

# GACETA ARBITRAL

---

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 68

AÑO VII

FECHA: 1 de DICIEMBRE 2018

**ASUNTO:** La prueba que en proceso arbitral viola el derecho a la intimidad es ilícita

**CARÁCTER:** Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

---

Si bien es cierto la conclusión final en el proceso arbitral es la decisión de los árbitros de declarar ilícita la prueba así obtenida, lo que la situación actual evidencia es un desconocimiento mayúsculo de la doctrina del derecho a la intimidad personal y familiar. La Constitución Nacional, artículo 15, consagra dicho derecho, en virtud del cual toda persona goza de intimidad personal y familiar (derecho a la intimidad), tanto como al buen nombre, así como a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en entidades públicas o privadas, (conocidos como derecho al buen nombre, y habeas data) y a mantener la privacidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, *con excepción de aquellos casos expresos en que la norma constitucional o legal permita acceder a su conocimiento*. De ello se deduce que el derecho a la intimidad es un derecho *fundamental* que permite a cada quien el manejo de su propia existencia con el mínimo normativo de injerencia.

Desde la iniciación de la vigencia de la Carta Fundamental de 1991 la doctrina del órgano constitucional lo ha reconocido como un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable, imprescriptible, disponible y renunciable en forma parcial [sobre disponibilidad puede consultarse la Sentencia T-044 de 1 de febrero de 2013, Exp. T-3.596.834, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo], y de efectos erga omnes, exigible tanto al ente estatal como a los particulares, y que se predica “a priori” (esto es, anterior a cualquier situación que lo configure), todo lo cual hace que sólo el sujeto de derecho a quien concierne en particular sea el único que puede divulgar datos de su vida privada. Es, por ende, incuestionable que el espacio íntimo repele al dominio público, lo que hace que la vida y ejecutorias privadas no pueden ser objeto de información por terceros, ni expuestas a otras personas, ni materia de divulgaciones o informaciones, sea que el titular del derecho tenga hábitos anticuados o primitivos de vida o prefiera vivir en solitario, y sin consideración a su posición social o a su capacidad económica o política. En rigor, la jurisprudencia ha entendido el derecho a la intimidad como una facultad del individuo para exigir a los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente a su titular, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en que no caben legítimamente las intromisiones externas.

La doctrina universal reconoce que la individualidad del ser humano, entendida como la posibilidad de que pueda obrar en forma diferente a la opinión generalizada o al concepto del vulgo, para llevar a cabo actividades según su propio convencimiento y no conforme a los que otros le impongan, tanto como la posibilidad de actuar conforme a sus propias preferencias e intereses, es lo que determina que pueda ser tenido como un sujeto de derecho, y de que pueda ejercer sus responsabilidades públicas o privadas y de participar a su criterio en el desarrollo social. Esa es la esencia de la individualidad y ahí radica el derecho a disfrutar de privacidad, lo cual

está en consonancia con la doctrina del artículo 1 de la C.N., que reconoce el respeto a la dignidad humana, lo que trae por conclusión que debe tenerse en cuenta el trasunto de la individualidad de las personas para el reconocimiento de su autonomía en el gobierno de su propia vida. [Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-787 de 18 de agosto de 2004, Exp. T-3.596.834, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

La intangibilidad del derecho a la intimidad se sustenta sobre la base de la libertad del individuo, lo que indica que la divulgación de su vida privada y de su información personal o familiar sólo puede trascender al dominio público con la aceptación previa y expresa o tácita del particular titular del derecho [principio de libertad], ya que la finalidad primordial de este derecho es resguardar el ámbito de la vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento del titular, lo que define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no desea ser escuchado o visto, de manera que sólo cuando el revelador de la información satisfaga con ella una finalidad constitucionalmente legítima, que sea capaz y suficiente para que la revelación que se haga se verifique en beneficio legítimo de la comunidad. [Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-530 de 23 de septiembre de 1992, Exp. T-2650, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Ese derecho (a la intimidad) se manifiesta de diversas formas, tales como la intimidad personal, familiar, social o gremial, todas las cuales se encuentran amparadas por el artículo 15 de la C.N., y se presentan en ámbitos como las relaciones familiares, costumbres, prácticas sexuales, salud, domicilio, comunicaciones personales, espacios para la utilización de datos a nivel informático, creencias religiosas, secretos profesionales y todo comportamiento que sólo puede llegar a los demás siempre y cuando el sujeto autónomamente lo divulgue o haga público, de modo que escape al dominio público, y únicamente puede resultar jurídicamente limitado o interferido en guarda de un verdadero interés general que corresponda a la doctrina del artículo 1 de la C.N., así que el derecho a la intimidad sólo admite limitación por causas legítimas, de orden o interés público, siempre y cuando encuentren justificación de orden constitucional, para el cumplimiento de un objetivo constitucionalmente legítimo [principio de finalidad], y sin que en ningún caso se pueda exceder a lo que tenga estricta relación de conexidad con el fin que busca la revelación [principio de conexidad], ni difundir información que resulte irreal, falsa o errónea [principio de veracidad], o que resulte parcial, incompleta o fraccionada [principio de integridad]. [Ver, al respecto, Corte Constitucional, Sentencia T-787 de 2004, reseñada en este artículo].

Su finalidad está en la protección de intereses morales como forma de preservación de la dignidad del ser humano; entendiéndose por tales el espacio intangible que debe ser inmune a intromisiones externas, en el que nadie puede invadir la intimidad de la vida personal o familiar de otro ni a que se divulguen facetas suyas sin su consentimiento. Es claro entonces que este derecho se deduce de la dignidad humana y de la tendencia natural de cada persona a la libertad, la autonomía y la autoconservación, para proteger el ámbito privado individual y familiar (como núcleo humano más cercano al hombre). Tanto la libertad como la dignidad del hombre exigen el respeto a la interioridad no sólo en lo público sino también lo privado, lo que se traduce en dos efectos distintos pero complementarios: Ninguno de los sujetos restantes tiene derecho a conocer la intimidad ajena, ni puede inmiscuirse o prorrumpir o injerir en el ámbito reservado del titular del derecho para divulgarla sin su asentimiento. Con razón ha dicho la Corte Constitucional que el derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y

la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado social de derecho [Ver, Sentencia C-640 de 18 de agosto de 2010, Exp. D-7999, M.P. Mauricio González Cuervo], razón por la cual la Constitución y la ley prevén mecanismos jurídicos eficaces para proteger tal derecho y su ejercicio. Entonces no cabe duda que si la persona tiene derecho a la intimidad es necesario atribuirle el espacio individual y familiar en que pueda realizar su actuación íntima, sin la posibilidad de que ésta pueda ser invadida arbitrariamente por el poder público o los restantes sujetos de derecho, mientras que su actuación no viole derechos ajenos ni se obre en contra de la ley.

Con el fin de establecer el campo de la actividad íntima del individuo y las limitaciones jurídicas a su ejercicio, la Corte Constitucional ha propuesto una tipología de las actuaciones que, mediante el manejo de criterios más o menos estables, facilita la unificación de la jurisprudencia (constitucional) y la seguridad jurídica entre los actores de tal derecho. La primera tipología parte de distinguir la información en impersonal y personal, y concluye que frente a la primera no existe límite constitucionalmente fuerte a la información, porque la censura no está reconocida (Inc. 2, art. 20), y por la vigencia y aplicación del principio de la transparencia, publicidad y eficiencia de la administración de justicia (art. 228) y la administración pública (209). La segunda gran tipología se encamina a clasificar la información en función de su publicidad y la posibilidad legal de tener acceso a la misma (sentido cualitativo), en la cual distingue cuatro categorías diferentes, a saber: 1). La información pública, que puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma es general, privada o personal (como los documentos públicos, las providencias judiciales ejecutoriadas, la información sobre el estado civil, o sobre la conformación de la familia; 2). La información semi-privada, que se integra por información personal o impersonal, cuyo conocimiento exige un mínimo de limitación para su conocimiento, de tal forma que sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad competente en ejercicio de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales (Ej: relaciones con entidades financieras o de seguridad social, etc.); 3). La información privada, que puede versar sobre información personal o no, y que se encuentra en el ámbito privado, que sólo puede ser obtenida por orden de autoridad competente, en ejercicio de sus atribuciones (como los libros de los comerciantes, los documentos privados, las historias clínicas o la información extraída de la inspección del domicilio); y 4). La información reservada, que versa sobre información personal ligada a derechos fundamentales del titular (dignidad, intimidad, y libertad), reservada a su órbita exclusiva y no puede ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en cumplimiento de sus funciones (información genética, datos “sensibles”, ideología, inclinación sexual, hábitos, etc.). Es evidente que estas tipologías son doctrinariamente útiles para reconocer cuándo debe mantenerse el derecho a la intimidad o cuándo se está en presencia de una limitación al ejercicio del mismo, y por cuanto delimitan e identifican tanto a las personas como a las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar la información [Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-729 de 5 de septiembre de 2002, Exp. T-467467, M.P. Eduardo Montealegre Lynett].

Para concluir debemos referirnos ahora a la “ilicitud” de la prueba por violación del derecho constitucional y fundamental a la intimidad. Sea lo primero distinguir entre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba (con referencia a la intimidad), porque si la prueba de determinado aspecto cobijado por la intimidad se obtiene con violación de los requisitos intrínsecos y extrínsecos de su producción, se está en presencia de una prueba *ilegal*, pero, si la información se obtiene sin el permiso previo y expreso del titular y violando al tiempo su derecho fundamental (en este caso el de la intimidad) la prueba es *ilícita*. Conforme a la doctrina especializada y la jurisprudencia, la

prueba es *ilícita*, sea que se trate de un medio probatorio regulado o no, cuando se obtiene violando derechos fundamentales de las personas, (la intimidad, la dignidad, la fama y el buen nombre, la no incriminación), etc., o cuando su aportación al proceso, o decreto o práctica parte de la misma premisa de violación, como cuando se somete al titular del derecho a la intimidad a vejámenes, o tratos inhumanos o indignos, con el fin de invadir su espacio privado. [ \* ], Omar Herrera Díaz, Johanna Caterine Prieto M y Nayibe Paola Jiménez Rodríguez, La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso Penal Colombiano, E. Revista Misión Jurídica, Vol 8, # 9, 2015.

Hay, pues, una marcada frontera entre la prueba *lícita* y *la ilícita* y, por eso, mientras la primera surte efectos procesales y probatorios, *la segunda carece de ellos*. [ \* ], Pedro A. Cañón R., pág. 215).

La prueba *ilícita* debe ser excluida sin defecto del acervo probatorio y no puede formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar una decisión, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de intereses sociales [ \* ], Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 21 de octubre/2009, Proceso 32193, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, criterio aplicable al procedimiento civil.

Esa *ilicitud* en el campo del proceso genera *nulidad de pleno derecho* por violación del debido proceso (Art. 29 C.N.), debe quedar excluida del acervo probatorio, según dijimos, y el juez no la puede tener en cuenta al momento de decidir (lo que se aplica a providencia interlocutoria o a sentencia). Se trata de un motivo más de nulidad procesal que se añade a las consagradas en el artículo 133 del C.G.P., pues, así lo estimó la **Corte Constitucional**, Sala Plena, Sentencia C-491 de 2 de noviembre de 1995, Exp. D-884, M.P. Antonio Barrera Carbonell, al decir que se debe rechazar desde la primera oportunidad que el juez advierta la ilicitud.

A pesar de que se trata de una nulidad insubsanable y de pleno derecho, como dejamos expresado, la **Corte Constitucional** ha indicado que el juez debe dictar la providencia sobre la nulidad de la prueba por ilicitud, con su debida *fundamentación*, conforme se anota en las Sentencias C-372 de 13 de agosto de 1997, Exp. D-1530, M. P. Jorge Arango Mejía, y SU-159 de 6 de marzo de 2002, Exp. T-42653, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, [Ver, arts. 29 C.N.; 133, 168, C.G.P.].

© D.A.R.