

Honorables magistrados:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de decisión de tutelas

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/TutelaEnLinea>

E. S. D.

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA.
Accionante: ANDRÉS FELIPE TAMAYO POLANIA
Accionados: JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE NEIVA
y el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA - SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL.

RICHARD MAURICIO GIL RUIZ, mayor de edad, identificado como cédula de ciudadanía No. 94.538.289 expedida en Cali, portador de la tarjeta profesional No. 202.349 C. S. de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado del señor **ANDRÉS FELIPE TAMAYO POLANÍA**, igualmente mayor de edad, conforme al poder conferido que se anexa, en ejercicio del derecho fundamental consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, con todo respecto se formula **ACCIÓN DE TUTELA** contra el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE NEIVA** y el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA - SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL** para que se proteja el derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO** materializado en el derecho de defensa y la posibilidad de presentar las pruebas pertinentes y conducentes para esclarecer los hechos objeto de investigación. Los motivos de la protección constitucional se soportan en los siguientes aspectos:

I. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al Señor Juez disponer y ordenar a la parte accionada y a favor del accionante, lo siguiente:

1. Tutelar el derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO** materializado en el derecho de defensa a favor del señor **ANDRÉS FELIPE TAMAYO POLANÍA**, en el marco del proceso penal con radicación No. No. 41001 6000 586 2012 00580 04.
2. Ordenar dejar sin efectos los autos con fechas del 11 de febrero de 2022 proferido por el juzgado 1º penal del Circuito de Neiva y los autos del 26 de enero y 22 de febrero de 2023 proferidos por la Sala Penal Tribunal Superior de Neiva, mediante los cuales se decretó la exclusión de medios probatorios documentales mencionados:
 - *Oficio del 09 de agosto de 2019 dirigido a la Alcaldía de Aguazul (Casanare), donde se solicita información de la vinculación del señor PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO para el día*

29 de noviembre de 2011 junto con los soportes. De igual forma, si en dicha entidad se encontraba activo el abonado teléfono 6392323. (2 folios)

- Oficio No. 6937 del 27 de agosto de 2019, suscrito por HANNER STEVEN MARTINEZ –Jefe de la Oficina Jurídica - con anexos que contiene certificación de la vinculación de PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO y documentos que soportan la relación de números telefónicos (10 folios).
- Oficio del 27 de marzo de 2019 con radicado id 353647 suscrito por ANDRES FELIPE TAMAYO POLANIA y dirigido al Municipio de Neiva en calidad de titular de la cuenta de servicios de telefónico celular, para que requiera a la empresa **TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A** identificada con el Nit. 830.037.330-7 con la finalidad que expida copia de la factura de los servicios telefónicos con todos sus anexos del periodo comprendido entre el 10 DE DICIEMBRE DE 2011 AL 09 DE ENERO DE 2012 con cargo a la cuenta No. 46232112.
- Oficio SG 1332 del 29 de agosto de 2019, suscrito por LILIANA TRUJILLO URIBE en calidad de Secretaria General del Municipio de Neiva, remitiendo la información solicitada y contestada por parte de la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES donde se adjunta en CD el contenido de la factura de la cuenta de servicios de telefonía No. 46232112 donde están los registros de las llamadas realizadas con cargo a las líneas de propiedad del municipio de Neiva durante el periodo deprecado, concretamente la línea celular 3187354074.

3. Se ordene al Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva – Huila, profiera un auto de decreto de pruebas de reemplazo en el que se analice la pertinencia y utilidad de los medios de prueba excluidos o en su defecto, supedite la decisión de excluir los mismos al momento de su incorporación probatoria.

II. HECHOS:

1. Contra el señor ANDRÉS FELIPE TAMAYO POLANIA se sigue por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva con radicación No. 41001 6000 586 2012 00580 04 un proceso penal por la presunta comisión de los posibles punibles de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO y CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES en el marco del trámite del proceso de licitación pública No. 009 de 2011 surtido por parte del municipio de Neiva cuyo objeto correspondió al “CONTRATO DE OBRA PARA CONSTRUCCIÓN DE LA PRIMERA FASE DEL EJE LÚDICO, CULTURAL Y DEPORTIVO DE LA CARRERA 16 ENTRE CALLES 27 Y 41 DE LA CIUDAD DE NEIVA”, donde para la fecha

mi representado estaba vinculado a la administración municipal como servidor público.

2. Desde el 20 de agosto de 2020 y durante varias sesiones de audiencia preparatoria, ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Neiva - Huila se solicitó por parte de la defensa de TAMAYO POLANIA el decretó de diversos medios de prueba documentales, así:

- *Oficio del 09 de agosto de 2019 dirigido a la Alcaldía de Aguazul (Casanare), donde se solicita información de la vinculación del señor PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO para el día 29 de noviembre de 2011 junto con los soportes. De igual forma, si en dicha entidad se encontraba activo el abonado teléfono 6392323. (2 folios)*
- *Oficio No. 6937 del 27 de agosto de 2019, suscrito por HANNER STEVEN MARTINEZ –Jefe de la Oficina Jurídica - con anexos que contiene certificación de la vinculación de PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO y documentos que soportan la relación de números telefónicos (10 folios).*

3. El anterior grupo de documento relacionados, fueron acopiado a través del investigador de la Defensa, descubiertos oportunamente a la FGN y solicitada su pertinencia y utilidad en la respectiva oportunidad procesal, para lo cual se acudió directamente a las entidades públicas y fueron aquellas las que suministraron la información solicitada.

4. Adicionalmente, como otro paquete de pruebas documentales solicitadas por la Defensa oportunamente descubiertas y sobre las que se solicitó su decreto, corresponden a las siguientes:

- *Oficio del 27 de marzo de 2019 con radicado id 353647 suscrito por ANDRES FELIPE TAMAYO POLANIA y dirigido al Municipio de Neiva en calidad de titular de la cuenta de servicios de telefónico celular, para que requiera a la empresa **TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A** identificada con el Nit. 830.037.330-7 con la finalidad que expida copia de la factura de los servicios telefónicos con todos sus anexos del periodo comprendido entre el 10 DE DICIEMBRE DE 2011 AL 09 DE ENERO DE 2012 con cargo a la cuenta No. 46232112.*
- *Oficio SG 1332 del 29 de agosto de 2019, suscrito por LILIANA TRUJILLO URIBE en calidad de Secretaria General del Municipio de Neiva, remitiendo la información solicitada y contestada por parte de la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES donde se adjunta en CD el contenido de la factura de la cuenta de servicios de telefonía No. 46232112 donde están los registros de las llamadas realizadas con cargo a las líneas de propiedad del*

municipio de Neiva durante el periodo deprecado, concretamente la línea celular 3187354074.

5. El anterior grupo de documentos relacionados, fueron acopiados a través del investigador de la Defensa, descubiertos oportunamente a la FGN y solicitada su pertinencia y utilidad en la respectiva oportunidad procesal, para lo cual se acudió directamente a las entidades públicas y fueron aquellas las que suministraron la información solicitada.

6. Mediante auto interlocutorio del 11 de febrero de 2022 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, resolvió previa solicitud de la Fiscalía EXCLUIR los documentos que se relacionan, al considerarse que la forma en que los mismos habían sido obtenidos no cumplían con las condiciones dispuestas en la normatividad, veamos:

- (i) *Oficio del 27 de marzo de 2019 con radicado id 353647 suscrito por ANDRES FELIPE TAMAYO POLANIA y dirigido al Municipio de Neiva,*
- (ii) *Oficio SG 1332 del 29 de agosto de 2019, suscrito por LILIANA TRUJILLO URIBE del Municipio de Neiva, remitiendo la información solicitada y contestada por parte de la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES,*
- (iii) *Oficio No. No. 6937 del 27 de agosto de 2019, suscrito por HANNER STEVEN MARTINEZ –Jefe de la Oficina Jurídica - con anexos que contiene certificación de la vinculación de PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO y documentos que soportan la relación de números telefónicos (10 folios).*

7. Los argumentos de la exclusión se soportan en que el juez de conocimiento los considera ilícitos por vulneración al *derecho a la intimidad, habeas data y a la autodeterminación informática*. La decisión expuso:

“La tesis del Despacho es que en análisis de las argumentaciones ofrecidas por la Fiscalía y defensa se tiene que los citados medios de prueba se consideran ilícitos por vulneración al derecho a la intimidad, habeas data y a la autodeterminación informática.

*Al respecto, difiere el Juzgado en que podía la defensa arribar al conocimiento de la información que reposaba en los documentos pese a tratarse de líneas telefónicas de entes territoriales de carácter público pero cuya utilización si era de particulares. En consecuencia, se requería **como lo adujo la fiscalía el control previo y posterior a la información recopilada por parte del Juez de Control de Garantías, misma que no aconteció en el proceso ni se acreditó.***

*Tampoco es atendible que pueda el representante de la entidad renunciar al derecho a la intimidad, habeas data y a la autodeterminación informática frente a la información que suministraron esas líneas telefónicas por ser de titularidad del municipio de Neiva, **por cuanto eran utilizados por empleados de la entidad a quien no se les consultó al respecto y en consecuencia, independiente de quien paga las facturas respectivas de los servicios telefónicos no podría señalarse que el uso de esas líneas de teléfono no cuenten con reservadas protegidas constitucionalmente para amparar el derecho fundamental a la intimidad, habeas data y libre determinación informática.(..)***”.

8. Frente al auto se formuló recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Neiva – Sala Penal con la finalidad revocar lo decidido y de esta forma obtener que se decretaran las pruebas documentales antes relacionadas.

9. La Sala Cuarta de Decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA** en auto del 26 de enero de 2023, confirmó el contenido de la decisión relacionada con las facturas de pago y el listado de llamadas entregadas por parte del municipio de Neiva. Los argumentos expuestos se sustentaron en que:

*“Destáquese que el literal c) del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012 define el dato personal como "(c)ualquier **información vinculada o que pueda asociarse** a una o varias personas naturales determinadas o determinables". Este se caracteriza:*

"i) [por] estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación"

Entonces, es claro que para que una información sea “dato personal” en absoluto es necesario que determine plenamente a su titular. Lo esencial es la posibilidad de establecer a su titular a partir del análisis en conjunto con otros datos que pueda hacerse, contrario a lo que opina el apelante.

Es que una base de datos está “conformada por instituciones o entidades públicas o privadas autorizadas para el tratamiento de datos personales, que contienen información confidencial del

indicado o imputado y que por tanto no son de acceso público, involucran afectación al derecho fundamental a la autodeterminación informática, por lo que su práctica sólo puede llevarse a cabo previa autorización del juez de control de garantías, quien para la adopción de la autorización correspondiente tendrá en cuenta la legitimidad de la medida atendiendo a su finalidad, así como los criterios de pertinencia, idoneidad y necesidad de la misma que determinen si proporcionalidad en el caso concreto” 56. Esa figura es la regla contenida en el artículo 244 de la Ley 906 de 200457, medio específico para la obtención de evidencia física con fines probatorios. De esta forma la prueba ofrecida fue obtenida con vulneración al derecho a la intimidad y habeas data, por ello habrá de confirmarse la decisión en este punto.”

10. La mencionada decisión fue adicionada en auto del 22 de febrero de 2023, en la que se resolvió **CONFIRMAR** la exclusión probatoria del “oficio No. 6937 suscrito por Hanner Steven Martínez, jefe de la oficina jurídica, con la certificación de la vinculación de Pedro Alexander Corredor y documentos que relacionan los números telefónicos del municipio de Aguazul y Yopal Casanare”, habida cuenta que dicha solicitud que fuera objeto de recursos no había sido resuelta por el Despacho.

11. Pues bien, analizada detenidamente la decisión adoptada por los juzgado accionados se advierte que ciertamente la misma lesiona de forma flagrante los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del accionante, como quiera que se resolvió mediante el mecanismo de la exclusión probatoria por ilegalidad impedir que la Defensa técnica utilizara los medios de prueba mencionados y que básicamente permitirían develar las gestiones o acciones efectuadas por mi representado para estructurar la teoría del caso de la defensa.

12. Y es que debe advertirse que, a juicio del suscrito la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva y Juzgado 1º del Circuito de Neiva se efectúa una aplicación indebida de la cláusula de exclusión, aduciéndose que era necesario acudir ante un juez de control de garantías con la finalidad que mediante el mecanismo de la búsqueda selectiva en base de datos se solicitará autorización para acceder a la información que se pretendía solicitar fuera decretada como prueba, ante la posible afectación a los derechos de la intimidad de terceros.

13. Debe advertirse que, aquella consideración no solo resulta desacertada sino que además desnaturaliza la autorización que debe mediar para acceder a bases de datos, pues exige la concurrencia ante un juez de control de garantías para solicitar autorización previa y posterior, imposición que esta justificada siempre que el titular de los derechos que pudiesen

verse afectados (intimidad) no renuncie a los mismos y habilite a que dichas labores investigativas se acopien.

14. Empero, en este asunto los despachos accionados obviaron advertir que en todos los documentos que fueron descubiertos y solicitado su decreto, medio siempre la solicitud directa al titular de las líneas telefónicas y fue esta misma la que suministró a la Defensa la información requerida, por lo que ningún derecho se afectó o lesionó cuando el titular del derecho voluntariamente renuncia a que se acceda a su información, como en efecto ocurrió y que determinaba que no fuera necesario acudir a solicitar la autorización de un juez de control de garantías para que fuera entregada la información que ya había sido entregada directamente por la entidad – aspecto que será desarrollado con mayor rigor en acápites posteriores-.

15. Pero además, las entidades accionadas sin un análisis profundo de los medios de prueba (ante la imposibilidad de contar con los mismos por tratarse de solicitudes probatorias), resolvió aducir que se podían lesionar los derechos de terceras personas sin que pudiera precisar quienes resultaban afectadas o muchos menos lograr concretar una afectación que justificara el mecanismo de la exclusión, lo que comportaría que por lo menos se habilitara el decreto probatorio con la salvedad que al momento de la incorporación probatoria no se advirtiera la lesión de derechos fundamentales de personas que no hubieran autorizado acceder a esa información.

16. Las anteriores razones, habilitan acudir al juez constitucional para que intervenga al cumplirse los requisitos genéricos de procedibilidad y específicos como adelante se dirá, atendiendo la magnitud de la afectación de los derechos fundamentales y la ausencia de otros medios al interior de la actuación penal, sin que se pretenda proferir una decisión de reemplazo y por el contrario, que se ampare al derecho para que se exija a los despacho accionados proferir una decisión que se acompañe a los medios de prueba acopiados y a la escasa o nula información que ostentan para definir el asunto de fondo, hasta tanto no se conozca el contenido de dichos documentos.

III. FUNDAMENTOS EN DERECHO DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

Para poder desarrollar los fundamentos facticos y jurídicos de procedencia de la acción constitucional, se considera necesario abordar las siguientes temáticas: i) cumplimiento de las causales generas de la acción de tutela; ii) cumplimiento de causales específicas de la acción constitucional y defectos en que se incurrió; ii) caso concreto.

i) Cumplimiento de las causales generas de la acción de tutela

En el caso específico objeto de la presente acción constitucional, se solicita de manera específica la protección del derecho Constitucional fundamental al DEBIDO PROCESO materializado en el derecho de defensa y la posibilidad de presentarlos medios de prueba necesarios para ejercer en debida forma la misma, ante la decisión errada por parte de los despachos accionados de imponer la sanción máxima a un medio de prueba sin que contaran con los elementos de prueba suficientes que les permitirá sustentar que se POSIBLEMENTE se afectaba el derecho a la intimidad de terceras personas.

Frente a los requisitos generales de procedencia, los mismos corresponden¹:

1. Relevancia constitucional: El juez de tutela solo puede resolver controversias de orden constitucional con el objeto de procurar la materialización de derechos fundamentales, no puede inmiscuirse en controversias legales.²

Se cumple dicho requisito, pues no queda duda que las decisiones objeto de la acción de tutela, afectan flagrantemente el debido proceso y derecho de defensa del accionante al decidirse excluir del debate probatorio los elementos materiales de prueba referidos, lo que impedirá se aduzcan e incorporen dentro de la actuación penal y refutar o rebatir la tesis acusatoria de la FGN.

2. Subsidiariedad: El actor debió agotar todos los “medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial”, excepto cuando el recurso de amparo se presente como mecanismo transitorio.³

Frente a la subsidiaridad a esta exigencia, se aclara que no se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial debido a que se agotaron todos los recursos de ley e incluso se solicitó aclaración del contenido del auto que resolvía la apelación de las pruebas excluidas donde se omitió pronunciamiento respecto la totalidad de los medios de prueba excluidos. Con lo expuesto, se acredita que no existe otro medio de defensa judicial que permita garantizar el debido proceso en sede judicial.

3. Inmediatez: La protección del derecho fundamental debe buscarse en un plazo razonable.⁴

El auto de pruebas en la audiencia preparatoria fue comunicado el día 11 de febrero de 2022 por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva del cual se presentaron los respectivos recursos de ley y la Sala 4º de

¹ Sentencia SU129/21 Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021) Magistrado Ponente: JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

² Cfr., Sentencias C-590 de 2005, T-114 de 2002 y T-136 de 2005.

³ Cfr., Sentencias C-590 de 2005, SU-946 de 2014, SU-537 de 2017, entre otras.

⁴ Cfr., Sentencias C-590 de 2005 y SU-537 de 2017.

Decisión penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA** resolvió la apelación el 26 de enero de 2023 y la adición deprecada el 28 febrero pasado, lo que permite constatar que existe inmediatez para la formulación de la presente acción constitucional.

4. Irregularidad procesal decisiva: Si lo que se discute es la ocurrencia de una irregularidad procesal, aquella debe ser determinante en la vulneración de derechos fundamentales.⁵

La protección del derecho fundamental objeto de la presente acción no se configura en irregularidades procesales, sino de una decisión de fondo respecto al decreto probatorio que afecta los derechos al debido proceso y defensa.

4. Identificación razonable de los hechos vulneradores del derecho: El accionante debe enunciar los hechos vulneradores y los derechos conculcados, también es necesario que ello se haya alegado en el proceso judicial –siempre que haya sido posible–.⁶

En el acapice denominado HECHOS en la presente acción se exponen las consideraciones fácticas que ocasionan la afectación del derecho fundamental al debido proceso en el marco de la actuación penal, los cuales fueron debidamente alegados en las sesiones de las audiencias preparatorias y los recursos formulados.

5. Que no se ataquen sentencias de tutela: En este asunto, se advierte que la decisión judicial objeto de la tutela no corresponde a una sentencia de tutela.

ii) Cumplimiento de causales específicas de la acción constitucional y defectos en que se incurrió

Como se dijo anteriormente, los requisitos específicos que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales aluden a la configuración de defectos que, por su gravedad, tornan insostenible el fallo cuestionado al ser incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son los siguientes:

(..)

Defecto sustantivo o material, se presenta cuando la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica.

⁵ Cfr., Sentencia C-590 de 2005 y SU-537 de 2017.

⁶ Cfr., Sentencia C-590 de 2005 y SU-335 de 2017.

De esta manera, la Corte Constitucional en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar este defecto, los cuales fueron recogidos sintéticamente en la sentencia SU-649 de 2017, la cual se transcribe en lo pertinente:

Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: **(i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable**, porque: **(a) no es pertinente**, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, **no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador**; (ii) **a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable** o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes **o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial**; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto.

En ese sentido, cuando en una providencia judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela el mecanismo apropiado. Así las cosas, no se estaría ante una diferencia interpretativa de la norma, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión.

Y es que, la independencia y la autonomía de los jueces para aplicar e interpretar una norma jurídica en la solución del caso sometido a su estudio no es absoluta, pues la actividad judicial debe desarrollarse dentro del parámetro de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución que pueden afectarse con la indebida interpretación de una norma, con su inaplicación y con la aplicación de un

precepto inexistente. Es decir, que dicha actividad debe ceñirse al carácter normativo de la Constitución (artículo 4 de la CP), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2 superior), de la primacía de los derechos humanos (artículo 5 de la Constitución), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la CP), y la garantía al acceso a la administración de justicia (artículo 228 Superior).

De lo anterior se desprende que para que la aplicación o interpretación de la norma al caso concreto constituya un defecto sustantivo es preciso que **el fallador aplique una norma de una manera manifiestamente errada que desconozca la ley y que deje sin sustento tal decisión o que el funcionario judicial en su labor hermenéutica desconozca o se aparte abierta y arbitrariamente de los lineamientos constitucionales y legales**. Quiere ello decir que el juez en forma arbitraria y caprichosa actúa en desconexión del ordenamiento jurídico.

En el presente caso, el contenido de la violación al derecho fundamental al debido proceso se genera por un **defecto sustantivo o material** en el contenido de los autos de prueba, tanto en el juez de instancia como el Tribunal Superior del Distrito de Neiva, habida cuenta se motivó la exclusión en la exigencia de acudir ante un juez de control de garantías con el fin de obtener autorización previa y posterior que permitiera acudir ante las entidades Municipales y solicitar la entrega de la relación de llamada de los abonados celulares del Municipio de Neiva y la información del número fijó del municipio de aguazul – Casanare, conforme se mencionara posteriormente en detalle.

lii) Caso concreto

En el desarrollo de las audiencias preparatorias del proceso penal seguido ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva se presentaron por parte de la defensa como elementos materiales de pruebas para controvertir los argumentos de la Fiscalía General de la Nación, entre otros, un primer paquete de documentos contentivo de lo siguiente:

1. *Oficio del 09 de agosto de 2019 dirigido a la Alcaldía de Aguazul (Casanare), donde se solicita información de la vinculación del señor PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO para el día 29 de noviembre de 2011 junto con los soportes. De igual forma, si en dicha entidad se encontraba activo el abonado teléfono 6392323. (2 folios)*
2. *Oficio No. 6937 del 27 de agosto de 2019, suscrito por HANNER STEVEN MARTINEZ –Jefe de la Oficina Jurídica - con anexos que contiene certificación de la vinculación de PEDRO ALEXANDER*

CORREDOR CAMARGO y documentos que soportan la relación de números telefónicos (10 folios).

El anterior grupo de documento relacionados, tienen su pertinencia en que sirven para establecer y develar la idoneidad o vinculación de las personas que suscribieron las certificaciones de cesión que fueron aportados por el proponente UNION TEMPORAL EJE LUDICO CARRERA 16, respecto a los contratos que tenían sus participantes en los municipios de YOPAL y AGUAZUL – Casanare-, lo que permitirá constatar que dichos documentos fueron diligenciados o suscritos por personas vinculadas contractual y reglamentariamente a dichas administraciones municipales.

Su utilidad para la defensa, esta derivada en poder develar la idoneidad de dichas personas para suscribir dichos documentos y de ser posible, que aquellos efectúen el reconocimiento de las firmas consignadas en los mismos, habida cuenta que son testigos citados a juicios, lo que permitirá darle fuerza demostrativa a la tesis argumentativa de la defensa conjunta en tanto lograr develar que en cabeza de las personas competentes se adelantaron las gestiones para verificar la veracidad de la información consignada en las certificaciones arrimadas al proceso contractual, lo que hará menos probable la tesis argumentativa de la FGN frente a un acuerdo de voluntades conjunto para defraudar la FÉ PÚBLICA y de suyo, la legalidad y transparencia del proceso contractual.

De otro lado, en un segundo paquetes de documentos objeto de la decisión objetada se acopiaron los siguientes documentos:

- 1. Oficio del 27 de marzo de 2019 con radicado id 353647 suscrito por ANDRES FELIPE TAMAYO POLANIA y dirigido al Municipio de Neiva en calidad de titular de la cuenta de servicios de telefónico celular, para que requiera a la empresa **TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A** identificada con el Nit. 830.037.330-7 con la finalidad que expida copia de la factura de los servicios telefónicos con todos sus anexos del periodo comprendido entre el 10 DE DICIEMBRE DE 2011 AL 09 DE ENERO DE 2012 con cargo a la cuenta No. 46232112.*
- 2. Oficio SG 1332 del 29 de agosto de 2019, suscrito por LILIANA TRUJILLO URIBE en calidad de Secretaria General del Municipio de Neiva, remitiendo la información solicitada y contestada por parte de la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES donde se adjunta en CD el contenido de la factura de la cuenta de servicios de telefonía No. 46232112 donde están los registros de las llamadas realizadas con cargo a las líneas de propiedad del municipio de Neiva durante el periodo deprecado, concretamente la línea celular 3187354074.*

Sobre los anteriores elementos enunciados y solicitados como prueba a presentar en el desarrollo del juicio oral, se determinó por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva y el Tribunal Superior de Neiva SALA PENAL, que la forma en que los mismo fueron recaudados resulto ilícito y por ello objeto de la exclusión probatorio, al recaudarse sin haberse agotado una búsqueda selectiva en base de datos previo autorización del juez de control de garantías, habida cuenta que se estaba accediendo a una base de datos en la que debe verificarse la limitación al derecho a la intimidad.

Concretamente frente a las facturas de líneas telefónicas del municipio de Neiva, consideró que, si bien son de una entidad territorial de carácter público, su utilización era de particulares, requiriendo así control previo y posterior a la información recopilada por parte del Juez de Control de Garantía. La misma tesis fue acogida por parte de la sala cuarta de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en auto que resuelve el recurso de apelación a las solicitudes probatorias.

Similar tesis, se sostuvo respecto al “oficio No. 6937 suscrito por Hanner Steven Martínez, jefe de la oficina jurídica, con la certificación de la vinculación de Pedro Alexander Corredor y documentos que relacionan los números telefónicos del municipio de Aguazul y Yopal Casanare”, exigiéndose que podía lesionarse al derecho a la intimidad de personas naturales y constándose el pobre o exiguo análisis que la Colegiatura realizó a los argumentos de la Defensa en el recurso de alzada, pues en aquellos documentos solo se anexa los documentos que acreditan su vinculación con la entidad territorial y los actos administrativos de pago de facturas de servicios telefónicos donde se pretende evidenciar que el número de teléfono que tenía la certificación de cesión allegada en el proceso de LP 009 DE 2011 correspondía a un número de teléfono fijo de dicha entidad.

Pues bien, conforme se mencionó en precedencia la razón para que procediera la exclusión probatoria obedeció a la necesidad de agotarse a la búsqueda selectiva en base de datos de que trata el art. 244 del C.P.P. habida cuenta que se accedió a una base de datos en la que podían afectarse derechos fundamentales de terceros.

La búsqueda selectiva en base de datos, esta reglada en el artículo 244 del C.P.P. norma que al tenor literal reza:

ARTÍCULO 244. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS. *La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público. Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al*

indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

*En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.
(..)*

Sobre la procedencia de la búsqueda selectiva en base de datos, se tiene que la misma es un MECANISMO o MEDIO para lograr el acopio o recaudo de información que permita a la Fiscalía General de la Nación o Defensa sustentar su tesis acusatoria o defensiva, según sea el caso. Para lo cual, debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal.

El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado.

Al establecer, en las normas impugnadas, la facultad para el órgano de investigación de acceder a información confidencial, reservada a la esfera personal del individuo, sin que medie la autorización judicial previa, está estableciendo una interferencia indebida en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, que resulta efectivamente transgresora del artículos 14 C.P., así como del 250.3 ib. que establece los presupuestos bajo los cuales el Estado, en legítimo ejercicio de su potestad investigativa, puede realizar intervenciones en los derechos fundamentales.

Empero, aquel derecho a la intimidad y la facultad investigadora no se instituyen como derechos o facultades absolutas y están limitadas a libre disposición que ostenta el titular de dichos derechos en renunciar a los mismos, lo que determina entonces que la búsqueda selectiva en base de datos se estructura como un mecanismo que permite acceder información que este almacenada en base de datos y a la que no se puede acceder de forma libre, siempre que el titular del derecho fundamental a la intimidad no renuncie tácita o expresamente a su salvaguarda, pues en aquel caso inane resultaría acudir a un juez constitucional para solicitar la autorización previo o posterior de obtener una información que ya ha sido entregada o autorizada por parte de titular del derecho que posiblemente puede afectarse.

Lo anterior, permite constatar entonces que contrario a lo referido por los juzgados accionados la búsqueda selectiva en base de datos no se instituye como el único y obligatorio mecanismo para lograr acceder a información privilegiada que se encuentre en base de datos, sino que es una alternativa a la que se puede acudir dentro de las facultades investigativas.

Por tanto, en aquellos eventos en se ostente la renuncia o la autorización del titular del derecho fundamental que presuntamente se afectara, infructuoso e innecesario resulta acudir ante el juez de control de garantías a solicitar una autorización previa, cuando la misma ya ha sido emitida expresa o tácitamente por la persona natural o jurídica titular del habeas data, so pena que se determine una tarifa legal proscrita en el derecho procesal penal para exigir que todos aquellos documentos o información que se registre en base de datos, deba necesariamente recogerse mediante la búsqueda selectiva en base de datos, premisa que no se acompasa a la intención del legislador.

En este asunto, aquello fue precisamente lo acontecido y la razón por la que se considera que se incurrió en un defecto sustantivo, pues **la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable**, porque: **(a) no es pertinente y no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador,** miremos:

Dentro de los documentos relacionados con el municipio de Neiva, los siguientes:

1. Oficio del 27 de marzo de 2019 con radicado id 353647 suscrito por ANDRES FELIPE TAMAYO POLANIA y dirigido al Municipio de Neiva en calidad de titular de la cuenta de servicios de telefónico celular, para que requiera a la empresa **TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A** identificada con el Nit. 830.037.330-7 con la finalidad que expida copia de la factura de los servicios telefónicos con todos sus anexos del periodo comprendido entre el 10 DE DICIEMBRE DE 2011 AL 09 DE ENERO DE 2012 con cargo a la cuenta No. 46232112.
2. Oficio SG 1332 del 29 de agosto de 2019, suscrito por LILIANA TRUJILLO URIBE en calidad de Secretaria General del Municipio de Neiva, remitiendo la información solicitada y contestada por parte de la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES donde se adjunta en CD el contenido de la factura de la cuenta de servicios de telefonía No. 46232112 donde están los registros de las llamadas realizadas con cargo a las líneas de propiedad del municipio de Neiva durante el periodo deprecado, concretamente la línea celular 3187354074

Aquellos documentos, contienen **las facturas telefónicas de abonados celulares signados y adscritos al municipio de Neiva, que tiene la finalidad de revelar la relación de llamadas entrantes y salientes, con la efectiva llamada a los abonados fijos dispuestos en las certificaciones anunciadas en el escrito de acusación**, documentos que fueron entregados directamente por el titular de las líneas telefónicas, en este caso, el MUNICIPIO DE NEIVA conforme aquellos ellos mismos certifican.

Por tanto, la norma escogida por parte de los juzgados accionados – art. 244 CPP- parte de una aplicación sesgada e indebida, pues ciertamente la búsqueda selectiva es un medio para acceder a información que se almacene en base de datos, PERO NO LA UNICA. Otra forma de acudir a dicha información, lo será precisamente acudir al titular del derecho fundamental de la intimidad y que sea aquel directamente quien suministre la información, como ocurrió y en la que ningún asidero tendría acudir a un juez constitucional a que autorice la entrega de una información a la que se accedió en legal forma.

Adicionalmente, no es posible pregonar la afectación del derecho a la intimidad y habeas data, como se soporta el contenido de la exclusión de dichos elementos, debido a que los mismos **fueron entregado por parte del titular del derecho sobre las líneas telefónicas que en este caso es el municipio de Neiva como persona jurídica**.

El artículo 15 de la Constitución Política consagra el derecho al *habeas data*, disponiendo:

“ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

Pero como se anotó, la renuncia al mencionado derecho ha sido habilitado por la jurisprudencia constitucional al reconocer la violación al derecho a la intimidad, cuando la información es recogida sin la autorización del titular del dato. La sentencia de tutela T-284/08 con ponencia de la Magistrada Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, expuso:

Bajo estos presupuestos el derecho fundamental al *habeas data* resulta vulnerado cuando la información contenida en el archivo de datos sea recogida de “*manera ilegal, **sin el consentimiento del titular del dato** (i), sea errónea (ii) o recaiga sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente (iii)”⁷. (resalto nuestro).*

⁷ Sentencia T-176/95.

Y más adelante agrega:

En esta medida, si se suministran datos veraces, *cuya circulación ha sido previamente autorizada por su titular, no resulta, en principio una conducta lesiva del derecho fundamental al habeas data.* (resalto nuestro).

De acuerdo con lo anterior, no es posible pregonar la afectación del derecho a la intimidad y el derecho al *habeas data* cuando se cuenta con la autorización por parte del titular de la información, que, en el presente caso, corresponde al MUNICIPIO DE NEIVA quien la suministro con la respuesta al derecho de petición contenida en el Oficio SG 1332 del 29 de agosto de 2019, suscrito por LILIANA TRUJILLO URIBE en calidad de Secretaria General del Municipio de Neiva.

De igual forma, sobre la utilización de los teléfonos celulares por parte de personas naturales empleados de la entidad, es preciso advertir que el contenido de la factura de telecomunicaciones entregada por parte del municipio de Neiva y presentada como elemento material de prueba no es posible ser asociada a una persona natural determinada o determinable, más aún, cuando en la decisión los despachos no contaban con información concreta que habilitara dar por sentado la afectación de derechos fundamentales de personas que nunca se identificó de quienes se trataba.

Un entendimiento en tal sentido, habría determinado que los despachos se abstuvieran de pronunciarse de fondo, habilitaran el decreto de los medios de prueba y dejaran supeditada su incorporación al momento de la publicación de dichos documentos en el juicio oral, para conocer en ese momento si existiera derechos de personas naturales afectados, y no emitir juicios a priori que ningún sustentó ostentaba ante su desconocimiento del contenido del medio de prueba.

Finalmente, similar situación acontece en lo relacionado con los documentos aportados por el Municipio de AGUAZUL: 1. *Oficio del 09 de agosto de 2019 dirigido a la Alcaldía de Aguazul (Casanare), donde se solicita información de la vinculación del señor PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO para el día 29 de noviembre de 2011 junto con los soportes. De igual forma, si en dicha entidad se encontraba activo el abonado teléfono 6392323. (2 folios) y 2. Oficio No. 6937 del 27 de agosto de 2019, suscrito por HANNER STEVEN MARTINEZ –Jefe de la Oficina Jurídica - con anexos que contiene certificación de la vinculación de PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO y documentos que soportan la relación de números telefónicos (10 folios).*

Sobre los mismos, nuevamente se incurre en un defecto sustantivo al aplicarse una norma que ninguna pertinencia tenía con el contenido de la información requerida, pues aquella solo se limitaba a la entrega de la

certificación de vinculación contractual con la copia del contrato de prestación de servicios profesionales de un ex – contratista de la entidad y la certificación sobre la titularidad de una línea telefónica del Municipio de AGUAZUL, información a la que se arribó con solicitud formal que se elevará a dicha entidad territorial y la que la misma accedió a entregar por no corresponde a información reservada.

Y es que se insiste, tal fue el yerro de los despachos accionados que efectuaron el mismo análisis a este grupo de documentos, asemejando su contenido a la información entregada por el Municipio de Neiva, cuando aquella distaba no solo en su contenido sino además en la calidad de pública de la información que entregaban, lo que determinaba que no fuera necesario acudir a la búsqueda selectiva en base de datos, pues no se trataba de información recopilada en una base de datos y lo solicitado se limitaba a la entrega soportes de vinculación de un contratista y su constatación de vinculación a dicha entidad territorial, así como a la titularidad de un abonado telefónico.

En consecuencia, brilla por su ausencia la lesión o afectación que pudo causarse a los derechos del habeas data o intimidad de aquel contratista y mucho menos de una persona jurídica como lo es el MUNICIPIO DE AGUAZUL, que constata que los despacho tutelados no efectuaron una análisis pormenorizado del contenido que podrían contener dichos documentos, precisamente porque en el ejercicio de la audiencia preparatoria solo se anuncia los medios de prueba que se pretenden sean decretados, sin que se descubran al titular del juzgado de conocimiento y que determina que su decisión se adopte a priori sin mayores elementos de juicio.

Resulta tan evidente la vulneración que los oficios análogos dirigidos a la Alcaldía de Yopal, donde igualmente se solicita información de la vinculación, en ese caso del señor LUIS FERNANDO OLIVAR RIVERA para el día 29 de noviembre de 2011 junto con los soportes, al igual de consultar si en dicha entidad se encontraba activo el abonado teléfono fijo 6392323, si fueron decretados como prueba documental, bajo los mismos argumentos de pertinencia y utilidad.

Son precisamente todas las razones mencionadas en precedencia, las que permiten constatar que se afectó flagrantemente el derecho al debido proceso y defensa de mi representado, pues pese a que acudió de forma legal ante las autoridades municipales requiriendo una información y que aquellas renunciaron al posible derecho que pudieran afectárseles en el marco de la intimidad, accediendo a entregar información, los juzgados accionados en una aplicación errada, sesgada e impertinente para el caso de la búsqueda selectiva en base de datos.

IV. PRUEBAS

Ruego honorables magistrados, se sirva tener en cuenta las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES:

1. Auto que resuelve la pruebas en la audiencia preparatoria de fecha 11 de febrero de 2022 emanado del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva.
2. Auto que resuelve el recurso de apelación a las solicitudes probatorias, comunicado el 26 de enero de 2023 por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.
3. Memorial de solicitud de adición al contenido del auto de fecha 20 de enero de 2023 proferido por parte de la Sala cuarta de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva presentado el 31 de enero de 2023.
4. Auto de adición del 22 febrero de 2023 comunicado en audiencia del pasado 28 febrero de 2023 por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.
5. *Oficio del 09 de agosto de 2019 dirigido a la Alcaldía de Yopal.*
6. *Oficio del 22 de agosto de 2019, suscrito por GINNA ANDREA REINA CONTRERAS – Subsecretario de Talento Humano de la Alcaldía de Yopal- con anexos que contiene certificación de la vinculación de LUIS FERNANDO OLIVAR RIVERA y resolución de nombramiento (4 folios).*
7. *Oficio del 09 de agosto de 2019 dirigido a la Alcaldía de Aguazul (Casanare).*
8. *Oficio No. 6937 del 27de agosto de 2019, suscrito por HANNER STEVEN MARTINEZ –Jefe de la Oficina Jurídica - con anexos que contiene certificación de la vinculación de PEDRO ALEXANDER CORREDOR CAMARGO y documentos que soportan la relación de números telefónicos (10 folios).*
9. *Oficio del 27 de marzo de 2019 con radicado id 353647 suscrito por ANDRES FELIPE TAMAYO POLANIA y dirigido al Municipio de Neiva en calidad de titular de la cuenta de servicios de telefónico celular, para que requiera a la empresa **TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A** identificada con el Nit. 830.037.330-7 con la finalidad que expida copia de la factura de los servicios telefónicos con todos sus anexos del periodo comprendido entre el 10 DE DICIEMBRE DE 2011 AL 09 DE ENERO DE 2012 con cargo a la cuenta No. 46232112.*
10. *Oficio SG 1332 del 29 de agosto de 2019, suscrito por LILIANA TRUJILLO URIBE en calidad de Secretaria General del Municipio de Neiva, remitiendo la información solicitada y contestada por parte de la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACOIONES donde se*

adjunta en CD el contenido de la factura de la cuenta de servicios de telefonía No. 46232112 donde están los registros de las llamadas realizadas con cargo a las líneas de propiedad del municipio de Neiva durante el periodo deprecado, concretamente la línea celular 3187354074.

11. *Copia de la factura de telefonía celular y los pertinente al abonado celular 3187354074 donde no es posible determinar la persona que lo tenía asignado.*

V. FUNDAMENTO DE DERECHO

Fundamento esta tutela en el artículo 23 y 86 de la Constitución Política de Colombia y los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992. Igualmente, en los artículos 2° - 3° literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VI. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 37 Decreto 2591 de 1991 y lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra decisiones proferida por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito.

VII. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que mi representado no ha instaurado otra tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos materia de esta acción, según el artículo 37, Decreto 2591 de 1991.

VIII. ANEXOS

1. Los documentos anunciados en el capítulo de pruebas.
2. Poder conferido.

IX. NOTIFICACIONES

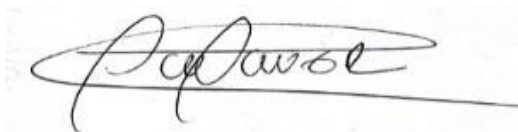
La parte accionada:

EI TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA - SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL a través del correo electrónico des04sptsnva@cendoj.ramajudicial.gov.co

EI JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE NEIVA a través del correo electrónico pcto01nei@cendoj.ramajudicial.gov.co

El suscrito defensor a través del correo electrónico richardmauricio22@hotmail.com y quinterogilconsultores.penal@gmail.com.

Atentamente,



RICHARD MAURICIO GIL RUIZ

C.C. No. 94.538.289 expedida en Cali

T. P. No. 202.349 C. S. de la Judicatura.