición de receptor legítimo, que es la persona que graba, capta las imágenes o permite la grabación de lo que se le está informando; b. En ningún caso la persona que graba o que autoriza a que se grabe puede ser un tercero ajeno a la conversación; y c. Que lo grabado o filmado tenga como hipótesis la posible realización de una falta disciplinaria.

En segundo lugar, en el derecho disciplinario también se debe tener en cuenta la protección del derecho a la intimidad de las personas. Es más, es posible que en este campo, a diferencia de lo que ocurre con el derecho penal, el juicio de análisis para la protección de este derecho sea más estricto.

En efecto, además de que debe haber un receptor legítimo de la información, persona que puede grabar o autorizar para que otra lo haga, se debe analizar el contenido de lo que fue registrado. Así, en ningún momento se podría autorizar la captación o grabación de aquellos aspectos íntimos de la persona, tendientes a su personalidad, religión, sexualidad o formas de pensar, entre otras; incluso, ni siquiera por esta vía se podría autorizar la captación de aquellas afirmaciones inculpativas por afectarse el derecho fundamental contenido en el artículo 33 de la Constitución Política. Para ello, solo se podrá aceptar el registro de aquellas actividades o afirmaciones que contengan datos que no hagan parte de la esfera privada de las personas.

Además, un criterio idóneo a tener en cuenta para analizar qué puede ser conocido o no por determinadas personas será la libre voluntad o disposición del emisor para que sus informaciones sean reveladas. Tal sucede, por ejemplo, cuando un servidor público en su ámbito personal se confiesa ante el ministro de su culto o de su respectiva religión y desea que lo que allí él diga no sea revelado o publicitado, lo que podría cobijar, incluso, aquellas informaciones que bien pueden no formar parte de su esfera íntima o personal.

En tercer lugar, el criterio de licitud consistente en que «las grabaciones deben ser realizadas por la víctima de un hecho punible o con su aquiescencia y que este tenga por objeto pre constituir la prueba del delito» debe ser entendido de la siguiente manera: por una parte, la persona autorizada a grabar tendrá que tener la condición de receptor legítimo de la información, la cual, en ese mismo contexto, también podrá autorizar a un tercero para que lo haga; y por la otra, una de las finalidades de la persona que graba o la que autoriza a hacerlo es que esa grabación tenga como propósito pre constituir la posible ocurrencia de una falta disciplinaria, pues esta legitimidad se explica en que los ciudadanos y la sociedad entera tienen el derecho de informarle a las instituciones las posibles infracciones de aquellas personas que los representan. En efecto, no de otra manera podría entenderse, pues los agentes públicos se deben a los demás ciudadanos, obviedad que puede encontrarse en el puro y correcto entendimiento de las expresiones utilizadas en este ámbito como lo son el servir y ser servidor.

En cuarto lugar y como atrás fue señalado, el juicio de ponderación entre los derechos e intereses en disputa en el campo del derecho disciplinario debe ser estricto. Así, siempre que se hagan grabaciones o captaciones de imágenes de los servidores públicos entrarán en conflicto el derecho a la intimidad y otros derechos como el de la información y el de que los ciudadanos estén seguros de la probidad, pulcritud, transparencia, rectitud, honradez, eficiencia y moralidad de los servidores públicos que los representan.

Para ello, la Sala estima que es acertado analizar primeramente si lo captado o registrado en las grabaciones afecta la intimidad del servidor público en términos de su órbita reservada, la cual debe estar a salvo del poder de intervención del Estado y de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, conforme a la jurisprudencia constitucional. Así, si lo captado o registrado no contiene la hipótesis de la presunta realización de una falta disciplinaria, al derecho disciplinario serán totalmente ajenas y extrañas aquellas grabaciones o registros de

situaciones personales, familiares o, incluso, empresariales que nada tengan que ver con el ejercicio del cargo u función que le compete a un servidor público.

Por otra parte, la Sala también estima acertado el criterio de la disponibilidad de la información a cargo de su titular, concretamente en si este desea que sea divulgada a cierto número de personas, asumiendo desde luego los riesgos que sus afirmaciones y actividades impliquen de cara al cumplimiento de los deberes funcionales que el cargo público le imponen. Así, por ejemplo, si un servidor público en su oficina lanza insultos o amenazas a cierto número de personas, ello no puede hacer parte de su intimidad; si un servidor invita o sugiere a un número de personas u otros servidores públicos a cometer actos irregulares, ello ya no podrá hacer parte de su esfera privada; igualmente y con relación al caso que está siendo analizado en el presente proceso, si un servidor público es sorprendido haciendo actos de proselitismo e indebida participación en política, ello tampoco hará parte de su esfera personal, como para pregonar una eventual intromisión a su intimidad.

En lo anterior se puede encontrar una forma correcta de ponderar el derecho a la intimidad frente al interés general que tiene cada persona dentro de una sociedad a que los servidores públicos se comporten conforme a los deberes que el cargo le impone. En tal sentido, a esto se debe circunscribir el concepto del «desdibujamiento» de la intimidad de las personas con proyección pública expuesto por la jurisprudencia, en el sentido de que los servidores públicos deben asumir el riesgo que implican sus afirmaciones, actividades y comportamientos, en cuanto ellas no hagan parte de su intimidad y sí tengan una estrecha relación con las funciones que juraron cumplir al momento de tomar posesión en el respectivo cargo.

En quinto lugar, para el derecho disciplinario también debe ser válida la consideración de que el derecho a la intimidad no puede patrocinar la realización de conductas ilícitas, las cuales necesariamente no tienen que corresponder siempre con conductas penales, pues si así fuera el derecho a la prueba y las excepciones a la regla de ilicitud de las grabaciones únicamente tendrían, de forma inexplicable, aplicación en el régimen general de sujeción, esto es, en el derecho penal. Sin duda, con esta particular postura se privilegiaría, de cierto modo, a las personas que adquirieron una condición de servidores públicos, calidad que comporta, además de las obligaciones que se derivan del cargo, todo un honor y una suerte de ventajas y beneficios que no están al alcance de cualquier persona del común. Así, si el

registro fílmico o las grabaciones contienen la hipótesis de la posible realización de una falta disciplinaria y se cumplen los demás requisitos que anteriormente fueron referidos, indefectiblemente tendrá que estimarme como lícitos dichos medios de prueba con vocación de poder demostrarse, desde luego, conductas con connotación disciplinaria.

Por las anteriores razones, la Sala Disciplinaria estima que las grabaciones realizadas sobre las comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, sin que exista orden emanada de autoridad judicial competente o autorización de la persona que está siendo grabada o captada, pueden ser admitidas en un proceso disciplinario, considerándose lícitos dichos medios probatorios, siempre y cuando la situación en cada caso se ajuste a los criterios atrás señalados, los cuales tienen sustento en la doctrina y jurisprudencia de los principales organismos judiciales de cierre, los que, a pesar de haber estado relacionados con conductas punibles, pueden y deben igualmente tener aplicación en el campo del derecho disciplinario²⁵. (negrilla fuera de texto)

Si se pretendiera sintetizar los seis requisitos expuestos por la Procuraduría, podría decirse que para esta es posible exceptuar la regla general de exclusión de la prueba cuando esta afecta el derecho a la intimidad, y por tanto admitir su valoración, cuando: i) la persona que graba es un legítimo receptor de la información recibida por su interlocutor; ii) no se trata de captación o grabación de aspectos íntimos de la persona, para lo cual se debe tener en cuenta la libre voluntad del emisor para que sus informaciones sean reveladas; iii) una de las finalidades de la persona que graba o la que autoriza a hacerlo es que esa grabación tenga como propósito pre constituir la prueba de la posible ocurrencia de una falta disciplinaria; iv) dado que se trata de una limitación a la intimidad, el juicio de ponderación con los otros intereses protegidos debe ser estricto; v) se debe tener en cuenta que el derecho a la intimidad no puede patrocinar la realización de conductas ilícitas; y vi) ante la falta de certeza sobre la licitud se debe aplicar el principio in dubio pro disciplinado.

5.5. Postura del Consejo de Estado

Finalmente, el Consejo de Estado también se ha referido al tema. En primer lugar, en sentencia de 2004 la Corporación resolvió en segunda instancia una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de una Resolución emitida por la DIAN en donde se sancionó disciplinariamente a dos funcionarios de la entidad. En la providencia se lee que el

proceso disciplinario giró en torno a una grabación presentada con la queja mediante la cual se pretendía probar el hecho. Allí se hizo alusión al precedente de la Sala Penal y se coligió así:

“De acuerdo con las citas jurisprudenciales concluye la Sala que era viable y legal acudir a las grabaciones magnetofónicas en el presente caso dado que como el quejoso estaba siendo víctima de un hecho punible, pues para devolverle la mercancía retenida se le exigía entregar como contraprestación a los funcionarios de la entidad determinada suma de dinero, el afectado podía preconstituir la prueba del delito sin necesidad de autorización de la autoridad competente, que fue lo que efectivamente hizo, en presencia de las autoridades de la DIAN.

Comparte la Sala el argumento del fallador de instancia relativo a que la prueba fue recaudada con el consentimiento expreso del particular que formuló la queja ante la DIAN.

De la misma manera la administración estaba plenamente facultada para grabar la conversación como única forma de obtener certeza respecto de la conducta punible desplegada por sus funcionarios.

La recepción de la prueba en la forma reseñada no vulneró el derecho a la intimidad personal de los investigados pues la irregularidad la perpetraron precisamente prevalidos de su condición de funcionarios de la DIAN, con el fin de obtener un provecho propio, solicitando dinero al infractor aduanero para la entrega de la mercancía decomisada.

Como dentro del plenario quedó plenamente probado que los actores incurrieron en conducta disciplinariamente censurable al solicitar y recibir dinero como contraprestación para entregar una mercancía decomisada, la presunción de legalidad del acto acusado sale avante y así las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

El hecho de que la justicia penal haya llegado a la conclusión de que la conducta imputada no constituye infracción penal, no implica que no pueda considerarse violatoria de normas disciplinarias, porque los dos conjuntos normativos no protegen los mismos valores. (negrilla fuera de texto)

En esa misma línea, esa Corporación mediante auto de 2016 dentro de un proceso

sancionatorio de pérdida de investidura analizó el valor probatorio de unas grabaciones realizadas sin el consentimiento de las personas en contra de quienes se aducían, frente a lo cual señaló que la posición se encontraba en línea con la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto indicó:

“En síntesis: el criterio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado, en línea con la jurisprudencia nacional, en relación con el valor probatorio de las grabaciones realizadas sin el consentimiento de las personas en contra de quienes aducen, es el siguiente: esas pruebas así obtenidas son nulas de pleno derecho, porque violan el derecho fundamental a la intimidad de las personas, salvo que: (i) sean practicadas por quienes se consideran víctima de un hecho delictivo; (ii) o su grabación se realice con el consentimiento o autorización de las víctimas; (iii) siempre que dichas pruebas se pretendan hacer valer en un proceso judicial en especial de naturaleza sancionatoria, con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la verdad a la justicia y a la relación de los daños causados a las víctimas con el hecho ilícito, en caso a que haya lugar.” 26 (negrilla fuera de texto)

Reiterando esa posición, en auto de 2017, también dentro de un proceso de pérdida de investidura, dijo que “Las grabaciones realizadas sin el consentimiento de las personas en contra de quienes aducen, tienen valor probatorio siempre que dichas pruebas se pretendan hacer valer en un proceso judicial, en especial de naturaleza sancionatoria como lo es el de pérdida de investidura, con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la verdad a la justicia”27.

Finalmente, en sentencia de 2017 dicho Tribunal resolvió una demanda de nulidad y restablecimiento de derecho contra una resolución de la Policía Nacional que impuso sanción disciplinaria y en la cual fueron utilizadas grabaciones como prueba del hecho. Allí el Consejo de Estado se refirió al precedente de la Corte Suprema de Justicia y planteó la siguiente explicación:

“Por consiguiente, siguiendo el anterior criterio jurisprudencial el cual dispone que, las personas que son víctimas de una conducta irregular, pueden grabar su propia imagen y/o voz en el momento en que sean sometidas por un delito, sin que requiera autorización judicial e iniciar con ese documento las acciones pertinentes; ello significa que cualquier persona puede preconstituir prueba para incoar no solo acciones penales, sino que deja

abierta la posibilidad para entablar acciones administrativas sancionatorias o civiles, pues lo importante aquí, es que con este medio probatorio se ponga en conocimiento de la autoridad competente el hecho irregular y se identifique al posible autor o autores de la irregularidad, circunstancia que también se hace extensiva en materia disciplinaria, ya que es a través de pruebas o indicios que puede iniciarse la investigación conforme lo establece el artículo 152 de la Ley 734 de 2002, sin que ello, signifique vulneración a derechos fundamentales”²⁸ (negrilla fuera de texto)

5.6. Conclusiones sobre el estándar de valoración de grabaciones hechas sin el consentimiento de todos los participantes en la conversación

El presente capítulo hizo un recuento de las líneas que han adoptado diferentes corporaciones frente a la validez de grabaciones hechas sin el consentimiento de todos los participantes cuando estas son presentadas como prueba dentro de procesos judiciales o administrativos. En primer lugar, se mostró que el precedente de esta Corte se inclina por aplicar la regla general de exclusión en el sentido de que “en principio, cuando la recolección de datos de voz o video se realiza sin el conocimiento y consentimiento de quien es grabado se afecta el derecho a la intimidad, a menos que se cuente con orden de autoridad judicial competente.”²⁹ Así, si la prueba no es excluida se viola el debido proceso.

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una excepción a esa regla en virtud de la cual “una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal: 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.”³⁰ Esa limitación a la intimidad, según se vio, es razonable y proporcional.

En cuanto a la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior, se vio que aquella ha sostenido que dicha grabación “se admite como medio de prueba siempre y cuando haya sido realizada por uno de los interlocutores de la misma y éste, sea víctima del actuar delictuoso del que ha sido grabado sin su permiso” ³¹. Lo anterior sin perjuicio de que en una oportunidad reconoció que “si bien en el derecho disciplinario no hay víctimas, sí existen perjudicados con las conductas anti éticas de los disciplinables” ³².

En cuanto a la postura de la Procuraduría, se pudo evidenciar que luego de un lapsus con respecto al caso de la interceptación de comunicaciones en 2011, en providencia de 2015 hizo un completo análisis de las razones que justificarían la utilización de estas grabaciones en los procesos a su cargo. Allí caracterizó los requisitos para la licitud de las grabaciones y dijo que estas serán válidas si: i) la persona que graba es un legítimo receptor de la información recibida por su interlocutor; ii) no se trata de captación o grabación de aspectos íntimos de la persona, para lo cual se debe tener en cuenta la libre voluntad del emisor para que sus informaciones sean reveladas; iii) una de las finalidades de la persona que graba o la que autoriza a hacerlo es que esa grabación tenga como propósito pre constituir la posible ocurrencia de una falta disciplinaria; iv) dado que se trata de una limitación a la intimidad, el juicio de ponderación con los otros intereses protegidos debe ser estricto; v) se debe tener en cuenta que el derecho a la intimidad no puede patrocinar la realización de conductas ilícitas; y vi) ante la falta de certeza sobre la licitud se debe aplicar el principio *in dubio pro disciplinado*.

Finalmente, en el caso del Consejo de Estado se revisaron algunas decisiones en nulidad y restablecimiento del derecho contra resoluciones disciplinarias y de procesos de pérdida de investidura. Para la entidad, “cualquier persona puede preconstituir prueba para incoar no solo acciones penales, sino que deja abierta la posibilidad para entablar acciones administrativas sancionatorias o civiles, pues lo importante aquí, es que con este medio probatorio se ponga en conocimiento de la autoridad competente el hecho irregular y se identifique al posible autor o autores de la irregularidad, circunstancia que también se hace extensiva en materia disciplinaria (...)”. Con ello se mantiene la postura de que la víctima de la conducta irregular está habilitada para recaudar la grabación con la finalidad de presentarla como prueba, aunque se destaca que lo relevante es poder poner en conocimiento de las autoridades el hecho.

Como se puede apreciar, en casi todos los casos estuvo presente el elemento víctima como sujeto habilitado para realizar las grabaciones. Como se verá en el caso concreto al revisar las decisiones objeto de demanda, la aplicación de esa lógica en materia disciplinaria resulta problemática y existen mejores razones para justificar la validez probatoria de grabaciones hechas sin el consentimiento de todos los participantes en una conversación.

1. Caso concreto

A partir del marco jurídico que fue explicado, pasa analizarse si en el caso concreto se configuró el defecto fáctico alegado por el señor Obdulio Muñoz respecto de los fallos disciplinarios que lo sancionaron. Para ello se seguirá la metodología de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales referida en el capítulo 3.

5.1. Requisitos generales de procedencia

El cumplimiento de los requisitos generales se justifica así:

a. En el presente asunto se cumplen los requisitos de legitimación, por pasiva, porque la entidad demandada es quien emitió el fallo atacado, y por activa, porque la tutela es presentada por quien resultó afectado por dicho fallo.

a. La cuestión tiene evidente relevancia constitucional ya que la grabación de conversaciones sin el consentimiento de los participantes implica una tensión entre varios intereses constitucionalmente protegidos, como lo son la búsqueda de la verdad, justicia y reparación, por un lado, y la intimidad y el debido proceso por el otro. Sumado a lo anterior, el presente caso presenta una evidente novedad en la medida en que la referida tensión se presenta en un ámbito frente al cual esta Corporación no ha emitido pronunciamientos específicos, como lo es el área disciplinaria. Como fue explicado en esta providencia, el debate sobre la utilización de grabaciones en procesos sin la autorización de los participantes en ellas se ha venido abordando principalmente desde la regla penal de exclusión. No obstante, trasladar ese planteamiento al área disciplinaria donde los supuestos de la responsabilidad no coinciden con aquellos representa un nuevo enfoque que confirma la relevancia constitucional del caso.

a. También fueron agotados todos los medios de defensa judicial, en la medida en la que al interior del proceso fueron puestos descargos, alegatos de conclusión, nulidad procesal y

apelación del fallo de primera instancia.

a. Se cumple el requisito de inmediatez ya que el fallo de segunda instancia fue proferido el 4 de marzo de 2020 y la acción de tutela fue puesta el 20 de agosto de ese mismo año. Sin perjuicio de que no es clara la razón por la que el actor se tomó cinco meses para solicitar el amparo, esta Sala considera que dicho tiempo tampoco resulta desproporcionado a efectos de cumplir el resquito.

a. La irregularidad procesal alegada tendría un efecto determinante en la sentencia que se ataca, en la medida en la que llevaría a la exclusión de las grabaciones que sirvieron de base para tener como probada la falta disciplinaria. Lo mismo ocurriría si se tiene como acreditada alguno de los otros errores alegados por el actor acerca de la apreciación irracional del resto del material.

a. Desde un punto de vista formal, la acción de tutela identifica razonablemente los hechos que generaron la vulneración, esto la valoración inconstitucional de las pruebas obrantes en el proceso, así como los derechos vulnerados, como lo son el de la intimidad y el debido proceso. Además, esos mismos alegatos fueron sostenidos y rechazados en la fase disciplinaria.

a. Los fallos atacados son de naturaleza disciplinaria y no sentencias de tutela.

5.2. Causales específicas. En el caso concreto no se configuró un defecto fáctico. Aunque el razonamiento utilizado es problemático, las grabaciones podían ser valoradas.

La Sala Plena encuentra que las autoridades disciplinarias, al haber extendido el criterio de víctima penal al ámbito disciplinario, aplicaron un razonamiento que constitucionalmente es equivocado. En efecto, la razón principal para admitir la valoración de las grabaciones

aportadas por Fandiño consistió en que aquel estaba siendo víctima de una conducta ilícita y que era participante en la conversación.

A pesar de ello, esta Corporación considera que trasladar el concepto de víctima penal en la forma de “perjudicados con las conductas anti éticas de los disciplinables”, sin mayor consideración, resulta problemático desde un punto de vista constitucional. En primer lugar, de la definición de víctima que trae el artículo 132 del Código de Procedimiento Penal se aprecia que aquellas son “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”³³.

Este aspecto de entrada implica un problema en el ámbito disciplinario en donde la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que técnicamente allí no existen víctimas dado que el bien jurídico protegido no es la justicia, verdad y reparación de las víctimas, sino la probidad en el servicio público. Así lo hizo saber en sentencia C-014 de 2004 donde respondió el problema jurídico de si “¿Es posible la existencia de víctimas de una falta disciplinaria? En caso positivo, ¿en qué supuestos?”. Al responder expuso:

En esa misma providencia se reconoció que “de manera excepcional puede hablarse de víctimas de una falta disciplinaria cuando de la infracción del deber que la constituye surge, de manera inescindible y directa, la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario”. Esta postura fue reiterada en sentencia T-473 de 2017, en donde se dijo:

“En definitiva, de conformidad con la normatividad vigente y los pronunciamientos en sede de control abstracto de constitucionalidad, por regla general, en el derecho disciplinario no pueden participar sujetos procesales en calidad de víctimas, en tanto las faltas disciplinarias que en él se investigan corresponden a infracciones de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, más no a la lesión de derechos subjetivos.

Sin embargo, solo de manera excepcional, es posible permitir que una persona participe como víctima de una falta disciplinaria en esa clase de procesos cuando de la infracción al deber funcional surge una vulneración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario. Esas víctimas o perjudicados pueden entonces

intervenir en el proceso disciplinario, no como meros interesados sino como verdaderos sujetos procesales con un interés legítimo y directo en las resultas de ese proceso.” (negrilla fuera de texto)

Esta Sala no desconoce que los anteriores razonamientos estuvieron encaminados a definir la calidad en la que una persona víctima de violaciones a derechos humanos o del derecho internacional humanitario puede participar dentro del proceso disciplinario. No obstante, el argumento es aplicable en la medida en la que la causa de dicha imposibilidad de participación es justamente que en derecho disciplinario por regla general no existe el concepto de víctima.

Entonces, si un elemento esencial en derecho penal para aportar grabaciones no consentidas es que sean realizadas por la víctima, siendo esta quien sufre un daño con la conducta, y en derecho disciplinario no hay víctimas porque los daños se le causan es a la administración pública, la consecuencia lógica es que trasladar el argumento sin mayores consideraciones presenta inconvenientes. Por ejemplo, usar el criterio de víctima penal implicaría que grabaciones que demuestren una falta disciplinaria pero que hubieren sido realizadas por quien no sufrió menoscabo con la conducta, simplemente tendrían que ser excluidas. También permitiría que el debate se centre en la ocurrencia del daño que en la comisión misma de la conducta.

Esta Sala encuentra que una lectura como esa sacrifica de manera excesiva la probidad en la función pública en favorecimiento de la intimidad de quien, por las mismas razones que en el derecho penal, la tiene limitada.

Sin perjuicio de ello, como pasa a explicarse, existen buenas razones para mantener como válidas grabaciones realizadas sin el consentimiento de todos los participantes cuando aquellas prueben la ocurrencia de una falta disciplinaria, siempre que se cumplan una serie de requisitos que garantizan una protección razonable del derecho a la intimidad.

En primer lugar, esta Sala concuerda con que quien realiza la grabación debe ser un receptor legítimo de la información. Esto implica que el registro solo puede ser realizado por alguien que efectivamente esté cubierto por la expectativa de intimidad de quien es grabado. Aplicando la jurisprudencia expuesta más arriba, esto implica que quien graba debe pertenecer al núcleo familiar, social o gremial en el que se genera la conversación, o estar

cubierto por el espacio público, semipúblico o semiprivado en donde esta tenga lugar. Esto descarta, por ejemplo, cualquier interceptación de comunicaciones sin autorización judicial o cualquier otra forma de registro por parte de terceros ajenos al espacio protegido.

Segundo, es necesario que quien aporta la conversación al proceso tenga la convicción de que su contenido demuestra la ocurrencia de una falta disciplinaria al momento de registrarla. Este criterio resulta más acorde con la protección a la intimidad que la extensión analógica del concepto de víctima penal. En este caso será necesario analizar el contenido del mensaje para verificar si aquel es conducente y pertinente para demostrar la ocurrencia de la posible falta, sin que sea necesario que se trate de una persona que sufra un daño con la misma.

Tercero, el grabado debe ser una persona que cumpla funciones públicas y que se encuentre en ejercicio de ellas. Sobre este aspecto, en sentencia T-787 de 2004 se dijo que “existe una tendencia creciente hacia el desdibujamiento de la intimidad en las personas con proyección pública, pues de sus actuaciones serán testigos, casi necesariamente el conglomerado universal de la sociedad”. Esta idea aplica en materia disciplinaria pues sus destinatarios son personas que justamente cumplen funciones públicas y de quienes es predicable ese desdibujamiento. Ahora, como se dijo en T-233 de 2007, “si bien los funcionarios públicos tienen un ámbito de protección más limitado en términos de derecho a la intimidad, ello no significa que los mismos estén expuestos a cualquier tipo de intromisión en su vida privada o en los espacios en los que desenvuelven sus actividades públicas”. Así, para proteger el núcleo esencial del derecho, de la permisión estarán excluidos espacios íntimos o cualquier otro que sea ajeno al cumplimiento de las funciones públicas.

Cuarto, la grabación no puede ser realizada de mala fe en el sentido de que corresponda a un plan malintencionado para inducir o manipular la comisión de la conducta. En estos casos la prueba es ilícita pero no porque la persona sea o no víctima de la falta, criterio que ha sido reevaluado en este fallo, sino porque es contraria a la dignidad humana al instrumentar al inducido para la obtención de un resultado punitivo. Claramente ese escenario excede absolutamente cualquier limitación razonable de la intimidad y debe ser castigada, no solo con la exclusión de la prueba, sino con las consecuencias penales que la conducta amerite.

En este punto es necesario matizar el argumento que tilda las grabaciones de ilegales por ser

“subrepticias”, entendido esto como secretas o sin avisar a los participantes del diálogo. Sobre este aspecto, esta Sala considera que carece de sentido que el receptor legítimo que tiene la firme convicción de que una conversación preconstituye prueba de la comisión de una falta disciplinaria deba avisar al presunto infractor sobre el registro para que esta pueda tener validez en un eventual proceso. Por el contrario, lo que hace a esa prueba pertinente y conducente es justamente que registre el momento espontáneo en el que el infractor comete a falta.

La regla que generan estos cuatro requisitos puede ser sometida incluso a un juicio de proporcionalidad estricto dada la limitación grave que puede generar sobre el derecho fundamental a la intimidad, similar a como se hizo frente a la tesis de la Sala Penal de la Corte Suprema. En primer lugar, se busca un fin constitucionalmente legítimo, importante e imperioso como lo es alcanzar los fines esenciales del Estado (artículo 2), la protección del interés general (artículo 1) y los principios de la función pública (artículo 209). La medida es legítima, adecuada y conducente para alcanzar ese fin dado que habilitar la grabación de personas que ejercen funciones públicas en el momento de cometer una conducta ilícita contribuye a contar con mejores elementos de juicio al momento de adelantar un juicio disciplinario encaminado justamente a alcanzar dichos fines. También es necesaria dado que en determinadas circunstancias difícilmente sea posible lograr evidencia probatoria más pertinente y conducente que una grabación para acreditar el hecho. Esto es especialmente claro si se tiene en cuenta que las violaciones a los deberes públicos suelen materializarse de manera secreta y difícil de detectar. Y, finalmente, la limitación no sacrifica de manera desproporcionada el derecho a la intimidad, dado que la validez de la grabación está sujeta a que: i) la realice un receptor legítimo cubierto por la expectativa de intimidad del grabado; ii) se tenga la convicción de que se registra la ocurrencia de una falta disciplinaria; iii) el grabado debe ser una persona que cumpla funciones públicas y que se encuentre en ejercicio de ellas; y iv) no puede realizarse de mala fe.

Esta ausencia de sacrificio excesivo a la intimidad se complementa con el giro argumentativo que propone esta sentencia frente a la ponderación que venía haciendo la Sala Jurisdiccional al trasladar la regla penal al ámbito disciplinario. Como se dijo, en el juicio penal los intereses en conflicto son, por un lado, la intimidad de quien es grabado versus la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito. Sin embargo, ese no puede ser el razonamiento en materia disciplinaria dado que allí la ausencia de víctimas (salvo la excepción explicada más

arriba) hace que los intereses en conflicto cambien. En este caso la intimidad debe ser ponderada con otros bienes constitucionalmente relevantes como la prevalencia del interés general (art. 1), el cumplimiento de los fines del Estado (art. 2) y los principios de la función pública (arts. 122 y siguientes), como también la búsqueda de la verdad procesal como garantía del debido proceso (art. 29).

En esos términos, la regla propuesta en esta providencia supera un juicio de razonabilidad estricto, en el sentido de que sus postulados generan una limitación al derecho a la intimidad que resulta razonable a la luz de la Constitución.

Bajo estas premisas pasa a decidirse si al haberle dado valor a las grabaciones en el caso concreto el Consejo Superior incurrió en un defecto fáctico. Sobre este aspecto, más arriba fue explicado que para que ello ocurra “es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta”³⁴. Ese requisito no se cumple en el caso concreto dado que las grabaciones presentadas por el quejoso igualmente superan los requisitos que fueron expuestos en esta providencia y, aunque por razones distintas a las expresadas por el Consejo Superior, sí podían ser valoradas.

En primer lugar, las grabaciones corresponden a llamadas entre Alfredo Fandiño y Obdulio Muñoz en el marco del proceso de liquidación de unas sociedades pertenecientes al primero y donde el segundo obraba como liquidador. Esto convierte a Fandiño en el receptor legítimo de la información revelada en las conversaciones.

Segundo, es plausible considerar que Fandiño tenía la convicción de que lo que estaba grabando tenía algún grado de ilicitud y esa fue justamente la razón por la cual consideró conveniente tener alguna evidencia que luego pudiera constituir como prueba. Esta Sala no desconoce que Alfredo Fandiño igualmente podría estar incurriendo en conductas ilegales. No obstante, en el fallo disciplinario fue explicado que del caso fueron compulsadas copias a la Fiscalía General de la Nación, aspecto que además excede el debate que aquí se surte por lo que no corresponde hacer menciones adicionales.

Tercero en su condición de liquidador Obdulio Muñoz se encontraba ejerciendo funciones públicas como auxiliar de la justicia, por lo que de este era predicable un desdibujamiento de

su intimidad.

Finalmente, en las grabaciones no se aprecia que Alfredo Fandiño estuviera induciendo o instigando la comisión de la falta disciplinaria. Sobre este aspecto, se recuerda que en la acción de tutela Obdulio Muñoz indicó que la intención del quejoso “no era otra que poder ejercer presiones indebidas con ellas, para sus propios intereses (...)”. Para el actor, las pruebas que acreditan esta mala fe son los correos electrónicos cruzados con Fandiño en donde, en su sentir, queda probada la instigación ejercida. Para analizar el punto, a continuación se transcribe lo dicho por el actor en la acción de tutela con la finalidad de determinar si de allí se desprende la mala fe aludida:

“Como está demostrado, la intención del señor FANDIÑO GONZÁLEZ, al realizar las grabaciones no era otra poder ejercer presiones indebidas con ellas, para sus propios intereses y basta con analizar los correos electrónicos ya citados, los cuales me permito repetir por la importancia de los mismos en el presente asunto.

* Correo de fecha 18 de Marzo de 2013, me amenaza con darle a conocer a los acreedores unas grabaciones porque según él, yo no le he atendido a sus inversionistas, al decirme que “...LE PONEMOS PRIMERO LAS GRABACIONES DE CADA UNA DE ELLAS para que ellos y la superintendencia se tomen su propio criterio...”

* Correo Electrónico de fecha 27 de Agosto de 2013, bajo el supuesto de que yo estoy ayudando a un acreedor, me dice “...dibújela como quiera a qui no es de pago, el sr Orlando Vargas de común acuerdo con usd le presento a tiempo lo requerido y no extemporáneo fue a tiempo (sic).”

* Correo Electrónico de fecha 8 de Septiembre de 2013, a las 5.47 p. “...como cree usd que algo se pueda programar con las herramientas que le dio a Velázquez NECESITAMOS UNA ACCIÓN SUYA QUE ECHE ABAJO TODO Y SE VUELVA A INICIAR TODO” (mayúsculas fuera del texto)

* Correo Electrónico de fecha 26 de Septiembre de 2013, a las 8.20 p.m. "... hable con el apoderado, el cual se siente muy fortalecido por usd lo cual estamos seguros de eso no tiene ninguna intención decente, como de costumbre, cree y tal vez usd SIGUE PENSANDO LO MISMO QUE YO ME VOY A QUEDAR QUIETO ENTE EL DETRIMENTO PROGRAMADO DEL PATRIMONIO DE FAMILIA..." ..."(mayúsculas fuera del texto)

* Correo electrónico de fecha 29 de Octubre de 2013, el señor Javier FANDIÑO GONZÁLEZ, por primera vez, me adjunta una grabación, pues anteriormente solo había hecho alusión a ellas, para amedrentarme, a fin de que YO accediera a su querer, y en forma amenazante me dice que "...ECHE ABAJO TODO Y SE VUELVA A INICIAR TODO..."(mayúsculas fuera del texto)

DE ACUERDO CON LO EXPUESTO, MAL PODRÍA DÁRSELE VALIDEZ A UNAS GRABACIONES, REALIZADAS DE MANERA AMAÑADA, ENGAÑOSA Y CON FINES FRAUDULENTOS, DE AHÍ QUE LAS MISMAS CARECEN DE CUALQUIER VALOR PROBATORIO."

Al igual que los jueces de tutela de instancia, esta Sala no encuentra que con las referencias esbozadas por el actor quede evidenciada una inducción, instigación o manipulación a la comisión de la falta. En efecto, de las frases transcritas por el accionante no se aprecia que Fandiño estuviera haciendo provocaciones o entrampamientos como sugiere la tutela. Tampoco con ello se prueba una manipulación a Obdulio Muñoz para que cayera en una trampa o realizara una conducta que no tuviera la intención de cometer. Por el contrario, lo que sí dejan entrever es que existió un escenario en el que dos participantes en una conducta presuntamente ilícita se encontraban teniendo diferencias. Como es obvio, estas consideraciones en nada justifican el proceder de Alberto Fandiño respecto del cual, sin que sea el objeto de este fallo, se puede apreciar también un tinte de presunta ilegalidad. No obstante, ello será investigado por la autoridad competente en virtud de la compulsas de copias ya mencionada.

Incluso, en aras de la suficiencia, es posible reconocer que de las propias conversaciones tampoco es posible reconocer un entrampamiento por parte de Fandiño sino que, por el

contrario, aquellas denotan la existencia de la falta que fue reconocida y sancionada por la autoridad disciplinaria. En este punto pueden traerse nuevamente los extractos de las conversaciones que fueron utilizados por el Consejo Superior y luego destacados por los jueces de tutela de instancia:

“OMR: porque lo que yo puedo hablar con su abogado y yo le cuadro unas ideas de cómo podemos hacer para que ese paso se demore un poquito”; “OMR: sí, sí, yo puedo digamos a través de mis amigos hablar en la super para que ellos no agilicen esto, a ver si ellos nos ayudan de que ehh, de que saquen la decisión en estos días, y se demoren 15 días para sacarlo.”; JFG: no quiero que vayamos a tener choques que te diga necesito que me consigas 10 millones y tu del apretamiento tan verraco entonces que eso quede claro de ese 1%, cómo te lo pago es yendo ahí en el negocio; OMR: “No hermano yo meterme en un negocio no me meto”. JFG: No en el negocio no ir a la fiducia donde la fiducia te deba a ti esa plata a la persona que tú digas esto entra a la fiducia y la fiducia le está debiendo a alguien 1% al que yo le diga; OMR: “Y cuándo paga la fiducia ese 1%?, cuando se desarrolle ese proyecto”; JFG: Eh no ese le buscamos para que salgan unos recursos”; OMR: “Si porque una vaina un proyecto con todo respeto otra vaina hasta que se venda”

De esta forma, el requisito de la ausencia de mala fe se cumple incluso ante la posibilidad de que Fandiño hubiera incurrido en conductas ilícitas, pues de ello no se desprende que estuviera manipulando a Muñoz Ramos para cometer la falta por la que fue sancionado.

Teniendo en cuenta estos elementos, hasta aquí es posible concluir que: i) el razonamiento utilizado por el Consejo Superior acerca de la afectación de Fandiño con la conducta disciplinaria no es un buen argumento para haber tenido como lícitas las grabaciones que aportó en contra de Obdulio Muñoz; ii) el cumplimiento de los requisitos expuestos en este fallo proporciona mejores razones para tener como válidas estas grabaciones; y iii) sin perjuicio de que el razonamiento planteado por el Consejo Superior en el fallo atacado debe ser reevaluado, lo cierto es que el yerro cometido no configura un defecto fáctico dado que no tiene la entidad de provocar una decisión opuesta, justamente porque, aunque por razones diferentes, las grabaciones podían ser igualmente valoradas.

5.3. Análisis de los demás reproches. Los jueces disciplinarios no incurrieron en una valoración arbitraria o irracional.

Resta determinar si, dada la validez de las grabaciones, se configuran los demás errores que fueron mencionados por el actor en la tutela. Como ha sido expuesto, aquellos deben ser evidentes, arbitrarios y objetivamente irracionales para que proceda la intervención del juez constitucional, lo cual además en este caso es más estricto dado que se trata de una providencia dictada por el órgano de cierre de la jurisdicción disciplinaria. No obstante, como pasa a exponerse, ello tampoco ocurre en el presente caso.

Frente a los audios y la posibilidad de que hubieran sido alterados, los jueces disciplinarios decretaron la práctica de un dictamen pericial del cual se dijo en el fallo de segunda instancia que “arroja que ninguno de los audios se encontraron características o discontinuidades que indiquen que los mismos fueron alterados o editados”.

Sobre la falta de valoración de los testimonios, se aprecia que en el fallo de primera instancia estos fueron transcritos y analizados, y de ellos se dijo que si bien los “apoderados de los acreedores, dan fe que el liquidador les comentaba de sus reuniones con el señor Fandiño, quien además propició encuentros entre ellos, esto no es óbice para concluir que evidentemente no los tuvo al tanto de todos y cada uno de los detalles y sobre todo de las conversaciones que sostenía con el señor Fandiño y que fueron objeto de controversia en esta investigación disciplinaria”. Estas Transcripciones fueron reiteradas y despachadas en el fallo de segunda instancia, por lo que el punto igualmente no tiene fundamento.

En cuanto a la falta de valoración de los correos electrónicos para desvirtuar la condición de víctima de Fandiño, ya quedó dicho que, si bien no hubo una valoración exhaustiva en sede disciplinaria, lo cierto es que de su contenido no es posible evidenciar que aquel estuviera instigando, incitando o manipulando la comisión de la falta. Por el contrario, se puede considerar que se trató de una serie de disgustos al interior de una relación que tenía como objetivo incurrir en actuaciones irregulares dentro del proceso de liquidación, lo cual tendrá que ser objeto de análisis por la autoridad competente. Así, es claro que aún cuando se hubieran hecho alusiones adicionales sobre los correos, es claro que ello no habría tenido la capacidad de generar una decisión diferente a la adoptada.

Que no se hubiera incurrido en ninguna de tales arbitrariedades descarta igualmente la violación del principio *In dubio pro reo*, la presunción de inocencia y la duda razonable, en la medida en la que la argumentación planteada por los jueces disciplinarios estuvo basada en

un análisis razonable del material probatorio, con las precisiones que fueron hechas en esta providencia.

Con las anteriores consideraciones, y teniendo claro que el juez de tutela solo le corresponde actuar si encuentra una valoración probatoria tan absurda que implique una violación al debido proceso, la Sala Plena considera que no existió tal arbitrariedad en los fallos atacados y, en el único punto en el que le podría asistir razón al actor consistente en la poca valoración de los correos, lo cierto es que ello no tiene la entidad para generar un sentido opuesto en la decisión atacada.

Así las cosas, se procederá a confirmar la decisión tomada por las sentencias de tutela, pero a partir de las consideraciones expuestas en esta providencia. Lo anterior en el sentido de dejar en firme los fallos disciplinarios que sancionaron a Obdulio Muñoz.

1. Síntesis y regla de decisión

En el presente asunto la Sala Plena debió resolver dos problemas jurídicos. Primero, si constituyó una violación al debido proceso el que el Consejo Superior de la Judicatura le diera valor probatorio a grabaciones realizadas por el quejoso sin contar con el consentimiento del disciplinado, bajo el argumento proveniente del derecho penal de que fueron hechas por quien resulta perjudicado con la conducta. Y segundo, de ser procedente dicha valoración, si el análisis del resto del material probatorio fue tan caprichoso y arbitrario que configuró un defecto fáctico.

Frente a lo primero la Sala concluyó que el traslado de la regla aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema de que la grabación es lícita cuando se es parte de la conversación y víctima de la conducta punible, es constitucionalmente problemática en derecho disciplinario. Ello por cuanto por regla general en esa área punitiva no existe el concepto de víctima. Sin embargo, la Corte en este fallo encontró que existen mejores razones para tener como validas tales grabaciones como lo son que: i) las realice un receptor legítimo de la información cubierto por la expectativa de intimidad del grabado; ii) se tenga la convicción de que se registra la ocurrencia de una falta disciplinaria; iii) el grabado sea una persona en ejercicio de funciones públicas; y iv) no se realicen de mala fe o con la intención de instigar o

manipular la comisión de la conducta.

En el caso concreto se encontró que, a pesar de que la autoridad disciplinaria trasladó la regla penal, no se configuró un defecto fáctico en la medida en la que las grabaciones aportadas igualmente superan los anteriores requisitos. Así, aún cuando el razonamiento del fallo atacado debe perder vigencia, el giro argumentativo contenido en esta sentencia no tiene la entidad para generar una decisión disciplinaria opuesta a la adoptada, lo cual descarta la violación al debido proceso.

Frente al segundo problema jurídico, se concluyó que tampoco se configuró un defecto a partir de las demás quejas presentadas en la tutela, dado que en la valoración hecha por los fallos atacados no se evidenció una actuación arbitraria o irrazonable.

En consecuencia, la Corte confirmará las sentencias que negaron la acción de tutela presentada por Obdulio Muñoz en contra de los fallos que lo sancionaron.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- Por las razones expuestas en esta providencia, CONFIRMAR las sentencias de tutela dictadas el 14 de septiembre de 2020 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B y el 26 de noviembre de 2020 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que negaron en primera y segunda instancia, respectivamente, la acción de tutela presentada por Obdulio Muñoz Ramos.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, LIBRAR las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DISCIPLINARIO-Se debió precisar que serán válidas las grabaciones aportadas por quien tenga “interés legítimo” en la actuación del servidor público investigado (Aclaración de voto)

Referencia: Sentencia SU-371 de 2021

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. Esto, porque, si bien comparto la decisión adoptada en el caso concreto, disiento de una de las reglas de decisión dispuestas por esta sentencia. En concreto, la Sala Plena consideró que las grabaciones aportadas en un proceso disciplinario serán válidas si y solo si fueron llevadas a cabo “por alguien que efectivamente esté cubierto por la expectativa de privacidad de quien es grabado”. A juicio de la Sala, esto implica que “quien graba debe pertenecer al núcleo familiar, social o gremial en el que se genera la conversación, o estar cubierto por el espacio público, semipúblico o semiprivado en donde esta tenga lugar”.

1. Esta aclaración de voto se funda en que, en mi criterio, la Sala Plena ha debido precisar el alcance de la última sección de la referida regla. Esto, para precaver interpretaciones equivocadas de la misma. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha reiterado, de manera uniforme, que, en espacios públicos, semipúblicos y semiprivados, “la expectativa de privacidad se reduce, dado que las personas no pueden considerar válidamente que su actividad se encuentre resguardada absolutamente de la interferencia de otros”³⁵. Por tanto, resultaría impreciso sostener que se configura una expectativa de privacidad en todo escenario “cubierto por el espacio público, semipúblico o semiprivado en donde esta tenga lugar”.

1. Por consiguiente, considero que la Sala Plena ha debido precisar que, en el marco de un proceso disciplinario, serán válidas las grabaciones aportadas por quien tenga “interés legítimo” en la actuación del servidor público investigado. Esto, por supuesto, salvo que las grabaciones sean obtenidas por medios ilícitos, dado que se reputarían prueba ilícita y, por tanto, no podrían ser objeto de valoración.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA SU371/21

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DISCIPLINARIO-Juez constitucional debe limitar el análisis a la admisibilidad de la prueba cuestionada (Aclaración de voto)

El rol del juez constitucional debe restringirse a controlar excesos y no a establecer reglas

generales para determinar en un caso preciso la admisibilidad de una prueba. (...) el análisis de la ilicitud de la prueba debe ser caso a caso, y el juez disciplinario, en su autonomía, debe a entrar a analizar si una grabación atenta contra los derechos fundamentales del disciplinado sin atenerse a unas reglas rígidas, que pueden desconocer las particularidades del caso e impedir, en últimas, la correcta administración de justicia

Referencia: Expediente T-8.092.147

Asunto: Revisión de las sentencias proferidas dentro del proceso de tutela promovido por Obdulio Muñoz Ramos contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, me permito aclarar mi voto respecto de la sentencia de la referencia. Comparto lo decidido en cuanto a que Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en la sentencia del 4 de marzo de 2020, no incurrió en defecto fáctico al valorar las grabaciones hechas por el quejoso -sin contar con el consentimiento del disciplinado-, bajo el argumento proveniente del derecho penal de que fueron hechas por quien resulta perjudicado con la conducta. De la misma manera, concuerdo con que, en dicho caso, la autoridad judicial no violó el debido proceso en su ejercicio de valoración del resto del material probatorio.

No obstante, frente a la admisión de las grabaciones, la sentencia ha debido limitarse a estudiar si, en efecto, el Consejo Superior de la Judicatura valoró en sede disciplinara una prueba ilícita por violar los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del disciplinado. El rol del juez constitucional debe restringirse a controlar excesos y no a establecer reglas generales para determinar en un caso preciso la admisibilidad de una prueba. Si bien estoy de acuerdo con que en materia disciplinaria no es del todo aplicable la jurisprudencia formulada en sede penal para admitir grabaciones, considero que las reglas que el proyecto establece son impertinentes y constituyen, a lo sumo, un obiter dicta, pero en ningún caso deben servir de fundamento para que las autoridades disciplinarias estudien la admisibilidad de este tipo de pruebas.

Además, considero que dichas reglas son en extremo específicas e impiden que, en ciertos supuestos, puedan admitirse grabaciones que, a mi juicio, no atentan contra los derechos fundamentales. Por ejemplo, si únicamente son admisibles grabaciones de personas en

ejercicio de funciones públicas, se dejan de lado posibles grabaciones a intermediarios que actúen por mandato de dichas personas.

Reitero, por tanto, que el análisis de la ilicitud de la prueba debe ser caso a caso, y el juez disciplinario, en su autonomía, debe a entrar a analizar si una grabación atenta contra los derechos fundamentales del disciplinado sin atenerse a unas reglas rígidas, que pueden desconocer las particularidades del caso e impedir, en últimas, la correcta administración de justicia

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA SU-371 DE 2021

Expediente: T-8.092.147.

Acción de tutela presentada por Obdulio Muñoz Ramos en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrada Sustanciadora:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

1. Con el respeto acostumbrado a las sentencias adoptadas por la Corte Constitucional, aclaro mi voto respecto de lo decidido por la Sala Plena en la Sentencia SU-317 de 2021. Aunque comparto la decisión adoptada, me aparto de algunos aspectos de la motivación del fallo.

1. El expediente de la referencia corresponde a una acción de tutela interpuesta por el señor

Obdulio Muñoz Ramos en contra de una providencia judicial proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En esa decisión, la autoridad judicial sancionó disciplinariamente al accionante por haber incurrido objetivamente en las conductas de cohecho propio, asesoramiento y otras conductas ilegales, las cuales configuran la falta gravísima prevista en el numeral 1º del artículo 55 de la Ley 734 de 2002³⁶. El peticionario alegó la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Según el accionante, la autoridad judicial demandada valoró, como parte del acervo probatorio, unas grabaciones realizadas por el quejoso sin su consentimiento, las cuales eran ilegales. Explicó que, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura argumentó que, en materia penal, las grabaciones realizadas por la víctima del delito, sin el consentimiento del sujeto activo de la conducta, constituyen medios de prueba lícitos. Lo anterior, siempre que tengan la intención de preconstituir una prueba para efectos del proceso penal. En su criterio, esa regla resulta trasladable al derecho disciplinario. De manera que, las cintas allegadas al proceso eran un medio de prueba lícito porque fueron realizadas por quien resultó afectado por la conducta, con la convicción de demostrar la comisión de una falta disciplinaria.

En todo caso, para el demandante, los correos electrónicos y testimonios recaudados en el proceso descartan que el quejoso tuviera la condición de víctima. Por esa razón, la autoridad judicial demandada debió excluir las grabaciones de la valoración probatoria realizada en el proceso. Al no hacerlo, incurrió en defecto fáctico. En ese sentido, solicitó el amparo de su derecho fundamental al debido proceso; y, como consecuencia de ello, dejar sin efectos las decisiones adoptadas por la autoridad judicial accionada o disponer la exclusión de los medios de prueba aludidos.

1. En sede de revisión, la Sala Plena cuestionó si la valoración de las grabaciones realizadas por el quejoso, sin el consentimiento del disciplinado, bajo el argumento proveniente del derecho penal de que fueron hechas por quien resulta afectado por la conducta, vulneró el derecho al debido proceso del accionante por haber incurrido en un defecto fáctico. Al resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación concluyó que resulta constitucionalmente problemático trasladar la regla jurisprudencial propia del derecho penal

al derecho disciplinario. Este Tribunal advirtió que, según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, las grabaciones son lícitas cuando las realiza uno de los partícipes de la conversación, quien, a su vez, ostenta la condición de víctima de la conducta punible. Sin embargo, en el derecho disciplinario, por regla general, no existe el concepto de víctima. Por lo tanto, esa regla jurisprudencial no es aplicable a las decisiones de orden disciplinario.

A pesar de lo anterior, la Sala consideró que, en todo caso, existen buenas razones para tener como válidas las grabaciones realizadas sin el consentimiento de todos los participantes, cuando aquellas demuestren la comisión de una falta disciplinaria. Lo anterior, siempre que esos medios de prueba cumplan con varios requisitos para garantizar la protección razonable del derecho a la intimidad. En concreto, para que las grabaciones de esas características puedan valorarse en el proceso disciplinario deben ser realizadas por un receptor legítimo de la información, cubierto por la expectativa de intimidad del grabado. Esto quiere decir que “quien graba debe pertenecer al núcleo familiar, social o gremial en el que se genera la conversación, o estar cubierto por el espacio público, semipúblico o semiprivado en donde esta tenga lugar. Esto descarta, por ejemplo, cualquier interceptación de comunicaciones sin autorización judicial o cualquier forma de registro por parte de terceros ajenos al espacio protegido”. Adicionalmente, es necesario que: (ii) quien graba tenga la convicción de que registra la ocurrencia de una falta disciplinaria; (iii) la persona grabada sin su consentimiento debe estar en ejercicio de funciones públicas; y, (iv) las grabaciones deben estar amparadas por el principio de buena fe. Es decir, no deben tener la intención de instigar o manipular la comisión de la conducta.

Con fundamento en lo anterior, al resolver el caso concreto, concluyó que, a pesar de que la autoridad disciplinaria trasladó la regla penal, no incurrió en el defecto fáctico alegado. Explicó que las grabaciones aportadas cumplieron con los requisitos establecidos para proteger la intimidad del accionante. De esta manera, para la Sala, la argumentación contenida en la sentencia de revisión no tiene entidad suficiente para generar una decisión disciplinaria opuesta a la adoptada. Por lo tanto, la accionada no vulneró el derecho al debido proceso del sujeto disciplinado.

Adicionalmente, este Tribunal estudió si el análisis de las demás pruebas allegadas al proceso fue caprichoso o arbitrario. Al respecto, la Sala Plena concluyó que los fallos atacados no evidencian una actuación irrazonable, ni contraria a los postulados de la libertad

de valoración probatoria. En consecuencia, confirmó las sentencias que negaron la acción de tutela presentada por Obdulio Muñoz en contra de los fallos que lo sancionaron.

Esta aclaración de voto se fundamenta en los siguientes argumentos:

1. Estoy de acuerdo con la mayoría al concluir que trasladar la regla aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al derecho sancionador es constitucionalmente problemático. En efecto, en el derecho penal, la admisibilidad de esas grabaciones, está dada por las dificultades que afrontan las víctimas para demostrar la ocurrencia de delitos que les ocasionaron daños. En especial, porque ese tipo de conductas suelen ocurrir en espacios privados que impiden la presencia de testigos y facilitan las actuaciones de los delincuentes para ocultar los rastros de sus actuaciones ilícitas. Sin embargo, tal y como lo expuso la sentencia de la referencia, la jurisprudencia ha aclarado que en el ámbito disciplinario no existen víctimas en sentido estricto. Lo anterior, porque el derecho sancionador pretende proteger la probidad del servicio público, más no el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

De igual forma, comparto que, a pesar de lo anterior, las grabaciones realizadas sin el consentimiento del sujeto disciplinable son lícitas. Lo anterior, siempre que se garanticen unos mínimos de protección del derecho a la intimidad. En concreto, debe garantizarse que quien graba: (i) sea un receptor legítimo de la información, cubierto para la expectativa de intimidad del servidor público; (ii) tenga la convicción de que registra una falta disciplinaria; y, (iii) actúe de buena fe, sin querer manipular o instigar la comisión de la conducta. Adicionalmente, (iv) la persona grabada debe estar en ejercicio de funciones públicas.

1. En todo caso, también advierto que la problemática expuesta amerita consideraciones adicionales relacionadas con dos ejes fundamentales: (i) la distinción entre las grabaciones de conversaciones y la interceptación de comunicaciones; y, (ii) el examen que deben adelantar los jueces para determinar quiénes serían los receptores legítimos de la información.

La distinción entre las grabaciones de conversaciones realizadas por una de las partes y la interceptación de comunicaciones por parte de un tercero

1. El centro de la discusión de este proceso es establecer la validez de las grabaciones realizadas por el quejoso sin el consentimiento del sujeto disciplinable como medios de prueba en los procesos disciplinarios. La posición adoptada por la Sala Plena fue afirmativa. Para la Corte, un quejoso puede presentar como prueba válida las grabaciones que realizó de conversaciones que sostuvo con el sujeto disciplinario sin su consentimiento.

1. Uno de los fundamentos de la decisión fue el Concepto 13 del 9 de mayo de 2011 emitido por la Procuraduría General de la Nación. En esa oportunidad, el Ministerio Público resolvió una consulta acerca de la viabilidad de valorar interceptaciones realizadas sin orden judicial dentro de procesos judiciales y administrativos. Consideró que, excepcionalmente, las interceptaciones de comunicaciones pueden ser pruebas lícitas, siempre que sean realizadas por la víctima o el sujeto pasivo de la conducta. Con fundamento en esa decisión, la Sala Plena señaló que para el ente disciplinario la regla de exclusión no es aplicable al caso de las interceptaciones cuando las ejecute la víctima. En todo caso, posteriormente, manifestó que ese concepto fue un “lapsus” del Ministerio Público.

1. En mi criterio, el concepto de grabaciones de conversaciones propias no puede equipararse indebidamente al de interceptación de comunicaciones. En efecto, el artículo 15 superior consagra el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada. Este precepto constitucional supone que las personas tienen una esfera personal para su desarrollo personal y privado. Ese ámbito personalísimo del sujeto está libre de intromisiones de terceros y del Estado³⁷. Con todo, ningún derecho fundamental es absoluto. La misma Carta admite que ese derecho puede ser objeto de limitaciones. En relación con la inviolabilidad de las comunicaciones, establece que las conversaciones privadas pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades establecidas por la Ley³⁸.

1. Tal y como lo reiteró la Sentencia C-014 de 2018³⁹, el Constituyente estableció que los procedimientos que impliquen limitaciones a la intimidad personal deben: (i) estar consagrados en la ley; y, (ii) ser aplicados con fundamento en una orden judicial. Sin embargo, con la introducción del Sistema Penal Acusatorio al país, el artículo 250 superior estableció una excepción a esa regla general. Según esa disposición, la Fiscalía General de la Nación puede adelantar algunas diligencias que limitan el derecho a la intimidad de las personas sin orden judicial previa. Tal es el caso de las interceptaciones de comunicaciones. Con todo, el desarrollo de esas actuaciones será objeto de control posterior dentro de las 36 horas siguientes por parte del juez de control de garantías⁴⁰.

1. La interceptación de comunicaciones fue reglamentada en los artículos 235 y 237 de la Ley 906 de 2004, modificados por los artículos 52 y 68 de la Ley 1453 de 2011. Esas disposiciones establecen que el fiscal de conocimiento podrá ordenar la interceptación de las comunicaciones relacionadas con los fines de la investigación penal. Lo anterior, con el fin de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física y la ubicación de los imputados, indiciados o condenados. Esa orden tendrá vigencia de 6 meses. Su prorroga estará sometida al control previo del juez de control de garantías⁴¹.

La operación técnica de esta actividad de investigación deberá adelantarla la policía judicial, quien podrá recurrir a las grabaciones magnetofónicas o similares⁴². Una vez concluya el procedimiento, la policía judicial deberá rendir un informe. A partir de ese momento, el fiscal cuenta con un término de 24 horas para acudir al Juez de Control de Garantías para que revise la legalidad de la actuación⁴³. La jurisprudencia ha establecido que la labor de esa autoridad judicial es verificar que el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos durante la actuación. En concreto, debe establecer si la medida cumplió con los presupuestos del principio de proporcionalidad⁴⁴.

1. En atención a la importancia de proteger la inviolabilidad de las comunicaciones, el Legislador tipificó la interceptación de comunicaciones sin orden judicial, cuando no es

ejecutada por la Fiscalía General de la Nación. En efecto, el artículo 269 C del Código Penal dispone: “[e]l que, sin orden judicial previa intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses”.

1. A partir de lo expuesto, es posible concluir que la interceptación de comunicaciones es una verdadera excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Esta actividad solo puede ser realizada en el marco de los procesos penales, por la Fiscalía General de la Nación en conjunto con la policía judicial, bajo las condiciones previstas por la Constitución y la ley. En ningún caso, los particulares pueden registrar la información de las conversaciones que sostienen otras personas. Ni siquiera cuando se trata de las víctimas de un delito.

Tal y como lo ha reconocido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵, esa actividad de investigación no puede confundirse con las grabaciones que una persona hace de las conversaciones que sostiene con un sujeto disciplinable, bajo de la absoluta convicción de que registra la posible comisión de una falta disciplinaria. En este escenario, quien graba es uno de los titulares del derecho a mantener la inviolabilidad de la conversación. Además, está persona lo hace con la convicción de que al registrar la situación podrá coadyuvar con la protección del interés público y de los principios de la función pública. En efecto, los funcionarios públicos deben cumplir con la Constitución, la ley y el reglamento. Sin embargo, las violaciones a esos deberes públicos suelen ocurrir de forma discreta y en escenarios privados. Por tanto, la comisión de conductas ilícitas suele ser muy difícil de detectar. Este tipo de grabaciones pretenden constituir elementos de prueba conducentes y pertinentes para demostrar la ocurrencia de esas faltas. De manera que, la protección estricta del derecho a la intimidad de uno de los partícipes de la conversación cede frente a la necesidad de conseguir un fin legítimo constitucional como la probidad en la administración de justicia.

En mi criterio, equiparar ambas situaciones o dejar de establecer esta distinción de forma precisa en la jurisprudencia puede generar confusiones respecto de los medios de prueba conducentes para demostrar la comisión de una falta disciplinaria. Lo anterior, en detrimento

del derecho fundamental a la intimidad de los funcionarios públicos.

Los receptores legítimos de la información

1. La decisión mayoritaria estableció que la grabación de la conversación que demuestra la falta disciplinaria debe realizarla un receptor legítimo de la información. Para determinar esa condición, la sentencia precisó que quien graba debe estar “cubierto por la expectativa de intimidad de quien es grabado”⁴⁶. En el criterio de la mayoría, eso implica que la persona debe: (i) pertenecer al ámbito familiar, social o gremial en el que ocurre la conversación; o, (ii) estar cubierto por el espacio público, semipúblico o semiprivado en el que transcurre la conversación.

1. Comparto la postura de la mayoría al señalar que la grabación debe ser realizada por el receptor legítimo de la información. En todo caso, considero que para tener esa condición no solo es necesario verificar que la persona pertenezca al contexto en el que se genera la conversación o al espacio físico en el que transcurre. Resulta indispensable corroborar que la persona que graba participe de la conversación. Es decir que comparta con el servidor público la titularidad del derecho a la inviolabilidad de la conversación registrada.

1. En los términos en los que lo señalé previamente, la protección constitucional del derecho a la intimidad incluye la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Esa previsión pretende asegurar que las personas no serán objeto de injerencias en sus conversaciones por parte de terceros que no participan en ellas. En ese sentido, para que las grabaciones de una conversación puedan ser valoradas como pruebas dentro de un proceso judicial es indispensable que las obtenga uno de sus partícipes.

La decisión de la Corte estableció que las personas que hacen parte del ámbito familiar, social o gremial del funcionario público o están en el espacio semipúblico, semiprivado o público en el que transcurre la conversación son receptores legítimos de la información. Esa postura no tiene en cuenta que las conversaciones que ocurren en un espacio público,

semipúblico o semiprivado pueden ser grabadas por terceros que no son destinatarios del mensaje que pretende comunicar el funcionario público. Lo mismo ocurre si solo se analiza el contexto en el que tiene lugar la conversación. Por ejemplo, una conversación puede desarrollarse en el ámbito familiar o gremial de una persona y ser grabada por un tercero que desconoce la intención del emisor del mensaje. De manera que, la regla jurisprudencial expuesta por la Sala Plena dejaría abierta la posibilidad a que terceros interfieran de forma indebida en las comunicaciones privadas de los funcionarios públicos en detrimento de su derecho fundamental a mantener la inviolabilidad de sus conversaciones.

1. En atención a esa dificultad, la jurisprudencia de otras Corporaciones, reiterada por la sentencia objeto de aclaración, es enfática en señalar que la validez de las grabaciones aportadas como prueba a los distintos procesos, entre otras cosas, depende de que quien graba participe de la comunicación. Esa consideración proviene de los amplios desarrollos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la materia. La razón por la cual esa regla jurisprudencial no es plenamente aplicable a los procesos disciplinarios es porque, por regla general, en estos últimos no hay víctimas. Esto impone una dificultad para determinar quién está legitimado para grabar las conversaciones que dan cuenta de la comisión de una falta disciplinaria. En todo caso, eso no significa que algunos de los elementos establecidos en esa regla jurisprudencial no puedan aplicarse a los procesos disciplinarios.

1. En reiteradas oportunidades, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no hay lugar a predicar la ilicitud de las grabaciones realizadas por personas que participan de la conversación. Lo anterior, porque registran su propia voz e imagen⁴⁷. Por ejemplo, en Sentencia del 4 de marzo de 2020, esa Corporación estudió un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia condenatoria por el delito de extorsión agravado, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué. En ese caso, la víctima fue objeto de varias amenazas, incluso de muerte, para que accediera a vender un ganado. Para demostrar la situación, allegó con la denuncia una grabación de la conversación que sostuvo con su agresor en la que fue objeto de distintas presiones. Los cargos propuestos en sede de

casación estaban dirigidos a evidenciar la ilicitud de esa prueba. Al estudiar el caso, la Sala de Casación Penal ratificó la validez de la prueba. En ese sentido, señaló que “[l]o prohibido, (...) es la grabación en la modalidad de interceptación de terceros, pues se entiende que el interés protegido en lo material es la injerencia indebida de una persona en la comunicación de otra, de lo cual no hace parte. Por tanto, si una tercera se inmiscuye en una conversación ajena, y la graba, la prueba así obtenida será ilícita, pero si la grabación es realizada por quien participa en ella, no habrá motivos para afirmar su ilicitud, menos aún, si está siendo víctima de un delito”⁴⁸.

De igual forma, en Sentencia del 17 de marzo de 2014, la Sala de Casación Penal estudió un recurso de casación en contra de una sentencia condenatoria por el delito de concusión. Según el sujeto activo de la conducta, las grabaciones aportadas por la víctima en las que era objeto de presiones económicas por parte del procesado no podían valorarse en el proceso porque fueron tomadas dentro de su oficina, lo cual constituye una violación de su derecho a la intimidad. En esa ocasión, la Corte consideró que “cuando una persona es víctima de un hecho punible puede grabar su propia imagen y/o voz en el momento en que es sometida a la exigencia criminosa, sin que requiera autorización judicial, pues precisamente con ese documento puede iniciar las acciones pertinentes. Ello porque la persona, de manera voluntaria, permite el conocimiento de sus comunicaciones con el objetivo de demostrar la ocurrencia de la conducta delictiva que la victimiza”⁴⁹.

En concreto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido de forma reiterada que la validez de las grabaciones en el proceso penal, entre otros asuntos, depende de que sean realizadas por quien participa en ellas. Comparto plenamente el criterio de esa Corporación en relación con los asuntos que deben verificarse para establecer quién está legitimado para grabar una conversación con el fin de preconstituir una prueba para efectos procesales. No basta con que la persona haga parte del ámbito de la expectativa legítima de intimidad de que resulta grabado. Es indispensable que la persona participe de la conversación para poder disponer de su derecho fundamental a mantener la inviolabilidad de la conversación y evitar el desconocimiento de las garantías establecidas en el artículo 15 de la Constitución.

1. En definitiva, comparto que las grabaciones del quejoso de las conversaciones que sostuvo con el sujeto disciplinable, bajo la absoluta convicción de preconstituir una prueba de la comisión de la falta, son pruebas lícitas en los procesos disciplinarios. Sin embargo, la posición mayoritaria sobre la forma de valorar quién tiene la condición de receptor legítimo de la información, en algunos escenarios, puede implicar la inclusión a terceros que no participan de la conversación. Esta dificultad compromete la aplicación de cláusulas constitucionales relacionadas con la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho fundamental a la intimidad de los funcionarios públicos.

1. De esta manera, expongo las razones que me conducen a aclarar el voto respecto de la Sentencia SU-371 de 2021, adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA SU-371 DE 2021

Acción de tutela de Obdulio Muñoz Ramos contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, me permito explicar las razones por las que aclaré el voto a la Sentencia

1. En esta ocasión la Sala Plena conoció una acción de tutela presentada por un abogado que, en su condición de auxiliar de la justicia como liquidador, fue sancionado disciplinariamente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Aquél cuestionó que se transgredió su derecho fundamental al debido proceso porque las pruebas que soportaban los cargos (unas grabaciones de conversaciones telefónicas que sostuvo con el anterior representante legal de la sociedad en liquidación) eran ilegales por ser fraccionadas y, especialmente, porque se realizaron sin su autorización. Sobre esta cuestión, la entidad accionada trajo a colación la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual las grabaciones elaboradas por un particular -sin orden judicial- pueden ser validas en un proceso si aquel es la víctima de la conducta. Al respecto, precisó que si bien en el derecho disciplinario no hay víctimas, sí existen perjudicados por las conductas antiéticas de los disciplinables.

1. La Sala Plena confirmó las sentencias de tutela de instancia, que habían negado el amparo, por considerar que no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso del demandante.

1. En primer lugar, la Sala señaló que el derecho a la intimidad no es absoluto, por lo que puede ser objeto de limitaciones cuando colisione con otros fines o principios constitucionales,⁵⁰ siempre que esa limitación atienda a criterios de proporcionalidad. Por otra parte, refirió que dada la inexistencia del concepto de “víctima” en el marco de los procesos disciplinarios, no es posible trasladar automáticamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre las grabaciones como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita. No obstante, eso no puede conllevar a sacralizar el derecho a la intimidad en perjuicio de finalidades imperiosas del Estado y al correcto funcionamiento de la función pública, especialmente porque la expectativa de intimidad de quien opta por la ilegalidad se encuentra atenuada.

1. A partir de lo anterior, con la Sentencia SU-371 de 2021 la Sala Plena fijó cuatro reglas en el ámbito del derecho disciplinario en relación con la exclusión de las grabaciones realizadas sin el consentimiento del procesado: (i) la grabación debe ser realizada por un receptor legítimo (descartando la interceptación por parte de terceros);⁵¹ (ii) quien realice la grabación debe tener la convicción de que su contenido demuestra la ocurrencia de una falta disciplinaria;⁵² (iii) la persona grabada debe cumplir funciones públicas y encontrarse ejerciéndolas (excluyéndose los espacios íntimos o ajenos ajeno al cumplimiento de las funciones públicas); y (iv) la grabación no debe ser realizada para inducir o manipular la comisión de la conducta.

1. Aunque comparto la decisión de la Sala Plena de confirmar las sentencias de instancia - que negaron la acción de tutela- y destaco la importancia de fijar parámetros sobre la validez probatoria, en los procesos disciplinarios, de las grabaciones realizadas sin el consentimiento de todos los participantes en una conversación, aclaré el voto porque estimo que la Sala Plena debió profundizar en las dos primeras reglas enunciadas en el párrafo anterior.

1. La primera regla refiere que la grabación debe ser realizada por un receptor legítimo, lo que implica que solo puede ser efectuada por alguien que esté cubierto por la expectativa de intimidad de quien es grabado, descartando -por ejemplo- la interceptación de comunicaciones sin autorización judicial o cualquier otra forma de registro por parte de terceros ajenos al espacio protegido. En mi concepto, las expresiones “receptor legítimo” y “espacio protegido” no se precisaron adecuadamente y podrían comprender, por ejemplo, a terceros que escuchan una conversación de forma accidental.

1. La segunda regla establece que quien realice la grabación debe tener la convicción -al momento de registrarla- de que su contenido demuestra la ocurrencia de una falta disciplinaria. Considero que se fijó un estándar muy alto, ya que no toda persona puede estar

en la capacidad de saber, al momento de realizar una grabación con tal claridad, que está en presencia de una falta disciplinaria (v.gr. si la persona no tiene formación jurídica) o de un delito (supone que quien realice el registro valore la conducta en cuanto a su tipicidad, antijuridicidad o “ilicitud sustancial”, en los términos de la Ley 1952 de 2019,⁵³ y culpabilidad). En mi criterio, bastaría con exigir que la persona que graba sospeche que existe algo irregular, lo que no debería impedir que los registros, sí cumplen las demás exigencias, tengan valor en un proceso disciplinario. Es decir, habría sido suficiente con que la Sala Plena determinara que quien graba debe hacerlo con la conciencia de que su contenido muestra una conducta contraria a derecho, ya sea que pueda constituir una falta disciplinaria o un delito.

1. En los anteriores términos dejo expuestas las razones que justifican mi decisión de aclarar el voto a la Sentencia SU-371 de 2021.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 2002. Radicado 13.148. Magistrada ponente: Marina Pulido de Barón; sentencia del 15 de noviembre del 2000. Radicado 10656. Magistrado ponente: Jorge Córdoba Poveda. En esta última providencia se indicó: “Lo mismo ocurre respecto de las grabaciones magnetofónicas, es decir, que nadie puede sustraer, ocultar, extraviar, o destruir una cinta magnetofónica o interceptar o impedir una comunicación telefónica, sin autorización de autoridad competente. Pero cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes. Esto por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada.”

2 Sentencia T-214 de 2012

3 “Artículo 25. Protección Judicial. // 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. (negrilla fuera de texto)

4 “Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” (negrilla fuera de texto)

5 Ver sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-260 de 1999.

6 SU-632 de 2017 basándose en las SU-195 de 2012, T-143 de 2011, T-456 de 2010 y T-567 de 1998.

7 Sentencia T-456 de 2010. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

8 Sentencia T-311 de 2009. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

99 Estructura tomada de Quinche Ramírez, Manuel Fernando. "Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias". Ed. Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, p. 188, (2012).

10 SU-917 de 2010, reiterada en la SU-050 de 2017.

11 SU-050 y T-398 de 2017.

12 T-696 de 1996,

13 Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2005.

14 Corte Constitucional, sentencia C-594 de 2014.

16 Corte Constitucional, sentencia C-881 de 2014.

17 El artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó hasta el 1° de julio de 2021 la vigencia de este Código.

18 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 2002. Radicado 13.148. Magistrada ponente: Marina Pulido de Barón; sentencia del 15 de noviembre del 2000. Radicado 10656. Magistrado ponente: Jorge Córdoba Poveda.

19 CSJ AP, 11 Sep. 2013, Rad. 41790

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto aprobado mediante acta 302 del 11 de septiembre de 2013, MP: María Del Rosario González

21 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia de 24 de junio de 2020, Radicación 49323, Acta 130, MP: Luis Antonio Hernández Barbosa

22 Sentencia C-571 de 2017

23 Ibidem.

24 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia de 20 de agosto de 2015, MP: María Mercedes López Mora, Aprobado Según Acta de Sala No. 069, Expediente No. 110011102000201305110-01)

25 Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria, fallo de 2 de febrero de 2015, IUS 2014-155228

26 Consejo de Estado, auto de 16 de noviembre de 2016 Expediente: 11001031500020160150300, Actor: Iván Rafael Acosta Guillén, demandado: Representante a la Cámara Edgar Alexander Cipriano Moreno, M.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero.

27 CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS (E), auto de 7 de marzo de 2017, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00659-00(A), Actor: SERGIO DAVID BECERRA BENAVIDES, Demandado: EDUAR LUIS BENJUMEA MORENO, referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA

28 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de marzo de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00691-00(2655-11)

29 Sentencia T-276 de 2015

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto aprobado mediante acta 302 del 11 de septiembre de 2013, MP: María Del Rosario González

31 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia de 20 de agosto de 2015, MP: María Mercedes López Mora, Aprobado Según Acta de Sala No. 069, Expediente No. 110011102000201305110-01)

32 Consejo Superior De La Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia de 4 de marzo de 2020, MP: Magistrado Ponente: Carlos Mario Cano Diosdado, Radicación. No. 110011102000201405727 01, Aprobado según Acta No. 021 de la misma fecha

33 La expresión tachada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la

Sentencia C-516 de 2007.

34 Sentencia T-311 de 2009. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

35 Sentencias C-094 de 2020, T-574 de 2017 y C-602 de 2016, entre otras.

36 Ley 734 de 2004, Artículo 55. Numeral 1. “Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas: // 1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones. [...]”.

37 Ver al respecto: Sentencias C-014 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera; C-881 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretit Chaljub; y, T- 437 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

38 Constitución. Artículo 15.

39 M.P. Diana Fajardo Rivera.

40 Constitución. Artículo 250. “ARTICULO 250. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. 2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”.

41 Ley 906 de 2004. Artículo 235. “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. En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación. // En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. // Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor. // La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron. // La orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías. // PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 13 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios de Policía Judicial deberán rendir informes parciales de los resultados de la interceptación de comunicaciones cuando dentro de las mismas se establezcan informaciones que ameriten una actuación inmediata para recolectar evidencia o elementos materiales probatorios e impedir la comisión de otra u otras conductas delictivas. En todo caso, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías a efectos de legalizar las actuaciones cuando finalice la actividad investigativa”.

42 Ídem.

43 Ley 906 de 2004. Artículo 237. “Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. // Durante el trámite de la audiencia podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia. // El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento. // PARÁGRAFO. Si el cumplimiento de la

orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar”.

44 Sentencias C-336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y, C-334 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

45 La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia establece no se puede confundir la grabación de una conversación telefónica por uno de los participantes en el diálogo, por ejemplo, la víctima, con una interceptación de comunicaciones. Lo anterior, porque esta última corresponde a un procedimiento en el que se restringe la garantía del secreto de las comunicaciones entre particulares para captar su contenido. Aquel es un acto policial, previamente ordenado por la Fiscalía en el que los investigadores son los que escuchan la conversación. Por el contrario, la grabación de uno de los participantes es dejar un registro de audio de una conversación propia, con el fin de utilizarlo como prueba contra un tercero o contra el interlocutor. Las grabaciones realizadas por las víctimas no necesitan orden previa de la autoridad judicial. Según la Sala Penal, cuando quien graba la conversación interviene en ella, no hay afectación del derecho fundamental a mantener las comunicaciones privadas en secreto. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP757 del 4 de marzo de 2020. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

46 M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Pág. 46.

47 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció esa postura por primera vez en el año 2011. Esa tesis fue reiterada en las sentencias AP1282 del 17 de marzo de 2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera; AP 3043 del 24 de mayo de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; AP 1378 del 13 de junio de 2018, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; AP 4281 de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar; SP757 del 4 de marzo de 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; SP 1591 del 24 de junio de 2020; M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; y, AP1890 del 19 de mayo de 2021, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

48 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 1591 del 24 de junio de 2020; M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

49 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia AP1282 del 17 de marzo de 2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

50 “En este caso la intimidad debe ser ponderada con otros bienes constitucionalmente relevantes como la prevalencia del interés general (art. 1), el cumplimiento de los fines del Estado (art. 2) y los principios de la función pública (arts. 122 y siguientes), como también la búsqueda de la verdad procesal como garantía del debido proceso (art. 29).” Sentencia SU-371 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5.2.

51 “En primer lugar, esta Sala concuerda con que quien realiza la grabación debe ser un receptor legítimo de la información. Esto implica que el registro solo puede ser realizado por alguien que efectivamente esté cubierto por la expectativa de intimidad de quien es grabado. (...) esto implica que quien graba debe pertenecer al núcleo familiar, social o gremial en el que se genera la conversación, o estar cubierto por el espacio público, semipúblico o semiprivado en donde esta tenga lugar. Esto descarta, por ejemplo, cualquier interceptación de comunicaciones sin autorización judicial o cualquier otra forma de registro por parte de terceros ajenos al espacio protegido.” Sentencia SU-371 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5.2.

52 “Segundo, es necesario que quien aporta la conversación al proceso tenga la convicción de que su contenido demuestra la ocurrencia de una falta disciplinaria al momento de registrarla. Este criterio resulta más acorde con la protección a la intimidad que la extensión analógica del concepto de víctima penal. En este caso será necesario analizar el contenido del mensaje para verificar si aquel es conducente y pertinente para demostrar la ocurrencia de la posible falta, sin que sea necesario que se trate de una persona que sufra un daño con la misma.” Sentencia SU-371 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5.2.

53 “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.”