

*Convenio de Budapest:*  
**Aplicación en  
Colombia frente  
a derechos  
humanos**



**Fundación Karisma**



Esta obra está disponible bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 Internacional (CC BY 4.0):  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Portada: Violeta Cereceda  
Diagramación: Constanza Figueroa.  
Edición: Marianne Díaz  
Junio 2018.



Derechos Digitales es una organización independiente y sin fines de lucro, fundada en el año 2005 y cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital, desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés está la defensa y promoción la libertad de expresión, el acceso a la cultura y la privacidad.

¿Por qué se necesita un tratado internacional para perseguir los delitos cometidos a través de internet?

En el año 2001, el Consejo de Europa se reunió con el propósito de crear un instrumento internacional para estructurar “una política penal común con el objeto de proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, en particular mediante la adopción de una legislación adecuada y la mejora de la cooperación internacional”. Este instrumento es el Convenio sobre la Ciberdelincuencia -en adelante el Convenio-, firmado el 23 de noviembre en la ciudad de Budapest ( Hungría).

El Convenio de Budapest tiene cuatro partes:

1. Derecho penal sustancial. Especifica algunos ciberdelitos.
2. Derecho procesal penal. Establece procedimientos para la conservación y presentación de datos que sirvan en la investigación penal.
3. Cooperación judicial.
4. Formalidades para la firma y entrada en vigor, la adhesión, las reservas, la solución de controversias y la denuncia del tratado, entre otros.

En general, el Convenio obliga a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno aquellas conductas que atenten contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos, los delitos informáticos, los delitos relacionados con el contenido, con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines.

En consecuencia, la ratificación de la Convención de Budapest permitiría fortalecer la política criminal y de seguridad estatal y de contar con las herramientas normativas, institucionales e interestatales para responder a la sofisticadas expresiones de la cibercriminalidad, perseguirla y sancionarla con la severidad del derecho penal, sin embargo, Colombia cuenta con un plazo de menos de dos años para realizar los trámites internos tales como, la emisión de la Ley Aprobatoria del Tratado Internacional y el Control Automático de Constitucionalidad que declare su exequibilidad para que la ratificación del Convenio sea una realidad.

Actualmente cursa en el Congreso el proyecto de Ley Aprobatoria, que proyecta dos reservas al contenido del Convenio. Aunque la parte sustancial está adelantada en Colombia, no se puede decir lo mismo de la parte procesal. Este texto, en consecuencia, hará una revisión de la legislación colombiana frente al Convenio y se detendrá en la parte procesal para explicar por qué es necesaria una profunda reforma legal para adecuar la legislación nacional al Convenio.

## PROCESO DE RATIFICACIÓN EN COLOMBIA

El Convenio permite que los Estados que no son parte del Consejo de Europa, puedan adherirse al mismo. El Estado colombiano, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores adelantó las gestiones necesarias para ser invitado a adherirse al mismo mediante decisión del Consejo de Ministros del Consejo de Europa del 11 de septiembre de 2013. Dicha adhesión, permitiría enfrentar las amenazas a la seguridad informática; situación que implica abordar la relación entre el derecho internacional y el doméstico.

## EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN COLOMBIA

El proceso de ratificación involucra las tres ramas del poder público. Como ha anotado la Corte Constitucional,<sup>1</sup> el Presidente de la República está encargado de dirigir las relaciones internacionales y de celebrar tratados o convenios<sup>2</sup> en este ámbito. Seguidamente, corresponde al Congreso de la República decidir sobre la aprobación del tratado<sup>3</sup> por medio del procedimiento legislativo regular.<sup>4</sup>

Finalmente, la Corte Constitucional es la entidad encargada de revisar la ley aprobatoria del tratado y decidir sobre su exequibilidad, permitiendo la participación ciudadana.<sup>5</sup> De acuerdo a lo establecido en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política, para que en Colombia entre en vigor la Convención de Budapest, es necesario someterla junto con la Ley Aprobatoria del

- 
- 1 Corte Constitucional de Colombia. Auto 288 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/a288-10.HTM>
  - 2 Constitución Política. Artículo 189. Numeral 2. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”.
  - 3 Constitución Política. Artículo 150. Numeral 16. “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.
  - 4 Constitución Política. Artículo 156 y ss.
  - 5 Constitución Política. Artículo 241, Numeral 10: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”.

Tratado Internacional (LAT) a un control de constitucionalidad previo, es decir, a verificación integral<sup>6</sup> por parte de la Corte Constitucional, esto es, para ejercer un control de forma y de fondo o material, sobre el cumplimiento de los procedimientos legales dispuestos para tal fin como sobre el contenido del convenio y, una vez superada esta fase mediante la declaratoria de exequibilidad, el ejecutivo podrá completar el proceso de ratificación y adhesión al instrumento internacional. Adicionalmente, en caso de que algunas normas sean declaradas inexecutable el Presidente de la República deberá entonces manifestar las reservas a que haya lugar, y para el caso en particular las reservas están preestablecidas en el Convenio, surgiendo el siguiente interrogante: ¿Cómo se resuelve jurídicamente la adhesión al Convenio de Budapest, mediando la declaratoria de inconstitucionalidad de alguna norma que no sea objeto de las reservas taxativas planteadas por el instrumento internacional?. A lo anterior, debe sumarse que, tal como lo establece la Convención de Viena de 1969,<sup>7</sup> sobre el derecho de los tratados, en los artículos 26, 27 y 31, los Estados tienen el deber de cumplir los tratados internacionales de manera libre y voluntaria, respetando el principio de buena fe, de “pacta sunt servanda” y sin oponer el Derecho interno como obstáculo para su cumplimiento.

El ejercicio de este tipo de control de constitucionalidad se erige entonces como garantía de supremacía de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales de las personas que residen en Colombia, ya que el poder ejecutivo no podrá suscribir acuerdos internacionales que la Corte Constitucional, en su papel de garante del cumplimiento de la Constitución, considere que van en contravía de la norma de normas. Sin embargo, vale la pena señalar que tal escenario no existe en todos los países latinoamericanos como Panamá.<sup>8</sup> Por su parte, la República Dominicana cuenta con tal escenario de control a cargo del Tribunal Constitucional, según lo señala el numeral 2 del artículo 185 de la Constitución Política de 2010 de la República Dominicana,<sup>9</sup> sin que de todas maneras se hubiese declarado la inexecutable de normas que obligasen al Estado a plantear reservas al Convenio.

6 “La Constitución de 1991 vino a establecer un control mucho más riguroso e integral, disponiendo que no se restringiera únicamente a la forma y al trámite del tratado, sino que también examina cuestiones de fondo. Previó también que el control fuese ahora automático y que no requiriera demanda ciudadana, y lo más importante, que ese control sea ahora integral, pues la tanto sobre el texto del tratado, como sobre la Ley aprobatoria”. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. “Derecho Constitucional Colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2010. Página 641.

7 Disponible en [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf)

8 Estado que se adhirió al Convenio de Budapest, adoptando el texto literal del mismo, sin presentar reserva alguna al contenido. No ejerció ningún tipo de control de constitucionalidad ya que como se concluye de la revisión de la Constitución Política de 1972 de la República de Panamá., no existe autoridad judicial que ejerza este tipo de control. Disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/pan\\_res2.doc](http://www.oas.org/juridico/spanish/pan_res2.doc).

9 Disponible en <http://www.senado.gob.do/senado/LinkClick.aspx?fileticket=HTqAE3P6c-s%3D&tabid=475&mid=1342>

Es necesario que para la realización del control automático de constitucionalidad del Tratado Internacional y de su Ley Aprobatoria al Convenio de Budapest, la Corte Constitucional lo ejerza de manera rigurosa, es decir, que dirija sus esfuerzos no solamente para verificar el cumplimiento de los requisitos formales en la adhesión al Convenio y la emisión de la Ley Aprobatoria, por parte del Ejecutivo y Legislativo, respectivamente, sino que se preste especial atención a las obligaciones que busca asumir el Estado colombiano y su posible repercusión negativa en la garantía de los derechos fundamentales de los colombianos.

La tendencia de la Corte a emitir decisiones enfocadas en los vicios procedimentales, más que en los de fondo, puede ser un obstáculo para asegurar la garantía de los derechos fundamentales. De acuerdo con un estudio<sup>10</sup> cuantitativo de una muestra aleatoria de sentencias de constitucionalidad dictadas en los años de 1992, 1993, 1996, 1998, 2000, 2001 y 2004, en total 1.683, de las cuales 129 son sentencias sobre Tratados Internacionales, el 94% fueron declaradas exequibles, el 3% fueron declaradas parcialmente exequibles, y el 3% fueron declaradas inexecutable; decisiones basadas principalmente en consideraciones de forma. “Así, [dice la autora del estudio] las consideraciones de la Corte tienden a ser, en general, bastante directas: hay una reiteración de argumentos de sentencias anteriores y muchas veces el análisis material se limita a reconocer de manera general y fundamentado en principios abstractos la constitucionalidad de las normas”.<sup>11</sup>

La iniciativa del Estado colombiano de adherirse a la Convención de Budapest está encaminada a fortalecer su política criminal y de seguridad y de contar con las herramientas normativas, institucionales e interestatales para responder a la sofisticadas expresiones de la cibercriminalidad, perseguirla y sancionarla con la severidad del derecho penal. Sin embargo, está a menos de dos años de realizar los trámites internos para que la ratificación del Convenio sea una realidad; la Corte Constitucional por su parte será garante de que la política de seguridad y las medidas de cooperación judicial no arrasen con los derechos fundamentales y garantías judiciales de las que gozan personas que residen en el Estado colombiano y dará claridad sobre las posibles reservas que deberá elevar el mismo ante el Consejo de Europa de ser declarado exequible el instrumento internacional y su Ley Aprobatoria.

Los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Defensa, de Justicia y del Derecho y de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones presentaron el primero de agosto de 2017 el proyecto de ley en el Senado de la República, que se en-

---

10 ALVIAR GARCÍA, Helena “Uso y Límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia” en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: bases críticas para una discusión*. Bogotá D.C. 2007. Editorial Universidad Externado de Colombia.

11 *Ibid.* Pág. 487.

cuenta en estado de debate en el Senado al momento de escribir estas líneas.<sup>12</sup>

## RESERVAS

El artículo artículo 42 del Convenio, abre la la posibilidad de que los Estados que ratifiquen, acepten, aprueben o se adhieran al instrumento internacional, solamente podrán acoger una o varias reservas previstas a lo largo de la Convención,<sup>13</sup> sin que pueda formularse alguna otra. Esto significa que los Estados cuentan con una facultad discrecional reglada para establecer reservas al tratado internacional, motivo por el cual están proscritas las declaraciones interpretativas y otras reservas así no afecten el objeto y fin del tratado<sup>14</sup> al existir prohibición expresa para el ejercicio de tales facultades.

Como se indicó previamente, varios países de Europa decidieron guardar reservas frente a una o varias disposiciones del Convenio, lo que implica hacer un llamado al Gobierno colombiano para revisar con estricto celo la ratificación del tratado multilateral, al punto que pareciera conveniente plantear las reservas necesarias que surjan del análisis del instrumento internacional; en todo caso, y por lo mismo se dispuso en el artículo 43 la posibilidad de que los Estados adherentes mantengan o retiren las reservas presentadas, total o parcialmente<sup>15</sup> en cualquier momento.

El Convenio de Budapest mantiene viva la discusión no solo en torno al levantamiento de reservas alegadas sino que faculta a los Estados parte a presentar enmiendas al mismo, de tal manera que Estados como el colombiano podrían eventualmente presentar propuestas de enmienda al tratado internacional con la posibilidad de variar sustancialmente su estructura. Sin embargo, existe una gran dificultad para que sea adoptada una propuesta de enmienda por parte del Comité de Ministros y entre en vigor deberá ser aceptada por todas y cada una de las partes del presente convenio.<sup>16</sup>

12 Proyecto de Ley N° 58 de 2017 (Senado). Ponentes: Jaime Enrique Durán Barrera (Partido Liberal) y José David Name Cardozo (Partido Social de Unidad Nacional).

13 Reservas previstas en el apartado 2 del artículo 4, apartado 3 del artículo 6, apartado 4 del artículo 9, apartado 3 del artículo 10, apartado 3 del artículo 11, apartado 3 del artículo 14, apartado 2 del artículo 22, apartado 4 del artículo 29 y apartado 1 del artículo 41

14 “Dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos, el legislador no puede alterar el contenido de éstos introduciendo nuevas cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado. Si el tratado es multilateral, es posible hacer declaraciones interpretativas, y, a menos que estén expresamente prohibidas, también se pueden introducir reservas que no afecten el objeto y fin del tratado”. Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-184-16.htm>

15 Mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

16 Toda enmienda será comunicada al Comité Europeo para Problemas Criminales (CDPI), quién someterá al Comité de Ministros su opinión sobre la enmienda propuesta.

En cuanto a las reservas formuladas concretamente por Colombia, el Proyecto de Ley que cursa actualmente en el Senado a partir del artículo 14, formula una reserva al artículo 20 y luego se formula una reserva al artículo 21. En la exposición de motivos que acompaña el proyecto de ley se lee:

Se formulará una reserva al artículo 14 del tratado, con miras a proteger los derechos constitucionales del habeas data y la intimidad personal. En dicho postulado normativo se faculta a los Estados a reservarse el derecho de aplicar las medidas establecidas en el artículo 20 del Convenio relativo a “Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico”, pero únicamente para ciertas categorías de delitos especificados en la reserva.

También se plantea la posibilidad de reservar la aplicación del artículo 21, concerniente a la “Interceptación de datos relativos al contenido” en los casos en que un sistema informático:

- Se haya puesto en funcionamiento para un grupo restringido de usuarios
- No emplee las redes públicas de telecomunicación y no esté conectado a otro sistema informático, ya sea público o privado.

Estas reservas protegerían posibles vulneraciones a derechos establecidos como fundamentales en la Constitución Política de Colombia ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional.

Estas reservas parten de la posibilidad que ofrece el Convenio en el Artículo 14 de no aplicar las medidas de obtención en tiempo real de datos de tráfico o metadatos (Art. 20) y de interceptación de datos relativos al contenido (Art. 21).

Dice el artículo 14:

Sección 2 - Derecho procesal, Título 1 - Disposiciones comunes, Artículo 14 - Ámbito de aplicación de las disposiciones sobre procedimiento, Numeral tercero:

3.

a). Las partes podrán reservarse el derecho a aplicar las medidas mencionadas en el artículo 20 únicamente a los delitos o categorías de delitos especificados en su reserva, siempre que el repertorio de dichos delitos o categorías de delitos no sea más reducido que el de los delitos a los que dicha Parte aplique las medidas mencionadas en el artículo 21. Las Partes tratarán de limitar tal reserva de modo que sea posible la más amplia aplicación de la medida mencionada en el artículo 20.

b) Cuando, como consecuencia de las limitaciones existentes en su legislación vigente en el momento de la adopción del presente Convenio, una Parte no pueda aplicar las medidas indicadas en los artículos 20 y 21 a las comunicaciones transmitidas dentro de un sistema informático de un proveedor de servicios:



- i. que se haya puesto en funcionamiento para un grupo restringido de usuarios, y
- ii. que no utilice las redes públicas de telecomunicación y no esté conectado a otro sistema informático, ya sea público o privado,

dicha Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar dichas medidas a esas comunicaciones. Cada Parte debe procurar limitar este tipo de reservas de forma que se permita la más amplia aplicación de las medidas indicadas en los artículos 20 y 21.

La redacción del proyecto de ley es confusa en la medida que hace referencia a la reserva del Artículo 20 pero no hace la lista de delitos para los cuales se reserva la aplicación de la medida de obtención en tiempo real de datos de tráfico. Por otra parte, la reserva del Artículo 21, es decir, la interceptación del contenido de las comunicaciones, se restringe a los casos en los que el sistema informático por el que cursan las comunicaciones (1) existe para un número limitado de usuarios o (2) no emplea las redes de telecomunicaciones o no está conectado con otra red o sistema. Adicionalmente, tampoco hace referencia a una lista de delitos para los cuales se aplica la medida, por lo que no es posible verificar el cumplimiento del deber de no reservar la aplicación del artículo 20 a un número de delitos más reducido que el reservado para el artículo 21 (Art. 14, numeral 3 literal a).

## BUDAPEST FRENTE A COLOMBIA

### DERECHO PENAL SUSTANCIAL

El actual Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) contenía en el Título VII sobre la violación de la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones los siguientes tipos penales:

- Violación ilícita de las comunicaciones (Art. 192),
- Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (Art. 193),
- Divulgación y empleo de documentos reservados (Art. 194),
- Acceso abusivo a un sistema informático (Art. 195)
- Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (Art. 197),
- Utilización ilícita de redes de comunicaciones (Art. 198).

Posteriormente, la Ley 679 de 2001 “por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución” tipificó la conducta de Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años y añadió al artículo 209 un agravante punitivo para cuando las conductas contra la libertad sexual contra menores de 14 años se realizaran a través de “medios virtuales, utilizando redes globales de información”. Sin embargo, la ley 1236 de 2008, al modificar el precitado artículo, no reprodujo este inciso, entendiéndose así que queda derogado.

Finalmente, la Ley 1273 de 2009 crea el bien jurídico “de la protección de la información y de los datos” y añade los siguientes delitos al Código Penal:

Bajo el capítulo “De los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos”:

- Acceso abusivo a un sistema informático
- Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación
- Interceptación de datos informáticos.
- Daño Informático
- Uso de software malicioso
- Violación de datos personales
- Suplantación de sitios web para capturar datos personales

Bajo el capítulo “De los atentados informáticos y otras infracciones”

- Hurto por medios informáticos y semejantes
  - Transferencia no consentida de activos
- A propósito del Convenio de Budapest, la Dirección de Política Criminal y Pe-

nitenciaría formuló un concepto sobre la adecuación del Convenio respecto a la legislación interna en materia de derecho penal sustancial, dirigido al Vice-ministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa, ambos pertenecientes al Ministerio del Interior y de Justicia.<sup>17</sup> Este documento concluye que “la adhesión al Convenio no generaría cambios en el sistema penal colombiano, ya que se han previsto con antelación estas figuras jurídicas, inclusive con normas mucho más específicas en su alcance, la descripción de los verbos rectores y hechos para sancionar este tipo de conductas de manera ejemplar”.

Es cierto que la legislación penal colombiana tiene un catálogo amplio de conductas tipificadas en el mismo sentido que exige el Convenio, de manera que analizar la adecuación de la parte sustancial resulta menos interesante que la parte procesal, a la que dedicamos el aparte siguiente. Sin embargo, vale la pena comentar algunos casos donde se han aplicado los mencionados delitos informáticos.

### DERECHO PROCESAL PENAL

Quizás resulta más interesante evaluar desde el ordenamiento colombiano cómo entra el Convenio de Budapest y qué implicaciones puede tener para los derechos fundamentales.

Respecto a los diferentes procedimientos de investigación, el Convenio permite los siguientes:

- Conservación rápida de datos informáticos almacenados
- Conservación y revelación parcial rápidas de los datos relativos al tráfico
- Orden de presentación u obligación de entregar datos
- Registro y confiscación de datos informáticos almacenados
- Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico
- Interceptación de datos relativos al contenido

Por otra parte, en Colombia existen un serie de actividades que legalmente se pueden llevar a cabo durante la investigación penal – y que están relacionados con la intimidad de las comunicaciones–:<sup>18</sup>

- Retención de la correspondencia
- Examen y devolución de la correspondencia
- Interceptación de comunicaciones
- Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de telecomunicaciones
- Búsqueda selectiva en bases de datos

17 Dirección de Política Criminal y Penitenciaria (antes Carcelaria). Memorando MEM12-0004689-DCP-3200 del 12 de septiembre de 2012.

18 Código de procedimiento penal. Artículos 235 y ss.

Adicionalmente, a las autoridades de investigación penal se les reconoce la posibilidad de acceder a<sup>19</sup>

- “Los datos del suscriptor, tales como identidad, dirección de facturación y tipo de conexión”
- Información de ubicación

Las actividades que permite el Convenio podrían dividirse en:

1. Interceptación de comunicaciones
2. Retención de datos y acceso a esos datos

A continuación se explica el régimen de cada una en Colombia y se hacen notas sobre su relación con el Convenio.

[1. Interceptación de comunicaciones en Colombia]

- Art. 250 CP
- Art. 235 CPP
- Necesidad de audiencia de control posterior

[2. Retención de datos]

- Decreto 1704 de 2012
- Para comparar, Ley de Inteligencia, art. 44.
- Ausencia de todo control, legalidad, necesidad y proporcionalidad
- Ausencia de definiciones claras

El artículo 19 de la Convención cuenta con el siguiente nomen iuris: registro y confiscación

### ARTÍCULO 19: REGISTRO Y CONFISCACIÓN DE DATOS INFORMÁTICOS

El artículo 19 de la Convención cuenta con el siguiente nomen iuris: registro y confiscación de datos informáticos, en el que exige adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades a registrar o a tener acceso:

- a) a todo sistema informático o a parte del mismo, así como a los datos informáticos en él almacenados; y
- b) a todo dispositivo de almacenamiento informático que permita almacenar datos informáticos en su territorio.

Amplía las anteriores prerrogativas, adicionalmente para que las autoridades investigativas puedan extender rápidamente el registro o el acceso a otro siste-

ma, cuando del registro del primer sistema informático se tengan motivos para creer que los datos buscados se hallan almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo que esté en su territorio, y por lo cual concluye que dichos datos son legítimamente accesibles a partir del sistema inicial o están disponibles por medio de dicho sistema inicial.

De alguna manera, esta sería la vía de interpretación a la que debería restringirse la actuación de las autoridades para el acceso de información a sistemas informáticos ya que de permitirse un deliberada actuación con base en la sospecha, se violarían probablemente de manera sistemática derechos fundamentales de las personas que eventualmente aparezcan registradas en un dispositivo electrónico, como un teléfono celular o computador, para dar un ejemplo, deslegitimando tal situación la actividad judicial que desempeña el Estado y afectando de manera grave los instrumentos internacionales y la normatividad nacional en materia de derechos humano [verificar qué disposiciones específicamente].

Para garantizar la efectividad de lo anterior, establece prerrogativas en cabeza de la autoridad tales como: confiscar un sistema informático o una parte del mismo o u dispositivo de almacenamiento informático, realizar y conservar una copia de esos datos informáticos, preservar la integridad de los datos informáticos almacenados pertinentes y hacer inaccesibles o suprimir dichos datos informáticos del sistema informático consultado.

Por último establece la posibilidad de que se adopten las medidas pertinentes para facultar a las autoridades competentes a ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento de un sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos que contiene, que proporcione toda la información necesaria, dentro de lo razonable, para permitir la aplicación de las medidas anteriormente descritas.

Esto permite concluir que por lo menos en Colombia y por ministerio de la Ley la Fiscalía general de la Nación o un Juez de la República podrían ordenar la vinculación de un tercero ajeno al proceso para que aporte la información necesaria para acceder a los sistemas informáticos objetos de verificación, lo cual debería realizarse bajo los protocolos y parámetros establecidos para que una persona este autorizada a dar su opinión a través de la prueba pericial, es decir, que sean sometidas a las reglas propias del sistema penal acusatorio, debiendo presentarse de manera personal en la respectiva diligencia para verificar su idoneidad en la materia y para que además el procesado pueda defenderse sometiéndose a las reglas del interrogatorio con estricta aplicación de los principios de igualdad de oportunidades, intermediación y contradicción de la prueba.

Saltan a la vista, situaciones que deben ser reguladas de manera especial, tales como, la manera de vinculación del experto al proceso, si por disposición unilateral de la fiscalía o mediante el ejercicio de la potestad de control constitucional previo o posterior por parte de un juez de control de garantías, con-

siderando esta última opción como la más idónea en beneficio del respeto de las garantías procesales del indiciado, es decir, que el ente investigador de manera previa presente los motivos fundados y bajo el yugo de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad la pertinencia la revisión, análisis y acopio de información del sistema informático incautado y de convocatoria de un experto en la materia, al que debe someterse a un régimen de reserva y confidencialidad en el manejo de la información recopilada por la intensidad de la afectación a los derechos fundamentales a la libertad, intimidad que conlleva la manipulación de sistemas informáticos que contienen información personalísima.

Lo anterior, sujeto a las reglas de procedimiento establecidas en los artículos 14 y 15 que deberán ser contrastadas con las existentes en el ordenamiento jurídico colombiano tanto en el nivel constitucional como legal (control de constitucionalidad previo).

Al respecto hay que señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano, ya existe una norma que aborda tangencialmente las situaciones planteadas por le mencionado artículo 19 de la Convención, y se encuentran tipificadas en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, el cual habla de la recuperación de información contenida en sistemas informáticos, los deberes, límites y alcances de la actuación por parte de la Fiscalía, a la que le está permitido, a través de la policía judicial como dice la ley “la aprehensión de los dispositivos, terminales, servidores, depósitos físicos, virtuales, análogo o digitales, para que expertos en informática forense, descubran, recojan analicen y custodien la información que recuperen con el fin de obtener elementos materiales probatorias y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

Vemos como la fiscalía cuenta con la facultad de ordenar tales actos y someterlos a control posterior, dentro de las 24 horas siguientes al recibimiento del informe elaborado por la Policía Judicial, para que el Juez de control de garantías realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Lo anterior exige que en el contexto de la revisión de la Convención de Budapest y su Ley Aprobatoria, la Corte Constitucional, en aplicación de la teoría de la integración normativa deba declarar la inconstitucionalidad de la expresión “...al recibimiento del informe elaborado por la Policía Judicial”, ya que la norma restringe la presentación de ante el juez de control de garantías a las 24 horas luego de que el fiscal reciba el informe de policía judicial, sin que se especifique cual es el tiempo con el que cuentan estos últimos para realizar el mismo y por lo tanto deja la puerta abierta a la manipulación prolongada de los dispositivos electrónicos o sistemas informáticos incautados mediante los que presuntamente se están ejecutando conductas delictivas, vulnerándose como se ha planteado insistentemente de forma intensa los derechos fundamentales del procesado y de los referidos en el sistema de comunicación o de información.

Así mismo, se plantea la necesidad de ampliar los criterios de aplicación del mencionado artículo 236 de la Ley 906 de 2004, desde un enfoque más garantista, trayendo a colación y a modo de ejemplo la reflexión de la profesora FERNÁNDEZ, “[...] La intervención de un teléfono celular, además de necesaria, razonable y proporcional, ha de tomar en consideración las siguientes, circunstancias: que es una medida excepcional y no procede cuando exista otra de menor incidencia; que su finalidad es exclusivamente probatoria y solo se aplica para delitos graves; que debe mediar autorización judicial motivada; que son arbitrarias las intervenciones exploratorias; que solo es posible intervenir el teléfono del indiciado o inculpado y que se impone la revisión posterior por parte del juez de control de garantías con la asistencia del imputado y su defensor para que ejerzan la contradicción, si lo desean”.<sup>20</sup> Hay que anotar que el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal prohíbe el registro de:

1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.
2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.
3. Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Este apartado cubre también los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción.

El discurso internacional de garantizar la seguridad de las personas y sus bienes, mediante la adopción de políticas comunes de prevención y represión del delito es aprovechada como una oportunidad no solo para lograr el fin propuesto sino para interferir en el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos como la intimidad, habeas data, libertad de expresión, la libertad en el acceso y difusión de información, la libertad de conciencia y opinión, la pertenencia de los datos a los titulares de los mismos y la disponibilidad de tales mediando consentimiento previo e informado, así como, del derecho a libertad de circulación por el ciberespacio o como lo denominan los franceses el derecho de “ir y venir”,

Lo anterior, quiere decir que los derechos fundamentales se deben poder gozar y hacer efectivos sin la imposición de barreras o limitaciones más allá de aquellas expresamente establecidas por la Ley y que además tales prohibiciones no contravengan los principios y valores constitucionales, convencionales y en general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

En Colombia, la política pública en materia de cibercriminalidad ha sido abordada desde la ciberdefensa (Ley de inteligencia) y la ciberseguridad y se ha dirigido hacia dos fines básicamente, la utilización de información extraída de la red para ser aportada y valorada en procesos judiciales y, por otra parte con fines de inteligencia (verificar si táctica o estratégica y sus implicaciones o recomendaciones), en principio para prevenir y anticipar la consumación de la conducta delictiva, extrañándose un abordaje político criminal profundo, dejándose la regulación del fenómeno al derecho penal mediante la expedición de la Ley 1273 de 2009. Sin que se conozca la existencia de un observatorio de investigación y análisis de este tipo de delincuencia lo que reafirman la precariedad y reactividad de la política criminal del Estado colombiano.

Vale la pena reflexionar sobre los fines de la pena, la crisis del sistema penitenciario y carcelario colombiano y el tratamiento de las personas detenidas preventivamente y condenadas por delitos en, mediante y contra sistemas informáticos.

El uso proporcionado del derecho penal como respuesta a la cibercriminalidad estará dado por la fundamentación en la creación de las leyes, la utilización adecuada de la técnica legislativa y sobretudo la preexistencia de las normas que desarrollen los contenidos de los tipos penales en blanco, que además deberán examinarse de manera estricta en su alcance interpretativo. Así mismo, en las conductas delictivas tipificadas o por crearse deberán especificarse características tales como el sujeto activo y pasivo, si existe una cualificación especial, el objeto material y jurídico, los ingredientes normativos y subjetivos, la acción u omisión con relevancia jurídica penal, los elementos subjetivos del tipo penal y las modalidades en su comisión dolosa, culposa y de tratarse de tipos



penales en blanco, insistir, en tener claridad en las normas a las que se remite, para que el principio de libertad de configuración legislativa no se lleve por delante principios fundamentales del derecho penal y de las garantías procesales.

Fundación  
**Karisma**

**@** | **DERECHOSDIGITALES**  
Derechos Humanos y Tecnología en América Latina