

Capítulo segundo

Licitud de injerencias de comunicaciones en el derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos

Introducción

El objeto de este capítulo es mostrar cómo desde el derecho internacional humanitario (DIH) se podrían tratar las injerencias en las comunicaciones privadas, principalmente las interceptaciones dentro de un contexto de conflicto armado no internacional, para después contrastarlas con el manejo interno. Así mismo, teniendo en cuenta nuestro contexto nacional, resulta necesario entender la relación del DIH con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), para luego exponer cuál ha sido el desarrollo dentro del DIDH sobre esta misma materia.

2.1. Las interceptaciones de comunicaciones a la luz del DIH

En este punto nos vamos a concentrar en cómo se podrían tratar las interceptaciones de comunicación en esta rama del derecho internacional. Para ello expondremos la definición vigente de conflicto armado, luego expondremos sus

principios y con base en ello daremos una respuesta sobre el asunto que nos concierne.

2.2. Definición de conflicto armado

La definición jurídica de conflicto armado como propiamente se conoce hoy día la encontramos en la Decisión de Apelación sobre la Jurisdicción del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) en el caso *Tadic*, que dice: “Existe un conflicto armado siempre que se recurre a la fuerza armada entre Estados, o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado”.^{1,2}

¹ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (IT-94-1-A), de 2 de octubre de 1995, párr. 70. (Traducción libre) Dice textualmente: “We find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”; Cfr., CPI, Situación de la República Democrática del Congo, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06) de 14 de marzo de 2012, párr. 533.

² Claramente el “conflicto armado” tiene otra palabra en el lenguaje común, que es “guerra”. La Real Academia de la Lengua la entiende, en su segunda acepción, como la “[L]ucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación”. Otra definición la encontramos en uno de los textos clásicos sobre esta materia: Carl Von Clausewitz dice que “[l]a guerra es pues un acto de violencia para obligar al contrario a hacer nuestra voluntad”. Cfr., Von Clausewitz, Carl. *De la guerra*. Editorial La Esfera de los Libros. Versión íntegra, Madrid, 2005, p. 17.

Para el entendimiento de los conflictos es bueno estudiar cuáles podrían ser los “mitos de origen” para darles un sentido o una explicación, como lo es “el *Eelam* para los tamiles, *Marquetalia* para las FARC, y la *Irlanda Unida* para el IRA”, puesto que a partir del entendimiento razonado de sus causas, y viendo lo que hay detrás de los mitos, se puede hacer un mejor análisis del contexto. Cfr.,

Con base en este concepto, se han reconocido principalmente tres tipos de conflictos, los que la CPI los ha venido definiendo de la siguiente manera: i) conflicto armado internacional: “[e]xiste un conflicto armado internacional en el caso de las hostilidades armadas entre los Estados a través de sus respectivas fuerzas armadas u otros actores que actúan en nombre del Estado”;³ ii) conflicto armado no internacional; consiste en que “la participación de los grupos armados con cierto grado de organización y la capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas permitiría que el conflicto se caracterizara por ser un conflicto armado que no sea de índole internacional”;⁴ y

Uribe Alarcón, María Victoria. *Salvo el poder, todo es ilusión. Mitos de origen: Tigres Tamiles de Sri Lanka, Fuerzas Armadas de Colombia, Irish Republican Army*. Instituto Pensar, Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá, 2007, pp. 26-31.

³ CPI, Situación República Democrática del Congo. Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06) de 14 de marzo de 2012, párr. 541. (Traducción libre) Dice textualmente: “an international armed conflict exists in case of armed hostilities between States through their respective armed forces or other actors acting on behalf of the State”, citando a: CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08-424) de 15 de junio de 2009, párr. 223.

⁴ CPI, Situación de la República Democrática del Congo. Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06) de 14 de marzo de 2012, párr. 535. (Traducción libre) Dice textualmente: “the involvement of armed groups with some degree of organisation and the ability to plan and carry out sustained military operations would allow for the conflict to be characterised as an armed conflict not of an international character”, citando a: CPI, Situación de la República del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga*

iii) el que la doctrina ha venido llamando conflicto armado internacionalizado, el cual es una combinación de los dos anteriores. Se presenta cuando un Estado interviene directamente en apoyo de un grupo armado organizado que se opone a las fuerzas gubernamentales,⁵ o cuando un Estado tiene dominio sobre un grupo armado dentro de un Estado diferente, tiene “un papel en la organización, coordinación y planificación de las acciones militares del grupo militar, además de la financiación, el entrenamiento y el equipamiento o la prestación de apoyo operacional a ese grupo”.⁶

Puesto que la ley especial o derecho aplicable a este contexto es el DIH, como veremos más adelante, nos vamos a concentrar en su objeto, fin y principios, en cuanto a partir de ello nos podemos acercar de una manera metódica. Si bien nos vamos a concentrar en el conflicto armado no internacional, resulta importante hacer referencia al conflicto armado internacional con relación a la interceptación de

Dyilo. Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/06-803-tEN) del 29 de enero de 2007, párr. 233.

⁵ Cfr., CPI, Situación de la República Democrática del Congo. Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06) de 14 de marzo de 2012, párr. 541.

⁶ *Ibid.*, párr. 541. (Traducción libre) Dice textualmente: “has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group”, citando a: CPI, Situación de la República Centroafricana, Sala de Cuestiones Preliminares II, Caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. (ICC-01/05-01/08-424) de 15 de junio de 2009, párr. 137.

comunicaciones, porque es el que ha tenido mayor desarrollo normativo.

2.3. Fin, objeto y principios rectores del DIH y sus efectos en las injerencias de comunicaciones

El objetivo del DIH es “preservar la dignidad del ser humano en el marco de los conflictos armados”,⁷ garantizando un mínimo de humanidad de tal manera que sus efectos resulten ser estrictamente necesarios. Siendo así, tiene por objeto la existencia de la persona, como lo dice Swinarski:

Buscando ‘el bien protegido’ en *ultima ratio legis* por el Derecho Internacional Humanitario habrá de concluir que es ello la ‘humanidad’, percibida no tanto como un sentimiento o una actitud de un ser humano ante las vicisitudes del destino de otro, sino, sobre todo, como un conjunto de seres humanos que tienen que seguir existiendo, superando los peligros de la guerra.⁸

Su normatividad tiene por fin llegar a “un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad”,⁹ buscando garantizar la existencia de las personas en conflicto

⁷ Salmón, Elizabeth. *Introducción al derecho internacional humanitario*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima-Comité Internacional de la Cruz Roja. Lima, 2004, p. 19.

⁸ Swinarski, Christophe. *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona*. 2.^a ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1991, p. 20.

⁹ *Ibíd.*, p. 25.

armado, en el entendido de que una “guerra, ya sea internacional o doméstica, significa destrucción”.¹⁰ Esta rama del derecho termina siendo *lex specialis* en el marco de conflictos armados, y por su carácter de garantizar la humanidad, es considerada por la comunidad internacional como normatividad imperativa, acorde a los artículos 53 y 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969: el art. 53 ordena que un tratado que vaya en contra de una norma imperativa del derecho internacional, conocido como *Ius Cogens*, será nulo al momento de su celebración, y define que dicha norma imperativa es aceptada y reconocida por toda la comunidad internacional; el art. 60 referente a la terminación de un tratado o la suspensión de este, en su numeral 5 plantea que no se podrá aplicar en aquellas disposiciones de protección de la persona humana en tratados de carácter humanitario.¹¹

¹⁰ Thüerer, Daniel. *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*. Hague Academy of International Law. Haya, 2011, p. 82.

¹¹ Cfr., Chetail, Vincent. *The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law*. International Review Red Cross. Junio-2003, Vol. 85 n.º 850, pp. 247, 259; y Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007. Sin embargo, otra postura de la doctrina considera que no todas las normas del DIH constituyen normas de *Ius Cogens*:

para la Corte Internacional de Justicia el Derecho Internacional Humanitario es una norma consuetudinaria, tal y como la sostiene la Corte en los fallos mencionados. Pero lo anterior no quiere decir que nos encontremos frente a normas imperativas o *ius cogens*; por ende, no podemos compartir una tesis como la de la Corte Constitucional de Colombia, que identifica los conceptos de costumbre, normas de *ius cogens* y Derecho Internacional Humanitario.

Abello Galvis, Ricardo. *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la comisión de derecho internacional*, CDI. En: Vniversitas,

Considerando su fin, el objeto es precisamente el contexto de conflicto armado. Como nos vamos a concentrar en el conflicto armado no internacional, su principal normatividad está regulada dentro del art. 3.º común a los Convenios de Ginebra, y el Protocolo Adicional II a los mismos, y encontramos que estos se activan cuando se presentan elementos objetivos, en el caso del art. 3.º común, al decir que “[e]n caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”.¹² Así, vemos que la existencia del conflicto no está condicionado a una declaración por parte de un Estado parte; solamente se requiere que se cumplan los elementos propios de la definición de conflicto armado no internacional, como se expuso anteriormente, y que este se encuentre dentro del territorio de un Estado parte.¹³

Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas (n.º 123) ISSN: 0041-9060. Bogotá (julio-diciembre) 2011, p. 99.

¹² Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la Guerra. *Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra*. Tomado de III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Aprobado el 12 de agosto de 1949.

¹³ Cfr., CIDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Sentencia 15 de septiembre de 2005, párrs. 107-115; Cfr., Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-574 de 1992; Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Rad. 35.099, Sentencia de 23 de marzo de 2011. También es importante señalar que el Protocolo II en el art. 1.1, además de los criterios comunes al art. 3 común, exige para su aplicación que “ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”; Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de*

Dentro de los tratados y costumbres que definen al DIH, es posible configurar una serie de principios rectores:

Los Convenios internacionales son una multitud de reglas que enuncian, en términos precisos, las obligaciones de los Estados. Pero, por encima de estas disposiciones particulares, hay cierto número de principios en los que se inspira el conjunto de la materia. A veces, están expresamente formulados en los Convenios; a veces, sería inútil buscar su enunciación, porque figuran implícitamente y expresan la sustancia del tema. A veces, incluso se derivan de la costumbre.¹⁴

Estos principios, también imperativos, sirven para desarrollar una interpretación correcta al momento de aplicar en concreto el DIH, asegurando que sea acorde al fin último. Hay que tener en cuenta que de un principio se derivan otros principios, encadenándose en ellos. Siendo así, entramos a exponer los principales:

- Principio de Humanidad
Partimos del principio de humanidad, cuyo contenido no solamente busca garantizar la existencia de las

1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Aprobado el 8 de junio de 1977.

¹⁴ Pictet, Jean. *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario. Curso dado el mes de julio de 1982 en la Universidad de Estrasburgo en el marco de la Reunión de Enseñanza organizada por el Instituto Internacional de Derechos Humanos.* Instituto Henry Dunant, Comité Internacional de la Cruz Roja. 3.ª, reimpresión, Gráficas Ducal Ltda. San José, 2001, p. 71.

personas en el conflicto, sino que además consiste en “respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes, como a los no combatientes, quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad”.¹⁵

– Principio de necesidad militar

En contraste con el principio de humanidad, está el principio de necesidad militar; este “justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos”.¹⁶ La necesidad militar parte “[d]el derecho a emplear la violencia, en la forma y el grado necesarios para obligar al adversario a someterse cuanto antes con el menor costo posible en dinero y vidas humanas”.¹⁷ De manera que cada conducta que realice uno de los miembros sujetos del conflicto no puede ser arbitraria, sino que debe corresponder a una necesidad justificada en las exigencias del conflicto, donde dicha justificación

¹⁵ Salmón Elizabeth. Op. cit., p. 56.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 58.

¹⁷ Hernández Hoyos, Diana. Op. cit., p. 252, citando a: Pictet, Jean. *Comentarios del Protocolo I del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de ginebra del 12 de agosto de 1949*. Trad. de Mauricio Duque Ortiz. Comité Internacional de la Cruz Roja. Plaza & Janés Editores Colombia S.A., Bogotá, 2001, p. 555.

se construye a partir de la proporcionalidad entre la necesidad y la humanidad.¹⁸

- Principio de limitación
En relación con la conducción de hostilidades, el principio de limitación consiste precisamente en limitar aquellos medios y métodos que sean utilizados en un ataque. “Este principio rechaza el recurso a la necesidad militar para justificar un interés militar absoluto, limitando la libertad de los beligerantes en la elección de los medios y métodos de combate en sus operaciones”.¹⁹ A su vez, se deriva el principio de la prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios, dado que “debe haber un equilibrio entre el daño causado, el sufrimiento infligido al enemigo y la eficacia militar”.²⁰

- Principio de distinción
Desde esta base, resulta necesario diferenciar los sujetos activos del conflicto. Ante esto nace el principio de distinción, que consiste en la obligación de distinguir entre los objetivos militares y quienes participan directamente en las hostilidades, y aquellas personas y/o bienes protegidos, y se prohíbe desarrollar ataques indiscriminados en donde no resulta posible

¹⁸ Cfr., Thürer, Daniel. Op. cit., pp. 68, 75.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 59.

²⁰ *Ibíd.*, p. 59.

hacer esta diferenciación.²¹ Por tanto, es necesario entender el concepto de objetivo militar, según el cual “solo se podrán atacar bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad, o utilización contribuya eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan una ventaja militar”.²² Asimismo, hay que saber quiénes participan directamente en las hostilidades, considerando que hay una prohibición expresa de cometer daño a quienes no participen directamente de estas. Dentro de la normatividad del conflicto armado no internacional, resulta necesario resaltar lo siguiente del numeral primero del art. 3 común de los cuatro tratados de Ginebra:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, *serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad*, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la

²¹ Cfr., Hernández Hoyos, Diana. *Derecho internacional humanitario*. 3.^a ed., Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2012, p. 253; Salmón Elizabeth. Op. cit., p. 59; y Thürer, Daniel. Op. cit., p. 87. Dice este último: “El objetivo principal del principio de distinción es la protección de no combatientes” (traducción libre).

²² Salmón Elizabeth. Op. cit., p. 56.

creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo (cursivas fuera del texto).

– Principio de proporcionalidad

Seguidamente, el asunto de en qué o quién se comete un ataque militar debe estar regido por el principio de proporcionalidad, ordenando una relación de equilibrio entre el daño colateral producido y la ventaja militar que se obtiene,²³ “exig[iendo] que el efecto entre los medios y métodos de combate escogidos y utilizados no sean desproporcionados con la ventaja militar que se busca obtener”.²⁴

Todos los principios se tienen en cuenta al momento de analizar la proporcionalidad de un ataque o una actuación militar. El profesor Daniel Thürer plantea que el principio de proporcionalidad se podría desarrollar en tres niveles: el primer nivel consiste en analizar la acción militar de que se esté tratando, que “deba ser adecuada para lograr el objetivo que representa la necesidad militar”;²⁵ el segundo nivel observa la proporcionalidad de los medios y métodos del combate, que no produzcan daños excesivos en proporción a la ventaja miliar que se obtenga; y el tercer nivel consiste en estudiar la relación entre la necesidad militar y el principio de humanidad, estu-

²³ Hernández Hoyos, Diana. Op. cit., p. 253.

²⁴ Salmón Elizabeth. Op. cit., p. 58.

²⁵ Thürer, Daniel. Op. cit., p. 76.

diando los intereses que envuelve el ataque.²⁶ En otras palabras, el primer nivel estudia la relación del ataque con la necesidad militar; el segundo trata el ataque de manera cuantitativa con respecto a la ventaja militar; y el tercero lo estudia de manera cualitativa a partir del principio de humanidad.

De igual forma, estos principios son utilizados en los conflictos armados, sin distinguir el tipo. La decisión del caso *Tadic* ya citada considera que “la esencia general de esas reglas [refiriéndose al DIH], y no la regulación detallada que pueda contener, es aplicable a los conflictos internos”.²⁷ Sin embargo, a pesar de que la esencia general en su conjunto es aplicable a los conflictos en general, encontramos que su regulación para algunas actuaciones depende de qué tipo de conflictos armados estemos discutiendo, dado que hay algunas particularidades que no se regulan en el conflicto armado no internacional, por tanto también resulta necesario estudiarlo a la luz del DIDH.²⁸

El art. 24 en el Reglamento concerniente a las Leyes o Costumbres de la Guerra Terrestre (RGT) de 1907 dice: “Los

²⁶ Cfr., Ídem.

²⁷ ТРИУ, *Prosecutor v. Tadic, Dusko*. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (IT-94-1-A) de 2 de octubre de 1995. (Traducción libre) Dice textualmente: “the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts”; Cfr., Moir, Lindsay. *The Law of Internal Armed Conflict*. University of Cambridge. Cambridge, 2002, pp. 188-192.

²⁸ Moir, Lindsay. Op. cit., pp. 193-231.

ardides de la guerra y el empleo de las medidas necesarias para la obtención de información sobre el enemigo y el país se considerarán permisibles”.²⁹ Este artículo enfocado al conflicto armado internacional tiene por regla general que los medios para obtener información del enemigo sean lícitos, siempre y cuando versen sobre el enemigo.

En la regulación sobre conflictos armados no internacionales no encontramos una prohibición expresa de esta conducta. Quedarse con la posición de *Tadic*, si bien es cierto que ha dado un gran aporte para la regulación de conflictos internos en diferentes materias,³⁰ también tiene que ser analizado a la luz de DIDH, en cuenta los dos terminan siendo aplicables conjuntamente, como entramos a ver. Adicionalmente, es importante resaltar que Jean Pictet estableció tres principios comunes entre el DIH y el DIDH:

1. Principio de inviolabilidad, según el cual “el individuo tiene derecho al respeto de su vida, de su integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad”;³¹
2. Principio de no discriminación, que Elizabeth Salmón ha entendido como el imperativo de que “todos

²⁹ Segunda Conferencia de Paz de la Haya. *Reglamento concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*. Anexo al Convenio IV relativo a las leyes y costumbres de la guerra. Adoptada el 18 de octubre de 1907. (Traducción libre) Dice textualmente: “Uses of war and the employment of measures necessary for obtaining information about the enemy and the country are considered permissible”.

³⁰ Cfr., Moir, Lindsay. Op. cit., p. 133.

³¹ Pictet, Jean. Op. cit., p. 75.

deberán ser tratados sin distinción desfavorable de ningún tipo;³² y

3. Principio de seguridad, que consiste en la seguridad de la persona, relacionándolo directamente con las garantías judiciales y los derechos que reconocen los convenios como irrenunciables.³³

Sobre este último, en el caso de los conflictos armados no internacionales, encontramos la protección de garantías judiciales en el art. 3 común, Inc. 2, lit. d:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, *como mínimo*, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que *no participen directamente en las hostilidades*, *incluidos* los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, *detención* o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, *sin distinción alguna* de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

³² Salmón Elizabeth. Op. cit., p. 74; Cfr., Pictet, Jean. Op. cit., p. 79.

³³ Cfr., Pictet, Jean. Op. cit., pp. 80, 81.

A este respecto, *se prohíben, en cualquier tiempo y lugar*, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:
[...]

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con *garantías judiciales* reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados (cursivas fuera del texto).

2.4. Las interceptaciones de comunicaciones a la luz del DIDH

2.4.1. La relación entre el DIH y el DIDH

Cuando una conducta no está prohibida expresamente por el DIH, como es el caso de las injerencias de las comunicaciones privadas, pero que a la luz del DIDH pareciera vulnerar un derecho consagrado, como el derecho a la intimidad, se hace necesario un estudio de este derecho en contexto.³⁴

Esto nos acerca a otro punto en común que son aquellos derechos humanos que no admiten suspensión o derogación temporal en casos especiales como el contexto del conflicto armado, regulado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el art. 4.2.³⁵

³⁴ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social-Comisión de Derechos Humanos. *Informe de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías sobre su 46° periodo de sesiones-Declaración de Normas Humanitarias Mínimas* (Normas de Turku). E/CN.4/1995/116 de 31 de enero de 1995; Cfr., Thürer, Daniel. Op. cit., pp. 132-137.

³⁵ “La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”. A pesar de que los artículos no dicen qué derecho es, como sí sucede con los instrumentos regionales de

Encontramos que las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluyendo a los miembros de las fuerzas armadas que hayan sido detenidos, tendrán derecho a un juicio con respeto a las garantías judiciales. En el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General n.º 29, no se podrán suspender los derechos que se encuentran enlistados en el art. 4. 2. que son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura o trato cruel, inhumano o degradante, la prohibición de la esclavitud, trata de esclavos o servidumbre, encarcelamiento por incumplimiento contractual, al cumplimiento del principio de legalidad en materia penal, reconocimiento a la personalidad jurídica, y la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

El art. 14 del Pacto que regula las garantías judiciales, si bien no está dentro del listado de derechos que no admiten suspensión, el Comité de Derechos Humanos, siendo el órgano encargado de interpretar el pacto a partir de sus observaciones generales, consideró que la relación entre este y los art. 6 y 15, obligan a que a que las garantías judiciales tampoco se pueda suspender.³⁶

derechos humanos, entendemos el siguiente orden, respectivamente: derecho a la vida, prohibición de torturas, prohibición a la esclavitud y servidumbre, no pena por incumplimiento contractual, principio de legalidad, reconocimiento de la personalidad jurídica y derecho a la libertad religiosa, de conciencia, de pensamiento, de expresión.

³⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observación General n.º 29, artículo 4 (Estados de emergencia) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 del 31, agosto de 2001, párrs. 15, 16:

15. Es inherente a la protección de los derechos expresamente reconocidos como no susceptibles de suspensión en el párrafo 2 del artículo 4,

Al revisar el art. 14, si bien no tiene una regulación propia de una regla exclusión, sí hay algunos puntos que se pueden relacionar con esta, por ejemplo el num. 2: “[t]oda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, o el num. 3. g., “[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Sobre este punto, vemos que el proceso tiene que estar sujeto al proceso que defina la Ley, y además condiciona la licitud de una confesión.

que han de ser garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial. Las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no está autorizada. Más aún, al ser imposible la suspensión de la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier imposición de la pena de muerte durante un estado de emergencia no debe contradecir las disposiciones de Pacto y, consecuentemente, ha de cumplir *inter alia* con todos los requisitos de los artículos 14 y 15.

“16. Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.

Adicionalmente, es importante resaltar que el Comité de Derechos Humanos prohíbe la admisibilidad y utilización de pruebas en los procesos judiciales que se hayan producido por medio de torturas o tratos prohibidos, como un desarrollo del art. 7 del Pacto.³⁷

Ante este punto encontramos que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el art. 27.2. de la CADH sí menciona expresamente la protección de las garantías judiciales.³⁸

La CIDH ha entendido el concepto de “garantía” de que trata en el art. 27.2, de la siguiente forma:

Las garantías [judiciales] sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona,

³⁷ Naciones Unidas, *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos* (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)) de 27 de mayo de 2008, p. 241, párr. 12. Haciendo referencia a la Observación General n.º 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7).

³⁸ Conferencia Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana de Derechos Humanos*. Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

Artículo 27. Suspensión de Garantías [...] 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.

[...]

El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos.³⁹

A partir de esto, una “garantía judicial” se entiende como aquel mecanismo judicial sencillo y rápido que sirve para la protección de los derechos consagrados en la Constitución, las leyes o en la Convención Americana acorde al art. 25.1.⁴⁰ Pero en los casos en que haya una suspensión de derechos, regulado por el art. 27.1, las garantías judiciales tendrán que velar por la protección de los derechos consagrados en el art. 27.2, y con los demás derechos que sí son sujetos de suspensión se tendrá que estudiar la justificación entre la medida que se adoptó y el derecho que se haya vulnerado.⁴¹ No sobra decir que cuando se dice “judicial”, se entiende que se cuenta con un órgano judicial “independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan

³⁹ CIDH, Opinión Consultiva. *El hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías*, OC-8/87, de 30 de enero de 1987, párrs. 20, 24-27, 42, párrs. 25, 27.

⁴⁰ Cfr., *Ibíd.*, 32; y CIDH, Opinión Consultiva, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párrs. 22, 23.

⁴¹ Cfr., *Ibíd.*, párrs. 20-25.

dentro del estado de excepción”.⁴² Con relación al art. 8º de la Convención, se debe tener en cuenta que este propiamente no trata de un recurso judicial propiamente dicho, sino de unos requisitos que se deben tener en los procesos judiciales para que puedan ser consideradas propiamente como parte del debido proceso.⁴³ Siendo así, podemos inferir que el debido proceso es en sí mismo una garantía que no puede ser suspendida en los estados de excepción.⁴⁴ Bajo este entendido, la Corte ha señalado que el *habeas corpus* y la acción de amparo han sido consideradas como garantías judiciales en cuanto sirven “para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”,⁴⁵ y por tanto se considera este mecanismo como una garantía judicial, reafirmando que no es susceptible de suspensión.⁴⁶

Con respecto a la regla de exclusión, “la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las

⁴² *Ibíd.*, párr. 30.

⁴³ Cfr., CIDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párr. 27.

⁴⁴ Cfr., *Ibíd.*, párr. 30.

⁴⁵ CIDH, Opinión Consultiva *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párrs. 35, 42.

⁴⁶ Cfr., *Ibíd.*, párrs. 32, 35, 42; y CIDH, Opinión Consultiva. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párrs. 31-33.

garantías judiciales”,⁴⁷ entendiendo que precisamente la regla de exclusión consiste en la nulidad de la prueba y por tanto la consecuencia de que el juez no la valore, en regla con art. 8.3 de la Convención. En el caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, en los hechos encontramos que las víctimas fueron sometidas a tratos crueles e inhumanos, por lo cual las dos víctimas confiesan los delitos por los que se les procesa penalmente; ante esto la Corte considera que hubo una violación del art. 8.3 de la Convención.⁴⁸ Cabe señalar que dentro del instrumento internacional, si bien el art. 8 en su conjunto señala los elementos del debido proceso, solamente regula en el art. 8.3 los casos exclusión de confesiones por cualquier coacción, en concordancia con el derecho de no ser obligado a autoincriminarse, según el art. 8.2.g.⁴⁹ Sin embargo, la Corte no se pronuncia sobre si se debió excluir o no la prueba, y qué efectos produciría; solamente se enfoca en si hubo o no violación de derecho, como en el caso que mencionamos en el art. 8.3 de la CADH.⁵⁰

Así las cosas, el DIH y DIDH no se excluyen dentro de un marco del contexto del conflicto armado, sino que se

⁴⁷ CIDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 166.

⁴⁸ Cfr., *Ibíd.*, párrs. 167, 175-177.

⁴⁹ Cfr., CIDH, Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia de 30 de Octubre de 2008, párr. 108; y CIDH, Caso *Cantoral Benavides v. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrs. 131-133. Concordante con el art. 14.3 de PIDCP.

⁵⁰ Cfr., CIDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 142, 149, 156; CIDH, Caso *Cantoral Benavides v. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 128; y CIDH, Caso *Lori Berenson Mejía v. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrs. 181, 189.

complementan el uno al otro. Tanto el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, así como el PIDCP y el desarrollado el Sistema Interamericano establecen que en cualquier caso siempre se deberán proteger las garantías judiciales.

2.4.2. Análisis de las injerencias de comunicaciones a la luz DIDH

En este caso en el sistema universal de derechos humanos encontramos el art. 17 del Pacto que reza:

Artículo 17.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.⁵¹

Adicionalmente, encontramos el Comentario General n.º 16, artículo 17 (referente al derecho a la intimidad), en el cual no se aprecia un mayor desarrollo en cuanto a las injerencias de comunicaciones. Encontramos que a pesar de que la regla general en un estado de normalidad es que la interceptación de comunicaciones solo es admisible por autorización judicial, y si otros sujetos fuera de los autorizados la desarrollan estarían delinquiendo; si esta viola el

⁵¹ Naciones Unidas. Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptada en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

derecho a la defensa, será excluida del expediente. Sin embargo, cuando se entra en una situación de emergencia, o cuando se requiere una actuación urgente, puede tener un tratamiento diferente.⁵²

2.4.2.1. Desarrollo de injerencias de comunicaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La convención prohíbe injerencias arbitrarias, según el art. 11 de la Convención.⁵³ Ante esto la Corte ha dicho que “la

⁵² Naciones Unidas, Asamblea General. *Informe del Comité de Derechos Humanos*, cuadragésimo tercer periodo de sesiones suplemento n.º 40 (A/43/40) de 28 de septiembre de 1988. Encontramos que el estado de Trinidad y Tobago considera que “[d]urante un estado de emergencia, la injerencia en la vida privada no era arbitraria si se llevaba a cabo de conformidad con las disposiciones de la Constitución” (párr. 70); el Estado de Dinamarca considera que se requiere orden judicial para adelantar escuchas telefónicas “excepto cuando fuera necesaria una acción urgente; en tales casos era preciso conseguir la autorización retroactiva del tribunal dentro de las 24 horas siguientes a la instalación del aparato” (párr. 179); la República de Ecuador admite que “en caso de guerra, disturbios internos o situación de emergencia, el comandante de las fuerzas armadas asumiría el control de las telecomunicaciones” (párr. 342); Francia explica que los particulares no podían hacer escuchas telefónicas so pena de prisión, y asegura que las interceptaciones de comunicaciones solo se pueden hacer por una orden del juez de instrucción, y en el caso de que el Tribunal de Casación encuentre que esta viola el derecho a la defensa, la podrá retirar del expediente, es decir, la podrá excluir (párr. 396); y Australia, donde considera que la Fiscalía, en los casos de seguridad nacional, y la Corte Suprema de Justicia, en los casos relacionados con estupefacientes, son las autoridades competentes para adelantar las escuchas telefónicas; un agente comercial o de investigación que adelante dichas interceptaciones será considerado infractor de un delito (párr. 446).

⁵³ CADH. *Supra. n.* 192.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

[...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su

protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, [...] propios del proceso de comunicación”.⁵⁴ Sin embargo, este derecho no es absoluto, y por tanto puede ser restringido siempre y cuando la injerencia “cumpl[a] con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la Convención”.⁵⁵

Concentrándonos en las injerencias propiamente dichas por parte del Estado, en el caso *Escher y otros v. Brasil*, los hechos se dieron tras una reforma agraria que hizo que las organizaciones sociales de Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON) y Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA) y sus líderes, entre ellos Arlei José Escher, adelantaran algunas protestas, a quienes les fueron interceptadas y grabadas comunicaciones privadas por la Policía Militar; a este respecto, se debe tener en cuenta que únicamente es competente la policía civil cuando

vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

⁵⁴ CIDH, Caso *Escher y otros v. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 114; Cfr., CIDH, Caso *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 55.

⁵⁵ CIDH, Caso *Escher y otros v. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009, Párr. 129; Cfr., CIDH, Caso *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 56.

no conste la existencia de investigación criminal. Según la legislación interna, la decisión para que se adelanten estas interceptaciones tiene que ser fundamentada, pero no se mostró cuáles eran los indicios de autoría o participación de delitos que pudiesen haber cometido, ni cuál sería el método para hacer la interceptación, pero aun así se concedió la autorización judicial para que se gestionaran dichas injerencias. Tampoco se aporta la autorización judicial por la cual se prorroga la interceptación, como tampoco se notificó al Ministerio Público, ni las interceptaciones fueron transcritas, como ordena la ley interna.⁵⁶ También hubo violación del mismo artículo en cuanto que hubo divulgación de las interceptaciones en los medios de comunicación, cuando estas se encontraban bajo secreto judicial.⁵⁷ Se estudia el caso a la luz de los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en cuanto que el Estado no adelantó investigaciones contra quienes divulgaron la información y sobre la no justificación por haber concedido la interceptación.⁵⁸ Por tales razones, la Corte Interamericana considera que hubo una violación de los arts. 11.1, 11.2, 8.1, y 25 de la Convención; sin embargo, en este caso no se estudió la exclusión probatoria porque no se adelantó un proceso judicial propiamente ante un juez de conocimiento.

⁵⁶ Cfr., CIDH, *Caso Escher y otros v. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009, párrs. 130-146.

⁵⁷ Cfr., *Ibíd.*, párr. 164.

⁵⁸ Cfr., *Ibíd.*, párrs. 206, 209.

El caso de *Tristán Donoso v. Panamá* consistió en unas grabaciones de las interceptaciones que se le hicieron a Santander Tristán Donoso, quien actuaba como abogado. En este caso, la Corte considera que no hubo vulneración del art. 11.2, dado que no se logró probar que estas fueran imputables a entidades del Estado.⁵⁹ Sin embargo, considera que sí hubo vulneración del derecho a la honra y reputación por el hecho de que las grabaciones fueron conocidas por los medios de comunicación, sin que se tuviera autorización, y además por los diferentes pronunciamientos de la Procuraduría panameña que incidieron en esos derechos.⁶⁰

Finalmente, es importante resaltar que en ambos casos se hizo un análisis de proporcionalidad, teniendo en cuenta lo regulado por la Ley.⁶¹ Este análisis se concentró en determinar si las injerencias fueron o no acordes con la legislación interna.

2.4.2.2. Desarrollo de la regla de exclusión en el Sistema Europeo de Derechos Humanos con base en casos de injerencias en las comunicaciones

El derecho a la intimidad está regulado en el art. 8 del Convenio, el cual protege de injerencias arbitrarias las comunicaciones (art. 8.1) y establece que esas injerencias se pueden

⁵⁹ Cfr., CIDH, Caso *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, párrs. 63, 64, 66.

⁶⁰ Cfr., *Ibíd.*, párr. 76, 83.

⁶¹ Cfr., CIDH, Caso *Escher y otros v. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009, párrs. 116, 129; y Caso *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 56.

hacer siempre y cuando sean según la regulación interna (art. 8.2).⁶²

El caso *Malone v. Reino Unido*, consiste en que James Malone había sido investigado y juzgado por diferentes hurtos, pero al no haber evidencia que pudiera demostrar su responsabilidad en juicio resultó absuelto. Sin embargo, durante el proceso judicial se presentaron varias interceptaciones de comunicaciones, tanto de correspondencia como de telefonía, y por tanto Malone interpuso una acción civil contra la Comisaría de Policía Metropolitana por las interceptaciones realizadas; las autoridades respondieron que estas fueron hechas de acuerdo con la ley, lo cual abrió el debate interno sobre una reforma dentro del sistema inglés con respeto a la forma en que se deben adelantar.⁶³ Esta Corte, en relación con el art. 8.2, considera que si bien la palabra “ley” abarca tanto la escrita como la no escrita (considerando el sistema de *common law*), esta debe ser suficientemente clara e indicar las

⁶² Consejo de Europa. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Adoptado el 4 de noviembre de 1950.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁶³ Cfr., CEDH, Caso *Malone v. Reino Unido*. Sentencia de 2 de agosto 1984, párrs. 12-18, 31-36.

circunstancias por las cuales las autoridades públicas puedan adelantar interceptaciones de comunicaciones, afirmando que al decir “ley” no es sinónimo a las prácticas administrativas que se han venido estableciendo con el paso del tiempo, y por tanto en ella deberá indicar las competencias con la suficiente claridad de cómo se deben ejercer, para evitar que la medida sea una injerencia arbitraria.⁶⁴ Así las cosas, la Corte encuentra que para el momento de los hechos, la normatividad no tenía suficiente claridad sobre el alcance, ni trata la forma como se deben ejercer las competencias otorgadas a las autoridades públicas, por tanto declara la Corte una violación al art. 8.2 del Convenio Europeo, y niega el alegato del Estado de que estas medidas fueron “necesarias en una sociedad democrática”.⁶⁵

El caso *Schenck v. Suiza* trata del acuerdo entre Pierre Schenck y Richard Pauty para que este último matara a la ex esposa de Schenck, Josette; sin embargo, esto no ocurre y Pauty acuerda con la Policía grabar una conversación entre él y el Schenck, sirviendo como agente provocador para demostrar la instigación para cometer homicidio.⁶⁶ La grabación fue usada como prueba en el proceso judicial, y llevó a su condena, aun utilizando los diferentes recursos del derecho doméstico.⁶⁷ Al llegar a la CEDH se alegó la violación

⁶⁴ Cfr., *ibíd.*, 66-68.

⁶⁵ Cfr., *ibíd.*, párrs. 79, 80, 84, 88.

⁶⁶ Cfr., CEDH, Caso *Schenck v. Suiza*. Sentencia de 12 de julio de 1988, párrs. 8-13.

⁶⁷ Cfr., *Ibíd.*, párrs. 25-31.

de los arts. 6.1, 6.2 y 8.1 (derecho al respeto a la vida privada y familiar); esta consideró que no hubo violación de los derechos consagrados en los art. 6.1 y 6.2, en cuanto se le dio la oportunidad al procesado para que alegara la autenticidad y contradecir la prueba, adicionando que el análisis conjunto de todo el acervo probatorio conducía a la responsabilidad penal de Schenck.⁶⁸ En relación con el art. 8.1, la Corte no entra a estudiarlo, puesto que no se han agotado los recursos internos.⁶⁹ Sin embargo, esta decisión tiene tres opiniones disidentes, las que consideran que la revisión del art. 6.º no debe ser solamente formal y abstracta, y por tanto no se puede basar en pruebas obtenidas de maneras indebidas e ilícitas, por consiguiente concluyen que hubo una violación conjunta de los arts. 6 y 8 de la Convención Europea.^{70, 71}

Esta posición hace eco en diferentes decisiones, llegando a conocerse como “doctrina Schenck”. En este caso, se establece la regla de que para que se ordene la exclusión de la prueba primero se debe hacer un análisis conjunto de todas las pruebas; en el caso en que se considere que la prueba que

⁶⁸ Cfr., *Ibíd.*, párrs. 47-51.

⁶⁹ Cfr., *Ibíd.*, párr. 53.

⁷⁰ Cfr., CEDH, *Caso Schenck v. Suiza*. Opinión disidente conjunta de los jueces Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo; Opinión disidente conjunta de Pettiti y De Meyer; y Opinión disidente de De Meyer de la Sentencia de 12 de julio de 1988.

⁷¹ Hay que tener en cuenta que a la luz del derecho doméstico colombiano, habría que considerar si la grabación por uno de los interlocutores de la conversación es ilícita; según Rojas Gómez, no lo sería porque estaríamos ante una conversación intersubjetiva. Cfr., Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Op. cit.*, pp. 50, 51, 89.

se está cuestionando de ilícita resulte fundamental para la toma de la decisión judicial, se entra a estudiar la exclusión probatoria según el art. 6.2, remitiéndose el proceso judicial de cada país.⁷² Sin embargo, esta exclusión no se hace en función de la violación de un derecho humano, sino por asuntos de autenticidad y contradicción de la prueba.⁷³

Las posiciones de los casos *Schenck* y *Malone* se expusieron juntamente en los casos de *P.G* y *J.H*, y *Khan*, ambos contra Reino Unido, en los que hubo interceptaciones de comunicaciones y se usaron en procesos judiciales. En *P.G* y *J.H* y *Khan* encontramos que hay violación del art. 8.2 de la convención en cuanto hubo injerencias no acordes con los requerimientos legales, siguiendo en mucho el punto expuesto en el caso *Malone*;⁷⁴ pero en relación con el art. 6.1 (considerando que se alega la exclusión desde este) ambos casos consideran que se dio la oportunidad de alegar su autenticidad y contradecir la prueba, siguiendo la

⁷² Cfr., Armenta Deu, Teresa. Op. cit., pp. 161-163.

⁷³ Cfr., CEDH, Caso *Schenck c. Suiza*. Sentencia de 12 de julio de 1988, párrs. 47-51.

⁷⁴ Cfr., CEDH, Caso *Khan v. Reino Unido*. Sentencia de 12 de mayo de 2000, párrs. 22-28; Caso *P.G y J.H v. Reino Unido*. Sentencia de 25 de septiembre de 2001, párrs. 59, 60, 63; Caso *Khan*, curiosamente el Estado no es responsable por el art. 8.1 en cuanto se logra demostrar que la actuación de la Policía no fue arbitraria. Sin embargo, por la forma en que se adelantó la interceptación no se encuentra propiamente regulado en el *Police Act 1997*, y por tanto es responsable por el art. 8.2; en el caso *P.G y J.H* el Estado es responsable por los dos numerales del art. 8, porque hubo una vulneración del procedimiento establecido. Otro punto es que el método de análisis cambia respecto de como lo hace la CIDH, en cuanto estos dos numerales se analizan de manera conjunta; sin embargo, la semejanza estaría más clara cuando se estudia según el art. 1.1 o 2 de la CADH.

posición de *Schenck*.^{75, 76} Si bien los casos expuestos no se adelantan dentro de un contexto de conflicto armado, esta regla termina siendo base para el entendimiento de la regla de exclusión de la Corte Penal Internacional, como veremos en el siguiente capítulo.

Conclusiones: aplicación a los tres casos expuestos

Vemos que tanto el DIH en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra como los diferentes instrumentos internacionales del DIDH consideran las “garantías judiciales” como un derecho que en todo momento debe cumplirse, incluso en los estados de excepción. Sin embargo, encontramos que dentro del listado de derechos que no admiten suspensión no se encuentra el derecho a la intimidad, por tanto sería viable que este pueda ser limitado; dicha limitación necesariamente tendrá que ser estudiada por un juez para revisar su proporcionalidad (a partir de su idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto) con el fin que se busca, puesto que si este derecho es restringido y no pasa el análisis por parte del juez se considerará que fue vulnerado.

⁷⁵ Cfr., CEDH, Caso *Khan v. Reino Unido*. Sentencia de 12 de mayo de 2000, párrs. 37, 38, 40; Caso *P.G y J.H v. Reino Unido*. Sentencia de 25 de septiembre de 2001, párrs. 76, 77, 79, 81.

⁷⁶ Esta postura se sigue sosteniendo en los casos recientes de CEDH, Caso *Niculescu v. Rumania*. Sentencia 25 de junio de 2013, párrs. 98-102, 109-129; Caso *Valentino Acatrinei v. Rumania*. Sentencia de 25 de junio de 2013, párrs. 57-61, 66-85.

Resulta interesante ver que la CIDH no ha tratado la exclusión probatoria dentro de este contexto, así como tampoco ha estudiado la exclusión probatoria en relación con injerencias en comunicaciones privadas. Sin embargo, la CEDH ha desarrollado una postura en relación con la exclusión probatoria en casos de injerencias en las comunicaciones privadas, con base en los casos *Schenck* y *Malone*; a la luz de la Corte Europea, entendemos que se estudia la exclusión al estudiar con el conjunto probatorio la exclusión se da cuando la prueba no pudo ser sometida a contradicción —o cuando hay deficiencias con respecto a su autenticidad— y no procede por la violación al derecho a la intimidad. Adicionalmente, es importante resaltar, por un lado, que respecto al caso *Malone* la producción probatoria debe cumplir los requerimientos legales debidamente establecidos, y por otra parte, que si bien estos casos no se estudian dentro de un contexto de conflicto armado, el TPIY tomará parte de esta postura, de este a la CPI.

1. En el caso del Sargento Segundo Juan Carlos Castillo encontramos que las interceptaciones que realizaron los organismos de inteligencia del Ejército sí afectaron el derecho a la intimidad; una lectura rápida permitiría argumentar que, a pesar de ello, estas injerencias en las comunicaciones podrían ser admitidas en el proceso penal. Pero como también lo plantea la doctrina *Schenck*, habría que hacer un análisis en conjunto con el proceso judicial doméstico; como en nuestro caso sabemos que la regla de exclusión

es parte del CPP, un incumplimiento de esta norma también afectaría las garantías judiciales, por tanto también provocaría su exclusión.

2. En el caso de la masacre de Macayepo, se presentó la prueba y se pudo contradecir durante todo el proceso penal, así como su autenticidad se demuestra afirmando que estas fueron hechas por miembros de la SIPOL. En este caso, como vemos, la Corte Suprema de Justicia misma considera que estas captaciones incidentales, al ser tomadas en el espectro electromagnético, sucedieron en función de un deber legal y constitucional. En este orden de ideas, las pruebas no son excluidas, a pesar de que en efecto sí hubo una injerencia en la intimidad de la persona.
3. En el caso de la toma al Palacio de Justicia, lo que plantea el salvamento de voto con respecto a la autenticidad de las grabaciones toma mayor importancia, ya que este es un elemento esencial en lo adelantado por la CEDH. De igual forma, por el reenvío que se hace al sistema interno, sigue siendo sumamente delicada la contradicción que hay entre lo adelantado por la Corte Constitucional y lo argumentado por el Tribunal Superior de Bogotá, como se señaló en el capítulo primero.

Lo que plantea la doctrina Schenck, partiendo de que la prueba sea esencial para la toma de una decisión judicial, entrando a revisar los criterios de autenticidad y contradicción de la contraparte, terminan siendo los requerimientos

mínimos que se han adelantado en esta materia en el DIDH. Sin embargo, el último punto, que exige estudiar las garantías judiciales a la luz del sistema judicial interno, en nuestro caso no produce mayores efectos porque tenemos la regla de exclusión dentro de nuestro propio sistema judicial en el art. 23 de CPP.