

RECURSO DE SUPLICA – Suspensión provisional. Información privada o confidencial

En este contexto, concluye la Sala que las normas constitucionales y legales anteriormente citadas son coincidentes en establecer que cuando quiera que se busque obtener información privada o confidencial de una persona mediante la interceptación de comunicaciones, deberá mediar autorización previa y escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado. Así las cosas, considera la Sala que se debe confirmar la suspensión provisional del aparte demandado del artículo 4º del Decreto 1704 de 2012 como quiera que la expresión “o demás autoridades competentes” entraña una habilitación para que cualquier otra autoridad, diferente a la Fiscalía General de la Nación, pueda acudir a los proveedores de redes y servicios de telecomunicación y solicitar el suministro de los datos de usuarios tales como su identidad, dirección de facturación y tipo de conexión, situación que supondría una vulneración al derecho a la intimidad de las personas, como quiera que escapa de los parámetros legales y constitucionales dentro de los cuales se permite que terceros obtengan información privada o confidencial de las personas.

FUENTE FORMAL: LEY 906 DE 2004 – ARTICULO 14 / LEY 906 DE 2004 – ARTICULO 244 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 246 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 15 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 250.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1704 DE 2012 MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES – ARTICULO 4 (Suspensado).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., tres (03) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00

Actor: FERNEY ENRIQUE CAMACHO GONZALEZ

Demandado: MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

Referencia: RECURSO DE SUPLICA – MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCOSTITUCIONALIDAD

Se decide el recurso ordinario de súplica oportunamente interpuesto por el apoderado del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS

COMUNICACIONES, contra el proveído de 31 de julio de 2013, proferido por el Consejero GUILLERMO VARGAS AYALA en Sala Unitaria, mediante la cual decretó la suspensión provisional del acto demandado.

I.- FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Mediante auto de 31 de julio de 2013, el Consejero GUILLERMO VARGAS AYALA en Sala Unitaria, decretó la suspensión provisional de los efectos del aparte “o demás autoridades competentes” del artículo 4º del Decreto 1704 de 2012, proferido por el MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, considerando en esencia lo siguiente:

“(…) una lectura del artículo 52 de la Ley 1453 reglamentado, como el artículo 250 constitucional en sus numerales 2º y 8º, levantan serias dudas sobre la validez de la habilitación que contiene el precepto impugnado para que “otras autoridades competentes”, distintas a la Fiscalía General de la Nación, puedan acudir a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y requerir información personal de quienes se encuentran siendo investigados.

De un lado, la extensión a unas autoridades indeterminadas e indefinidas por el Reglamento de una prerrogativa indispensable para poder llevar a cabo la interceptación de comunicaciones a que alude el referido artículo 52 constituye un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que la Ley es clara en señalar un reparto específico de responsabilidades: el fiscal ordena la interceptación y las demás autoridades competentes “serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación así como del procesamiento de la misma”, resultando ostensible que el requerimiento de información personal a los proveedores de redes y servicios no forma parte de la “operación técnica” contemplada en la Ley.

(…)

De otro lado, se observa igualmente que habilitar a otras autoridades el ejercicio de la prerrogativa antes referida crea un riesgo para el derecho a la intimidad consistente en la fragmentación de la responsabilidad de la obtención de información personal; circunstancia que revela el déficit de protección al derecho a la intimidad que no se ve mitigado por la exigencia de cumplimiento de “los requisitos legales a que haya lugar”, ni por el control judicial posterior que ordena la Constitución y la Ley en estos eventos, ni mucho menos por la obligación de confidencialidad que establece el artículo sexto del Decreto 1704 de 2012. Mucho menos cuando el artículo 4º del Decreto 1704 de 2012 ni siquiera delimita en términos precisos el alcance de la prerrogativa que concede a las autoridades, pues tan solo enuncia que se pueden pedir “los datos de suscriptor, tales como identidad, dirección de facturación y tipo de conexión”, de donde se desprende que se trata de una habilitación general en relación con la cual lo mínimo que se puede exigir, en

aplicación de lo que la Constitución y la Ley establecen, es que sea solo la Fiscalía General de la Nación, en su papel de directora y coordinadora de las funciones policía judicial y de principal responsable de la interceptación a las comunicaciones privadas, quien monopolice este poder y asuma la subsecuente responsabilidad por el manejo de los datos así obtenidos.”

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, mediante escrito visible a folios 54 y 55 del expediente, manifestó no estar de acuerdo con la decisión por las razones que a continuación se enuncian:

Indica, que en la providencia recurrida se concluye, que la expresión “o demás autoridades”, extiende la prerrogativa que el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011 establece privativamente para la Fiscalía General de la Nación. No obstante, indica, la disposición en cuestión se debe interpretar conforme al artículo 15 de la Constitución, que en su parte pertinente dice: *“la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”*.

y agrega, que *“la providencia apelada, no tiene en cuenta que además del fiscal existen otras autoridades judiciales que podrían ordenar la interceptación de comunicaciones, como podría ocurrir en los procesos que conoce la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto a personas que gozan de fuero penal, así como en aquellos casos en que el Congreso de la República ejerce funciones judiciales, como se prevé en la Constitución Política, artículo 116 y en la misma Ley 906 de 2004, artículos 31 y 32.”*

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1. De conformidad con el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, el recurso ordinario de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia. En consecuencia, en la medida en que el auto suplicado es susceptible del recurso de apelación según lo dispone el artículo 243, numeral 2°, ibídem, es procedente su estudio.

III.2. La procedencia de la medida de suspensión provisional se encuentra regulada en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, así:

*“Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.*
(Negrillas fuera del texto)

En este sentido, se observa, que el apoderado del actor, mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2012 interpuso demanda de nulidad contra la frase “o demás autoridades competentes” del artículo 4º del Decreto 1704 de 2012, “Por medio del cual se reglamenta el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011, se deroga el Decreto 075 de 2006 y se dictan otras disposiciones”, proferido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En escrito separado, el actor solicitó la suspensión provisional de la expresión en comento, por violación de los artículos 15, 150 numeral 1º, 189 numerales 9º, 10 y 11, y 250 de la Constitución Política; así como los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004.

Según explica, la violación se centra en que la frase “o demás autoridades competentes” del artículo 4º del Decreto 1704 de 2012 desborda los parámetros establecidos en la Constitución para la obtención de datos personales, pues legitima que autoridades diferentes a la Fiscalía General de la Nación puedan solicitar a los proveedores de redes y servicios de telecomunicación información personal de los usuarios.

Así las cosas, en aras de realizar la respectiva confrontación del aparte demandado con las normas superiores invocadas como violadas, se transcribe el contenido de los artículos 15 y 250 de la Constitución, así:

“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.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

“Artículo 250. (Modificado por el [Acto Legislativo No. 3 de 2002](#)). 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, querrela 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.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

(...)

2. 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.” (Negrillas fuera del texto)

A su turno los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004 dicen:

“ARTÍCULO 14 INTIMIDAD. Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.

No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.

En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.”

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.” (Negrillas fuera del texto)

Ahora bien, como se lee en los considerandos del Decreto 1704 de 2012, el mismo se profirió con el fin de reglamentar el artículo 52¹ de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo [235](#) de la Ley 906 de 2004 sobre interceptación de comunicaciones.

En este contexto, el artículo 4º del Decreto 1704 de 2012, dice:

“ARTÍCULO CUARTO.- INFORMACIÓN DE LOS SUSCRIPTORES: Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, una vez

¹ARTÍCULO 52. El artículo 235 de la Ley 906 de 2004 quedara así: **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. (Negrillas fuera del texto)**

*cumplidos los requisitos legales a que haya lugar, **deberán suministrar a la Fiscalía General de la Nación o demás autoridades competentes**, a través del grupo de Policía Judicial designado para la investigación del caso, **los datos del suscriptor, tales como identidad, dirección de facturación y tipo de conexión**. Esta información debe entregarse en forma inmediata.*

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán mantener actualizada la información de sus suscriptores y conservarla por el término de cinco años.” (Negritas y subrayado fuera del texto)

En este contexto, concluye la Sala que las normas constitucionales y legales anteriormente citadas son coincidentes en establecer que cuando quiera que se busque obtener información privada o confidencial de una persona mediante la interceptación de comunicaciones, deberá mediar autorización previa y escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado.

Así las cosas, considera la Sala que se debe confirmar la suspensión provisional del aparte demandado del artículo 4º del Decreto 1704 de 2012 como quiera que la expresión “o demás autoridades competentes” entraña una habilitación para que cualquier otra autoridad, diferente a la Fiscalía General de la Nación, pueda acudir a los proveedores de redes y servicios de telecomunicación y solicitar el suministro de los datos de usuarios tales como su identidad, dirección de facturación y tipo de conexión, situación que supondría una vulneración al derecho a la intimidad de las personas, como quiera que escapa de los parámetros legales y constitucionales dentro de los cuales se permite que terceros obtengan información privada o confidencial de las personas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

CONFÍRMESE el auto de 31 de julio de 2013 proferido por el Consejero GUILLERMO VARGAS AYALA en Sala Unitaria.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del de la fecha.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO