

**La importancia del control judicial previo a la limitación del derecho
fundamental a la intimidad en el derecho procesal penal colombiano en el año
2019**

Julio Cesar López González

Johan Alberto Cervantes Pérez

Presentado ante la universidad Simón Bolívar de Barranquilla, para aspirar al título de
Magister en derecho penal.

Universidad Simón Bolívar

Maestría en derecho penal

Barranquilla – Colombia

2020

Tabla de contenido

Introducción	4
1. Planteamiento del problema.....	7
1.1. Formulación del problema:	8
2. Justificación	9
3. Objetivos.....	11
3.1. Objetivo general.....	11
3.2. Objetivos específicos	11
4. Capítulo primero	12
4.1. El derecho a la intimidad en el derecho comparado público y el ordenamiento jurídico colombiano.....	14
5. Capítulo segundo La restricción del derecho fundamental a la intimidad y los principios que regulan su limitación	29
5.1. La limitación del derecho fundamental a la intimidad en el ordenamiento jurídico colombiano.....	30
6. Capítulo tercero.....	41
Principios jurídicos afectados por la carencia o insuficiencia del control judicial previo a afectaciones del derecho a la intimidad	41

6.1. Principio de reserva judicial como soporte a la existencia del control judicial previo en las afectaciones del derecho a la intimidad.	42
6.2. Principio de separación de funciones como soporte a la existencia del control judicial previo en las afectaciones del derecho a la intimidad.	55
7. Resultados	59
8. Conclusiones	63
9. Recomendaciones	65
Biblioteca	66

Introducción

La intimidad es uno de los más importantes y necesarios derechos del ser humano, dotándolo de la facultad para organizar autónomamente su vida privada, eligiendo que aspectos comparte con el resto de sociedad y cuales guarda en su esfera más íntima e impenetrable, teniendo en cuenta que la intimidad es necesaria para el desarrollo pleno de los individuos y considerando que guarda una especial relación con otros derechos, este ha gozado de una prolífica regulación jurídica (Messereau, 2013)

El derecho a la intimidad es un derecho humano y un derecho fundamental del ordenamiento jurídico colombiano, siendo elevado a este último rango por parte de la Constitución política de Colombia, que lo consagra mediante dos artículos diferentes y autónomos.

Al igual que algunos derechos fundamentales en el interior del ordenamiento jurídico colombiano, el goce del derecho a la intimidad no es absoluto e ilimitado, autorizando la constitucionalidad su limitación en un plano de proporcionalidad, cuando determinadas circunstancias lo ameriten, justificándose este cometido en el principio de prevalencia del interés general.

Sin embargo la misma constitucionalidad estableció una serie de garantías y formalidades, que tienen como objetivo reducir el impacto negativo del bien limitado,

siendo necesario que para la limitación del derecho a la intimidad sea exigible orden de autoridad judicial competente.

A pesar que la constitución política de Colombia exige este cometido, regulando esta formalidad en el mismo artículo que reglamenta la libertad y la intimidad, el legislador determino que en materia procesal penal, solamente se necesitaría orden judicial para restringir el derecho a la libertad, quedando la limitación del derecho a la intimidad en manos del ente acusador.

Esta situación constituye no solo una contrariedad entre la norma superior y la ley ordinaria, sino así mismo un desconocimiento o lesión de los principios de reserva judicial, juez natural, prevalencia de derechos fundamentales y separación de roles y funciones, puesto es inaudito que una entidad que tiene interés en el desarrollo del proceso, pueda limitar la intimidad de los ciudadanos sin que exista un freno que determine la procedencia de este acto

Producto de la implementación del sistema penal oral acusatorio en Colombia, se institucionalizo la jurisdicción de control de garantías, la cual tiene como objetivo la defensa y salvaguarda de los derechos fundamentales del imputado o procesado, operando esta mediante la materialización de controles judiciales tanto previos como posteriores.

En el caso de la limitación del derecho a la libertad es exigible la existencia de controles judiciales previos y posteriores, es decir el juzgador debe de examinar si es

procedente la realización de una captura y posteriormente verificar formal y materialmente la ejecución del procedimiento, en lo referente al derecho a la intimidad, este puede ser limitado por el ente acusador directamente, operando solamente el control judicial como mecanismo para la legalización de evidencia obtenida en la privacidad del afectado, siendo esta una circunstancia que genera preocupación académica (Crespo, 2014)

Expuesto lo anterior el presente trabajo se propone como objetivo resaltar la importancia de la implementación de control judicial previo a la afectación del derecho fundamental a la intimidad en el ordenamiento jurídico colombiano, a tal efecto la hipótesis a materializar en el interior de este, consiste en demostrar la necesidad de implementar control judicial previo a las afectaciones que vulneran el derecho a la intimidad, fundamentándose este planteamiento en una materialización de los principios de separación de roles y de reserva judicial.

1. Planteamiento del problema

Se ha evidenciado una contrariedad entre la Constitución Política de Colombia y la Ley 906 del año 2004 o código de procedimiento penal colombiano, puesto la primera norma considerada superior a la segunda e institucionaliza la orden judicial como requisito para la procedencia de actuaciones capaces de suspender el derecho a la intimidad de las personas, exigencia que no es materializada por la legislación ordinaria que otorga esta facultad al ente acusador.

A tal efecto no solo existe un desconocimiento del mandato superior, como consecuencia de la carencia de concordancia entre ambas normas, sino que también existe un impericia o lesión de los principios procesales de juez natural, reserva judicial, prevalencia de los derechos fundamentales y separación de roles y funciones.

La institucionalización de la función de control de garantías, obedeció a una necesidad de modernizar y actualizar el ordenamiento jurídico procesal penal colombiano, adaptando los postulados procesales internos a las exigencias de la doctrina acusatoria, la cual se identifica por su carácter garantista, por lo tanto la función de este juez constitucional, es evitar la lesión innecesaria, desproporcionada y arbitraria de los derechos fundamentales, quehacer que debe de cumplir en un plano de objetividad, razón por la cual el presente trabajo responderá la siguiente pregunta problema:

1.1. Formulación del problema:

¿En un estado social de derecho, la implementación de un control judicial previo garantizaría el respeto al derecho a la intimidad?

2. Justificación

La carencia de control judicial previo a las intervenciones que limitan el goce del derecho a la intimidad, constituyen una contrariedad entre el mandato constitucional y la interpretación normativa, puesto mientras la Constitución Política de Colombia amparada en el derecho internacional de los derechos humanos, consagra la necesidad de expedición de orden judicial como requisito a priori para limitar la intimidad de los ciudadanos, la legislación nacional establece que dicha decisión es facultativa del ente acusador, generándose un desconocimiento de los principios de reserva judicial, separación de funciones y prevalencia de los derechos fundamentales (Pérez, 2008)

Como funcionarios de la FGN, hemos podido evidenciar una constante afectación al derecho a la intimidad de los procesados, como consecuencia de la carencia de control judicial sobre estas actuaciones, a tal efecto la investigación a realizar reviste de especial importancia, puesto es un estudio imparcial, neutral y objetivo de una contrariedad existente en el interior del ordenamiento jurídico colombiano, capaz de generar lesión innecesaria sobre un importante derecho de las personas, es decir la intimidad.

Teniendo en cuenta que el derecho a la intimidad justifica su importancia en una necesidad de proteger la esfera íntima del individuo, por esta razón si bien el goce de este no es absoluto e ilimitado, su restricción debe de ajustarse a las garantías judiciales consagradas constitucionalmente para este fin.

La investigación a realizar es necesaria, puesto los debates que giran en torno a la defensa y salvaguarda de derechos fundamentales y que expone la contrariedad entre el mandato superior y la ley ordinaria, constituyen una prioridad en el interior de la academia, siendo necesaria la generación de contenido destinado a enriquecer estos conflictos doctrinarios. (Hoop, 2019)

Finalmente la investigación a realizar es novedosa, puesto expone la contrariedad existente entre lo plasmado en la Constitución política de Colombia y el código de procedimiento penal colombiano, en lo referente a la procedencia de intervenciones capaces de limitar el derecho a la intimidad, siendo necesaria una corrección en este tópico (Ortega, 2017)

Por lo tanto los esfuerzos de los realizadores del presente estudio, se justifican en una necesidad de generar propuestas académicas, orientadas a promover desde la doctrina la institucionalización del control previo como pre requisito para la afectación del derecho a la intimidad.

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

- Resaltar la importancia de la implementación de control judicial previo a la afectación del derecho fundamental a la intimidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.2. Objetivos específicos

- Documentar la conceptualización jurídica del derecho fundamental a la intimidad y su importancia en el ordenamiento jurídico colombiano.
- identificar la finalidad cumplida por los controles judiciales previo y posterior en defensa de los derechos de la ciudadanía
- Promover la implementación del control judicial previo como una estrategia de impedir el abuso de derechos en el interior del proceso penal colombiano.

4. Capítulo primero

Concepto. Alcances. Nociones preliminares del derecho a la intimidad

Se sugiere en el presente capítulo documentar la conceptualización jurídica del derecho fundamental a la intimidad y su importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, lo anterior en el entendido que la intimidad es una facultad que permite al ser humano administrar y organizar su esfera pública y privada, dándole el poder para decidir qué aspecto comparte con el resto de la humanidad y cuales se reserva para sí mismo.

El derecho a la intimidad guarda especial relación con el derecho a la libertad y libre desarrollo de la personalidad, siendo vital y determinante para el desarrollo del ser humano, por esta razón ha gozado de una extensa regulación normativa y análisis doctrinaria, siendo definido por Carolina Bezerra mediante su texto El estado, la intimidad y la persecución penal, así:

“La intimidad es una zona espiritual de la persona reservada a los hechos que sólo a ella o a su familia conciernen. Como tal zona reservada ha gozado siempre de protección social frente a intromisiones indeseables. El lenguaje es rico en palabras como pudor, respeto, recato, delicadeza, invasión, intromisión, decoro, vergüenza, discreción, que tienen que ver con ese recinto inviolable que llamamos

vida privada, Se trata pues de un bien espiritual socialmente protegido por leyes morales, usos y costumbres, y que en la órbita del derecho se nos presenta como un derecho natural a mantener oculto a los demás lo que sólo a nuestra vida personal o familiar afecta, reclamando el reconocimiento y el amparo de la ley positiva” (Bezerra, 2014. P. 12)

A tal efecto el aporte del presente capítulo es resaltar la importancia de la presente facultad, realizando un rastreo de los diferentes instrumentos normativos que regulan la misma y las blindan de afectaciones innecesarias, para posteriormente con base a esto, comprender el impacto negativo de la carencia de control judicial previo para la afectación de este derecho.

4.1. El derecho a la intimidad en el derecho comparado público y el ordenamiento jurídico colombiano

La intimidad o privacidad es una de las facultades más importantes del ser humano, representa la posibilidad de organizar libre y autónomamente su vida, eligiendo o escogiendo que factores o elementos de sus existencia desea compartir con el resto de la humanidad, y cuales desea resguardar en una esfera impenetrable y bajo su dominio.

La intimidad es de especial importancia para el hombre, puesto le permite delimitar como desea proyectarse socialmente, así mismo coadyuva a resguardar la relación que cada persona guarda consigo misma, permitiéndole el despliegue de su comportamiento más genuino en el interior de su privacidad.

Es importante resaltar que la intimidad guarda una especial relación con el derecho a la libertad, puesto constituye un ejercicio autónomo de decisión del sujeto, que le reconoce potestad sobre las diferentes esferas que componen su vida, dada la importancia de la intimidad, esta ha gozado de una prolífica regulación jurídica, siendo reconocido un derecho tanto humano como fundamental, por el Derecho internacional de los Derechos humanos y el ordenamiento jurídico colombiano respectivamente.

La regulación de la intimidad y su elevación al rango de derecho, obedece a una necesidad de blindar con protección jurídica el ejercicio de esta facultad por parte de los seres humanos, siendo consagrada como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni su familia, ni cualquier entidad, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (ONU, 1948)

Resulta importante como el Derecho internacional de los Derechos Humanos, prohíbe cualquier afectación a la intimidad y privacidad de las personas, siendo necesario que los Estados y sus respectivos ordenamientos jurídicos, ofrezcan garantías de protección ante estos abusos, similar postulado es plasmado en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, así:

“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; Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (ONU, 1966)

Complementando lo plasmado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, refuerza la

protección que impone el derecho internacional a la intimidad y privacidad de las personas, siendo una constante en estas regulaciones la relación entre la privacidad y honra de los individuos, más cercano al ordenamiento jurídico colombiano, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos, manifiesta lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (OEA, 1969)

Resulta importante como el presente instrumento internacional, reconoce que las invasiones a la intimidad o privacidad de los ciudadanos, constituye una ofensa en contra de la dignidad humana, puesto toda persona tiene el derecho a mantener en privado determinados aspectos de su vida y su familia, estando el Estado y la sociedad en general obligados a respetar estos límites.

Finalmente el convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, resalta reiterativamente la importancia de la intimidad y su rol como derecho inalienable del hombre, plasmando el presente documento lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 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” (Congreso Europeo, 1980)

El presente documento internacional no solo resalta la importancia y necesidad de protección del derecho a la intimidad, sino que así mismo establece garantías para su eventual afectación, siendo esta admisible siempre y cuando exista un riesgo o peligro para la seguridad institucional de la nación, abriendo esta declaración la posibilidad de lesión proporcional de este derecho.

En el interior del ordenamiento jurídico colombiano, existe igualmente una regulación explícita y detallada del derecho a la intimidad, siendo este primariamente elevando al rango de derecho fundamental por vía constitucional, siendo definido como tal por dos capítulos diferentes, plasmando el primero lo siguiente:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

A diferencia del Derecho internacional de los Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico interno separa las diferentes nociones de intimidad, estando el primer artículo constitucional consagrado a defender y proteger la dignidad de la cual depende la honra de los ciudadanos y sus familias.

Teniendo en consideración que los derechos fundamentales no son ilimitados, sino que coexisten en un plano de equilibrio con otros derechos e intereses superiores, el legislador permitió la limitación del derecho a la intimidad en un plano de proporcionalidad, siempre y cuando dicha afectación se fundamente en el interés

general, más específicamente en la necesidad de justicia, posteriormente la constitucionalidad regula lo siguiente:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

El presente artículo constitucional es de especial importancia en la defensa del derecho a la intimidad en Colombia, puesto identifica e impone una serie de garantías procesales para su afectación, las cuales son también aplicables ante la restricción del derecho a la libertad, así mismo el presente artículo ha sido objeto de controversia, puesto muchos consideran que resulta erróneo que siendo ambos derechos regulados por el mismo artículo y sumisos a las mismas garantías, en la realidad estas solo se materialicen para la defensa de la libertad.

Dentro de las garantías que constitucionalmente protegen el derecho a la intimidad de las personas destacan: juez natural, reserva judicial, legalidad, tipicidad y proporcionalidad, sin embargo a pesar de que la constitucionalidad impuso que este derecho solamente puede ser limitado por orden a autoridad competente, previo ejercicio de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la intervención, posteriormente el legislador otorgó dicha facultad al ente acusador, lo cual ha generado múltiples críticas en el interior de la doctrina.

Complementario a lo plasmado por la constitucionalidad, así mismo la jurisprudencia nacional ha realizado una extensa labor destinada a interpretar los contenidos normativos que regulan el derecho a la intimidad y su afectación, siendo su importancia plasmada en la sentencia de radicado C – 640 del año 2010 expedida por la Honorable Corte Constitucional colombiana, así:

“Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho general, absoluto, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer erga omnes, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el

único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada” (Corte Constitucional, 2010)

Siguiendo con la línea de pensamiento plasmada en el Derecho internacional público, la presente providencia resalta la inmensa importancia del derecho a la intimidad, siendo esta una facultad que va implícita en el ser humano y de la cual dependen múltiples intereses del mismo, quedando absolutamente prohibido que tanto el Estado como los particulares invadan esta esfera privada del individuo, la misma sentencia posteriormente plasma lo siguiente:

“Se afirmó también que la intimidad es el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto. En 1995, se reiteró esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo” (Corte Constitucional, 2010)

Resulta importante como la corte reconoce, que el derecho a la intimidad constituye una extensión o manifestación del derecho a la libertad y así mismo la de la dignidad

humana, puesto es facultad natural de todo individuo no solo organizar como proyectar su vida y los aspectos particulares de esta, sino así mismo decidir hasta qué punto es admisible determinadas injerencias ajenas a su privacidad, otra providencia expedida por la misma corporación judicial de radicado T – 517 del año 1998, manifiesta lo siguiente:

“Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, 1998)

Es reiterativo el planteamiento que confirma que la finalidad del derecho fundamental a la intimidad, es impedir que a la persona le sea negada la posibilidad de decidir qué aspectos comparte con el mundo exterior y cuáles no, otorgándole plena capacidad para organizar las diferentes esferas que hacen parte de su vida, sien el único límite a este ejercicio los derechos ajenos y el orden jurídico, este postulado es ampliado en sentencia de radicado T – 634 del año 2013, que expresa:

“Con relación al derecho a la intimidad, la Corte ha sostenido que el objeto de este derecho es garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros y que la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad forma parte de esta garantía. Así mismo, la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores y que la protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros del Estado o de otros particulares es un prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo” (Corte Constitucional, 2013)

Uno de los elementos más importantes en lo referente a la regulación del derecho a la intimidad, es la prohibición de la intervención o injerencia del Estado en asuntos que hacen parte de la privacidad de las personas, por lo tanto es necesario que existan límites al comportamiento institucional, siendo completamente inadmisibles que las entidades y el resto de la ciudadanía penetren sin permiso esta facultad del individuo, otra sentencia expedida por la misma corporación de radicado T - 386 del año 1994, identifica las circunstancias que son consideradas una afectación al presente derecho, así:

“La violación de la intimidad requiere del sujeto activo una conducta dirigida a conocer el ámbito oculto de la vida personal o familiar sin que medie autorización que lo permita. El quebrantamiento en esencia ocurre con la invasión abusiva de alguien en la esfera personal y privada de otra, así el propósito no sea el de obtener ventajas o hacer públicas tales situaciones. La simple intromisión constituye el instrumento de la violación, que por supuesto da lugar a tutelar el derecho, sin perjuicio de otras consecuencias que pudiera aparejar esa misma conducta” (Corte Constitucional, 2014)

A tal efecto para que exista una lesión o afectación del derecho a la intimidad, es necesario que exista una invasión indebida sobre la privacidad del individuo, independiente de que esta tenga como fin el simple hecho de conocer el núcleo comportamental de este o la difusión no autorizada de determinados datos, este tipo de intromisiones son legalmente inadmisibles, finalmente la sentencia de radicado SU056 del año 1995, resalta el especial rol de la intimidad y su aporte al desarrollo pleno del sujeto, así:

“El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha

señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública” (Corte Constitucional, 1995)

Resulta relevante como la corte constitucional identifica una relación íntima entre la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, puesto solamente en determinadas esferas privadas del ser humano, este se siente con la confianza suficiente de comportarse más genuina, auténtica y libremente, situación que no es posible ante la mirada ajena de la sociedad, por esta razón se puede considerar que la intimidad es inviolable salvo ante el advenimiento de determinadas circunstancias excusables.

Complementario a lo plasmado por la jurisprudencia, así mismo la doctrina ha expedido contenido relevante destinado a comprender el derecho a la intimidad, siendo este definido por el autor Arnulfo Moreno Florez, en su texto Derecho a la intimidad su significación y regulación publicado en la revista de la Universidad UNAM, en el año 2005, el cual plasma lo siguiente:

“El ámbito de la esfera privada es relativo, el mínimo protegible ha de ser fijado por la ley, considerando que, a partir de ese mínimo, existe

un amplio campo que sólo los tribunales podrían valorar, atendiendo a los usos sociales y a la situación de las personas afectadas. No obstante, quizás debe observarse a lo anterior que el mínimo de protección no ha de ser fijado por la ley, sino por la Constitución, y sobre todo mediante la interpretación de la misma hecha por el Tribunal Constitucional, pudiendo en este sentido la investigación etimológica ofrece un punto de partida seguro para el estudio y determinación del concepto objetivo del derecho a la intimidad” (Moreno, 2005. P. 10)

Es importante como el autor destaca, que siendo la intimidad un derecho regulado de forma explícita por la constitucionalidad, las circunstancias que conllevan a su afectación o limitación deben de ser debidamente formalizadas constitucionalmente, a tal efecto es inadmisibles que si la carta magna reconoce una serie de garantías para la suspensión del presente derecho, la normatividad reduzca las mismas, fenómeno que se está presentando en la actualidad en Colombia.

En lo referente a la conceptualización normativa del presente derecho, el autor Pedro Crespo de Lara en su texto El derecho a la intimidad como límite al derecho a la información, manifiesta lo siguiente:

“La intimidad es una zona espiritual de la persona reservada a los hechos que sólo a ella o a su familia conciernen. Como tal zona

reservada ha gozado siempre de protección social frente a intromisiones indeseables. El lenguaje es rico en palabras como pudor, respeto, recato, delicadeza, invasión, intromisión, decoro, vergüenza, discreción, que tienen que ver con ese recinto inviolable que llamamos vida privada, Se trata pues de un bien espiritual socialmente protegido por leyes morales, usos y costumbres, y que en la órbita del derecho se nos presenta como un derecho natural a mantener oculto a los demás lo que sólo a nuestra vida personal o familiar afecta, reclamando el reconocimiento y el amparo de la ley positiva” (Lara, 2014. P. 4)

Resulta importante como el autor destaca, que solamente el ciudadano y las familias tienen la potestad de decidir si desean o no dar a conocer su información privada, sus hábitos y comportamientos, siendo completamente inadmisibles que esta potestad y facultad sea suplantada arbitrariamente por terceros incluido el mismo Estado, a tal efecto la ley se encuentra obligada por el Derecho internacional público de los Derechos Humanos, a sancionar cualquier injerencia indebida en la privacidad de las personas.

El presente capítulo concluye confirmando que el derecho a la intimidad es una de las facultades más importantes de los individuos, la cual se materializa en una esfera impenetrable de protección que contiene los aspectos íntimos de las personas y sus familias, estando la sociedad y el Estado obligados a mantenerse al margen de este

cometido, por esta razón la ley está obligada a sancionar cualquier injerencia indebida en este campo.

Al igual que acontece con otros derechos fundamentales, el goce del derecho constitucional a la intimidad no es absoluto, a tal efecto este se encuentra en un plano de equilibrio con otros intereses ajenos, como lo son los derechos de los demás, el interés público y el orden jurídico, por lo tanto la constitucionalidad autoriza la limitación de este derecho, cuando dicha afectación sea necesaria, idónea y proporcional a ambiciones superiores, tema que será abordado a continuación.

5. Capítulo segundo

La restricción del derecho fundamental a la intimidad y los principios que regulan su limitación

En el presente capítulo se estableció como objetivo: resaltar la finalidad cumplida por los controles judiciales previo y posterior en defensa de los derechos de la ciudadanía, lo anterior en el entendido que tanto el Derecho internacional de los Derechos humanos como la constitución política de Colombia, institucionalizaron una serie de principios y garantías destinadas a proteger el ejercicio del derecho a la intimidad.

Si bien al igual que otros derechos fundamentales el goce del derecho a la intimidad no es absoluto, su limitación únicamente procede si se respeta el mínimo de condiciones para la procedencia de estas restricciones, las cuales se materializan en los principios de reserva judicial, prevalencia de los derechos fundamentales y separación de roles y funciones, temas que serán abordados en este apartado.

A tal efecto la función del presente capítulo es realizar una conceptualización y análisis de los principios constitucionales que regulan la limitación de la intimidad, para posteriormente demostrarse la vulneración de los mismos en la perspectiva de regulación del legislador, para este cometido será necesario el estudio de los contenidos constitucionales y el soporte externo de los mismos, desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos.

5.1. La limitación del derecho fundamental a la intimidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Al igual que acontece con otros derechos fundamentales, el derecho a la intimidad puede limitarse cuando el interés general lo amerite, siendo la constitucionalidad la encargada de establecer ante qué circunstancias y eventos es admisible esta restricción, y siendo la intencionalidad del constituyente permitir intervenciones que motivadas en la necesidad de justicia, pudieran adentrarse en la esfera personal y privada del individuo y las familias.

Conexo a su reconocimiento como derecho humano por parte del derecho internacional de los derechos humanos y derecho fundamental por parte de la constitucionalidad colombiana, así mismo el código de procedimiento penal eleva el concepto de intimidad al rango de norma rectora del procedimiento penal, consagrando su importancia y así mismo identificando las circunstancias que ameritan su restricción, así:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de

flagrancia y demás contempladas por la ley” (Congreso de la Republica, 2004)

Contrario a lo regulado por la Constitución política de Colombia, el código de procedimiento penal colombiano determina que puede haber limitación del derecho a la intimidad, únicamente autorizable desde la perspectiva del ente acusador, postulado normativo que es abiertamente contrario a la intencionalidad del constituyente primario, quien determino que solamente los jueces de la republica pueden autorizan dicha injerencia, la ley posteriormente identifica los procedimientos que entran en tensión con el ejercicio de este derecho, así:

“De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones. En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación” (Congreso de la Republica, 2004)

Ante la inexistencia de control judicial previo a la afectación del derecho a la intimidad, garantía que se encuentra solemnizada por la constitución política de Colombia, el legislador impuso una carga al ente acusador de legalizar los resultados

de estas intromisiones, ante audiencia posterior al acto la cual debe de celebrarse ante el juez de competente, posteriormente el código identificada las diferentes diligencias susceptibles de ser adelantadas por parte de la Fiscalía General de la Nación en este ámbito.

“Procedencia de los registros y allanamientos. El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial.” (Congreso de la Republica, 2004)

El registro y allanamiento es un procedimiento policial autorizado por el Fiscal encargado del caso, que tiene como objetivo el ingreso de la fuerza pública a la residencia u oficina de una persona, con la finalidad de obtener evidencia relevante a una investigación judicial, este procedimiento constituye una lesión al derecho a la intimidad, la cual si bien es legalmente admisible desde la perspectiva del código de procedimiento penal colombiano, no se encuentra reglada de esta forma por vía constitucional, posteriormente el código identifica los criterios que deben de guiar la decisión del fiscal en este cometido, plasmando lo siguiente:

“Fundamento para la orden de registro y allanamiento. Sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito”
(Congreso de la Republica, 2004)

Es importante como el legislador impone una carga al Fiscal del caso y su equipo de investigación, puesto la expedición de órdenes de registro y allanamiento no pueden ni deben de ser un ejercicio arbitrario, siendo necesario que se autentique la sospecha de comisión del delito en un lugar o residencia de un ciudadano, por lo tanto la procedencia del acto debe de ir acompañada de evidencia que demuestra estas tesis.

“Retención de correspondencia. El Fiscal General o su delegado podrá ordenar a la policía judicial la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que existe información útil para la investigación”
(Congreso de la Republica, 2004)

La retención y posterior inspección de correspondencia, es otro procedimiento consagrado por el código de procedimiento penal colombiano, por medio del cual se autoriza la limitación o restricción del derecho fundamental a la intimidad de las personas, siendo este un acto por medio del cual se examina el contenido de información compartida por el afectado en una esfera privada.

“Intercepción de comunicaciones telefónicas y similares: El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden” (Congreso de la Republica, 2004)

En esta otra intervención del derecho a la intimidad, se le permite al fiscal del caso ordenar la intervención de cualquier clase de comunicación del afectado, esto con el objetivo de conocer y grabar información relevante para los intereses de la justicia.

Como se ha explicado anteriormente, estas intervenciones sobre la intimidad de las personas exigen control judicial posterior a la realización del acto, esto con la

finalidad de legalizar y autenticar los resultados de las mismas, es decir primero que todo examinar la formalidad del acto y así mismo comprobar que no hubo arbitrariedad en el mismo capaz de lesionar los derechos de los afectados, finalmente el juez procederá a solemnizar la evidencia obtenida mediante los mismos, este cometido se encuentra regulado por la misma normatividad, así:

“Dentro de las 24 horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado” (Congreso de la Republica, 2004)

El código de procedimiento penal colombiano, resalta y regula explícitamente las formalidades que hacen parte de las afectaciones del derecho a la intimidad, siendo necesario que en sede de control judicial posterior, el juez constitucional verifique los diferentes aspectos que hicieron admisible el acto y los resultados del mismo.

La afectación del derecho a la intimidad y las formalidades que hacen admisible la limitación de este, son un tópico que ha sido de prolífico estudio en el interior de la jurisprudencia colombiana, puesto si bien las altas cortes han reconocido la incuestionable importancia del derecho a la privacidad, así mismo han expuesto

constantemente que el goce de este no es absoluto, puesto se encuentra en un plano de equilibrio con el interés general y otros derechos e principios jurídicos, respecto a esto la sentencia de radicado C – 336 del año 2004 expedida por la Honorable Corte Constitucional colombiana, manifiesta lo siguiente:

“El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal” (Corte Constitucional, 2004)

A tal efecto se puede confirmar, que siendo la investigación de delitos y la materialización de la justicia criminal, una prioridad en el interior de la sociedad e institucionalidad colombiana, se justifica la flexibilización en el goce de determinadas facultades ciudadanas, siendo la intimidad uno de los derechos fundamentales susceptibles de ser restringidos producto de la necesidad de juzgamiento, sin embargo esto no justifica la arbitrariedad, puesto resulta más que obligatorio que se respete el

mínimo de garantías inquebrantables del individuo, similar postulado es plasmado en la sentencia de radicado C – 881 del año 2014, así:

“El derecho a la intimidad no es absoluto, pues puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que este derecho puede ser objeto de limitaciones restrictivas de su ejercicio en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución, sin que por ello se entienda que se puede desconocer su núcleo esencial” (Corte Constitucional, 2014)

Así como la jurisprudencia nacional ha sido reiterativa en destacar y reafirmar la importancia del derecho a la intimidad, así mismo se ha confirmado mediante diferentes planteamientos que el goce de este no es absoluto, puesto similar a lo que acontece con otros derechos fundamentales se encuentra en un plano de equilibrio con los derechos ajenos y el resto del ordenamiento jurídico, siendo necesaria la suspensión del mismo, cuando los intereses que se desprenden del interés superior lo ameriten, la misma sentencia posteriormente complementa lo siguiente:

“El reconocimiento de que el derecho a la intimidad se vea sometido a restricciones significa, que cierta información del individuo interesa jurídicamente a la comunidad. Admitir que este derecho no es

absoluto, implica asentir que en ciertas ocasiones, cuando el interés general se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información individual puede y debe ser divulgada” (Corte Constitucional, 2014)

A tal efecto partiendo del hecho que el ciudadano debe de comportarse de una forma ejemplar y coherente con los mandatos del ordenamiento jurídico, resulta completamente admisible que la facultad de intimidad de este sea suspendida, cuando determinada información relativa al mismo, resulta de especial relevancia a los intereses institucionales y sociales, circunstancia que se presenta primariamente en la investigación de conductas antijurídicas, complementando la misma providencia lo siguiente:

“De esta manera la intimidad puede ser objeto de limitaciones o interferencias por razones de interés general, legítimas, y debidamente justificadas constitucionalmente. Así las cosas, la intimidad puede ser susceptible de limitación como resultado de la interrelación de otros intereses de igual manera constitucionalmente relevantes , siempre que el recorte sea necesario para lograr el fin legítimamente previsto, sea proporcionado para alcanzar el mismo y no afecte su núcleo esencial” (Corte Constitucional, 2014)

Resulta importante como la sentencia confirma, que la limitación del derecho fundamental a la intimidad se encuentra autorizada por la constitución, puesto el constituyente comprendió que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que se encuentran en un plano de equilibrio y armonía con otros intereses jurídicos, siendo necesario que para la suspensión del derecho a la intimidad se respeten las formalidades que la carta magna ha institucionalizado, esto con la finalidad de impedir un deterioro injustificado, desproporcionado, masivo e innecesario del núcleo intocable en el ejercicio de esta facultad, este postulado es reforzado en sentencia de radicado C – 640 del año 2010, que manifiesta lo siguiente:

“Ese espacio personal y ontológico, sólo puede ser objeto de limitaciones o de interferencias en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución. La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”
(Corte Constitucional, 2010)

Resulta reiterativo el planteamiento que establece, que así como el constituyente resalto la importancia del derecho a la intimidad, de la misma manera reconoció la necesidad de imponer límites al ejercicio del mismo, circunstancia que se haya motivada en lo plasmado en el artículo primero de la Constitución política de

Colombia, el cual ordena que el interés general prevalezca sobre el particular, siendo necesaria la limitación de derechos fundamentales para la materialización de necesidades institucionales y sociales superiores.

A título de conclusión, el presente capítulo confirma que el derecho a la intimidad es susceptible de ser limitado por la jurisdicción penal, cuando determinada información relativa al sujeto y salvaguardada en la esfera más cercana de su privacidad, resulte relevante para los fines perseguidos por la investigación, siendo necesario que este cometido se respeten las formalidades plasmadas por la constitucionalidad, las cuales imponen límites a la actividad estatal.

6. Capítulo tercero

Principios jurídicos afectados por la carencia o insuficiencia del control judicial previo a afectaciones del derecho a la intimidad

El capítulo final del presente trabajo se propone como objetivo: promover la implementación del control judicial previo como una estrategia de impedir el abuso de derechos en el interior del proceso penal colombiano, se justifica en una necesidad de demostrar la lesión latente del derecho fundamental a la intimidad, como consecuencia de la carencia de esta garantía.

Es importante resaltar que la institucionalización de la jurisdicción de control de garantías, obedeció a una necesidad de impedir que los fiscales limitaran directamente los derechos fundamentales de las personas, siendo necesario que este tipo de decisiones fueran adoptadas por un ente imparcial, objetivo y neutral, que no ostentara interés en el desarrollo y resultado del proceso.

A tal efecto resulta inexplicable la postura del legislador, al negar a la afectación del derecho fundamental a la intimidad, la garantía de control judicial previo, siendo necesario que la academia se pronuncie ante esta malinterpretación legislativa de los postulados constitucionales.

6.1. Principio de reserva judicial como soporte a la existencia del control judicial previo en las afectaciones del derecho a la intimidad.

Una de las controversias y debates vigentes en la dogmática jurídico penal colombiana actual, gira en torno a la inexistencia de control judicial previo a las actuaciones susceptibles de limitar el derecho a la intimidad, el presente documento ha sido reiterativo en resaltar que la intención original del constituyente primario, fue blindar el derecho a la intimidad de una serie de garantías que impusieran límites a la actividad estatal, siendo una de estas garantías el control judicial previo, tal como acontece en otros ordenamientos jurídicos que hacen parte del derecho comparado.

La legislación de los Estado Unidos de América, la cual ha sido la principal exportadora del sistema penal oral acusatorio en la contemporaneidad, ha sido reiterativa en resaltar la importancia de imponer controles previos a la afectación de derechos fundamentales, a tal efecto la limitación del derecho a la intimidad en el mencionado Estado, solo procede previa existencia de warrant¹ u orden judicial previa, siendo este tópico regulado por la segunda enmienda a la Constitución del mencionado país, así:

¹ Orden de registro es un documento emitido por un juez o tribunal perteneciente normalmente al poder judicial, en el cual se autoriza a las autoridades policiales a realizar un registro en un lugar protegido por el derecho a la intimidad de una persona, La orden de registro se emite cuando existen sospechas fundadas de que en esa ubicación puedan encontrarse pruebas de una actividad ilícita, y debe ser ordenada por un juez para preservar el derecho a la intimidad de la persona, La orden de registro puede dictarse a instancia de parte.

“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas” (Congreso de los Estados Unidos de América, 1914)

Conexo a los Estados Unidos de América, son múltiples los países que han institucionalizado el control judicial previo, como requisito para la procedencia de la afectación del derecho a la intimidad, siendo este un esfuerzo de la comunidad internacional, por proteger la integridad de la privacidad de las personas, reconociendo no solo la importancia de esta faculta, sino así mismo, el deber del estado en su salvaguarda, dentro de los países que han introducido esta garantía destacan: Reino Unido, México, Canadá, Venezuela e Irlanda.

En el ordenamiento jurídico colombiano, aun cuando el derecho a la intimidad comparte redacción con el derecho a la libertad, siendo la intencionalidad del constituyente que ambas facultades gozaran de las mismas garantías y formalidades para su limitación, es inexplicable porque ciertos principios son solamente aplicables para la restricción de la libertad, quedando la intimidad desprotegida ante la inoperancia de estos límites a la actividad institucional.

El principal principio procesal lesionado o desconocido como consecuencia de la carencia de control judicial previo en este ámbito, es la reserva judicial, el cual establece que determinadas decisiones adoptadas en el interior de la justicia, deben de ser exclusivamente autorizadas y pronunciadas por ente jurisdiccionales competentes.

Es importante resaltar que como consecuencia de la implementación del sistema penal oral acusatorio en Colombia, surgió la necesidad de actualizar y modernizar los diferentes procedimientos administrativos y judiciales, esto con la finalidad de que dichas actuaciones fuesen compatibles con las exigencias internacionales y constitucionales del derecho procesal penal contemporáneo.

A tal efecto el legislador creó la figura de control de garantías, jurisdicción encargada de vigilar, supervisar, inspeccionar y autorizar las actuaciones procesales que entren en tensión con los derechos fundamentales, en sentencia de radicado C – 591 del año 2014, se resalta motivación que dio origen a la institucionalización del juez de control de garantías, su importancia y relación y fundamento con el principio de reserva judicial, plasmando la providencia lo siguiente:

“La creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales,

los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional. Se trata de una clara vinculación de la investigación a la garantía de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen así como límites de la investigación” (Corte Constitucional, 2014)

Es imposible que los actos de investigación y juzgamiento criminal de una persona, no entren en tensión con los derechos fundamentales de la misma, por esta razón es necesaria la existencia de un plano de equilibrio, capaz de limitar tanto el ejercicio de los derechos fundamentales como la capacidad del Estado para suspender los mismos, es así que la tradición garantista que tiene origen en los postulados de Beccaria, posiciono los principios de separación de funciones y reserva judicial, como una estrategia de defensa de los intereses de la ciudadanía, siendo el control de garantías una manifestación o adaptación de estos postulados.

A tal efecto el objetivo de la función de control de garantías, es fungir como una jurisdicción imparcial, objetiva y neutral, capaz de verificar la admisibilidad en la limitación de los derechos fundamentales como consecuencia de los actos de investigación, plasmando la misma providencia lo siguiente:

“Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos

fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima” (Corte Constitucional, 2014)

Con base en lo plasmado en la providencia se puede confirmar, que la totalidad de las actuaciones susceptibles de lesionar o limitar derechos fundamentales, deben de ser autorizadas por la jurisdicción de control de garantías, esto con el objetivo no solo de materializar el principio de reserva judicial, sino también para impedir una lesión desproporcionada, innecesaria, injusta e infundada de los intereses personales y más íntimos del procesado, similar postulado es plasmada en la sentencia de radicado C-366 del año 2014, así:

“En el sistema penal acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002, si bien la Fiscalía se mantuvo dentro del poder judicial, se creó el juez con funciones de control de garantías como una autoridad judicial independiente, encargada de proteger la libertad y los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso, quien ejercerá las

competencias relativas a la restricción de esas libertades y derechos. Se puntualizó además que el juez con funciones de control de garantías es la autoridad judicial competente a la que alude el artículo 28 de la Constitución y, por ende, quien debe proferir el mandato escrito y de quien se pregona la reserva judicial para restringir el derecho a la libertad de las personas” (Corte Constitucional, 2014)

A tal efecto la finalidad de la jurisdicción de control de garantías, es impedir el desconocimiento arbitrario de derechos fundamentales por parte del ente acusador, siendo necesario que el juez constitucional verifique hasta qué punto es admisible determinadas intervenciones invasivas, esto en un plano de objetividad y neutralidad que imponga límites a potestad sancionatoria del Estado, finalmente la sentencia de radicado T – 540 del año 2018, plasma lo siguiente:

“El juez de control de garantías es, en realidad, un juez constitucional por excelencia, en el entendido de que su rol funcional no se circunscribe meramente a una interpretación exegética de las normas sustantivas y adjetivas del Código Penal o del Código de Procedimiento Penal, sino que su actividad está sometida a la amplitud que definen los principios y normas contenidas en la propia Carta Política, lo que supone, prima facie, un margen de interpretación mucho más extenso que el que puede esperarse del juez penal de conocimiento” (Corte Constitucional, 2018)

A título de conclusión, el juez de control de garantías es una materialización de los principios de reserva judicial, prevalencia de los derechos fundamentales, prohibición del exceso y juez natural, siendo su finalidad intervenir en las actuaciones y procedimientos capaces de lesionar derechos fundamentales, adelantados por el ente acusador.

Es necesario destacar que el juez de control de garantías opera mediante la configuración de controles judiciales, los cuales pueden ser previos o posteriores, siendo los primeros aquellos que legalizan previa a su perpetración, actuaciones capaces de lesionar derechos fundamentales, mientras que los segundos únicamente realizan la legalización de los resultados consecuencia de determinadas injerencias sobre los derechos de las personas.

A simple vista ambos controles persiguen la misma finalidad pero ejercida de forma diferente, puesto mientras algunos autorizan o desautorizan previamente determinadas actuaciones del ente acusador, otros simplemente verifican posteriormente la legalidad y formalidad de afectaciones que no requirieron su autorización a priori, el control judicial previo es conceptualizado y analizado en sentencia de radicado C – 334 del año 2010, que establece lo siguiente:

“En el caso del control previo, procede una actuación judicial que pondera entre los intereses de la investigación, las razones aducidas por la Fiscalía, el delito investigado y las condiciones del sujeto sobre quién o sobre cuyos intereses se practicaría la actuación, a fin de evitar

una restricción excesiva, innecesaria o afrentosa, que en poco o nada asegure verdad al proceso y al contrario, afecte desproporcionadamente ámbitos de la intimidad y privacidad de la persona implicada. Lo que hace el juez es proteger los derechos del sujeto investigado, impedir que las prerrogativas del Estado asignadas a la Fiscalía y a su aparato técnico, se usen sin finalidad concreta, sin justificación, inútilmente y de modo desproporcionado, desconociendo el carácter ius fundamental y especialmente protegido de los bienes jurídicos reconocidos en los derechos individuales sobre los que la actuación investigativa opera” (Corte Constitucional, 2010)

La sentencia confirma que el control judicial previo no solo es una materialización del principio de reserva judicial, sino que su finalidad es verificar previamente la procedencia de actuaciones capaces de lesionar los derechos de los ciudadanos, esto con el objetivo no solo de imponer un freno a la intensidad del poder punitivo, sino así mismo evitar que la parcialidad del ente acusador, represente un riesgo para los intereses del afectado, la misma sentencia posteriormente identifica la diferencia entre ambos tipos de control, así:

“Respecto de la oportunidad del control judicial sobre las actuaciones de la Fiscalía y de la policía judicial existen diferencias entre el que opera de modo previo y el que ocurre con posterioridad. En el caso del control previo, procede una actuación judicial que pondera entre los

intereses de la investigación, las razones aducidas por la Fiscalía, el delito investigado y las condiciones del sujeto sobre quién o sobre cuyos intereses se practicaría la actuación, a fin de evitar una restricción excesiva, innecesaria o afrentosa, que en poco o nada asegure verdad al proceso. En tanto que en el control judicial posterior, que es excepcional y procedente para las medidas que de modo taxativo, se atienden no sólo aspectos formales sino materiales y por tanto relacionados con los derechos y garantías fundamentales en juego, y se produce sobre una diligencia que ya se ha ejecutado y en la que ya se han afectado derechos fundamentales” (Corte Constitucional, 2010)

Obviamente la diferencia entre ambos tipos de control judicial, es que mientras uno autoriza la intervención sobre un derecho fundamental, previo análisis de la procedencia del acto, el otro solamente controla formal y materialmente una diligencia que ya ha sido efectuada, esto con el objetivo de verificar que la intervención adelantada por el ente acusador con el auxilio de la policía judicial, se ajustó a las exigencias promovidas para este cometido, la misma sentencia posteriormente complementa los alcances del control judicial posterior, así:

“La actuación judicial no previene la injerencia ilegítima sobre éstos, como sucede en el control previo, y en caso de encontrar que efectivamente la Fiscalía y/o la policía judicial han actuado con

desconocimiento de las reglas y principios normativos que regulan las actuaciones correspondientes, la garantía judicial sirve es para reparar los derechos limitados en exceso pero en términos procesales, es decir, excluyendo del expediente la evidencia recaudada con violación de los protocolos, garantías y procedimientos” (Corte Constitucional, 2010)

Es necesario resaltar que el control judicial posterior tiene efectos en materia probatoria, puesto una diligencia que no respeto las formalidades institucionalizadas con el objetivo de proteger los derechos fundamentales, amerita que la evidencia e información obtenida mediante la misma, sea excluida del acervo probatorio, sin embargo esto justifica el hecho de que la intencionalidad del constituyente fue dotar a la libertad y la intimidad de las mismas garantías, por lo tanto es inexplicable la inexistencia del control judicial previo a las intervenciones que lastiman el derecho a la intimidad.

La forma como ha sido regulada la intervención del derecho a la intimidad en el interior del ordenamiento jurídico colombiano, resulta completamente contraria a los postulados plasmados en el derecho internacional y el derecho comparado, puesto la mayoría de los ordenamientos jurídicos que han acogido la axiología penal acusatoria, han implementado el control judicial previo como requisito a las afectaciones de la privacidad, tal es el ejemplo de Venezuela, Argentina, Canadá y Estados Unidos, siendo este último el principal precedente moderno sobre estas medidas, respecto a esto Thomas Messereau, manifiesta lo siguiente:

“Una de las mayores libertades protegidos por la Constitución de Estados Unidos es su derecho a la privacidad. La Cuarta Enmienda protege su privacidad mediante la limitación de poder de búsqueda y captura los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Generalmente, esto significa que no usted o su hogar pueden buscar o confiscar sus bienes personales sin tener una buena razón para hacerlo. Y, a menos que aplique alguna excepción específica, tienen que tener una orden judicial antes de hacer una búsqueda o incautación. Piense en una orden de registro como un permiso especial. Se permite a los agentes del orden público o funcionarios para buscar un lugar o área determinada en un momento determinado” (Messereau, 2013. P. 10)

Para la implementación del sistema penal oral acusatorio colombiano, fue necesario que la institucionalidad y el ordenamiento jurídico plagieran la experiencia de Norte América, siendo la totalidad de estos procedimientos trasladados y adaptados a la cultura jurídica del país, y aun cuando el legislador es autónomo en determinar hasta qué punto un postulado es admisible con la tradición normativa doméstica, no existe explicación lógica que de forma coherente identifique porque un derecho de vital importancia es dejado al arbitrio del ente acusador.

En la actualidad la comunidad internacional ha expresado preocupación frente a constantes intervenciones ilegales a la intimidad de las personas, siendo este un tópico que cada día adquiere mayor relevancia, fundamentándose en una necesidad de

impedir que tanto ciudadanos como Estados, afecten constante y desproporcionadamente la privacidad de los individuos, es por esto que la organización de las naciones unidas por medio de CONODO, una ONG, destinada al uso estratégico del internet, han destacado la necesidad urgente de proteger el ejercicio de esta facultad, afirmando lo siguiente:

“La Asamblea General de las Naciones Unidas está negociando mecanismos para proteger el derecho a la intimidad de todos/as frente a los retos de la vigilancia digital ilegal. Se discute la situación que enfrentan los países al desarrollar marcos legales y políticos de inteligencia, especialmente frente a lo que se ha constatado como la práctica de algunos gobiernos de interceptar, recolectar y analizar las comunicaciones privadas de las personas en el mundo. Esta situación se evidenció con las revelaciones organizaciones de la sociedad civil colombiana interesadas en promover una reforma al régimen legal colombiano que da marco a la interceptaciones de comunicaciones para que se consideren los estándares internacionales en privacidad”
(ONU, 2014)

A tal efecto se puede confirmar que la situación en Colombia frente a las lesiones del derecho a la intimidad, han generado preocupación que trasciende las fronteras de la Nación, demostrándose la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico con miras a

reducir la capacidad del Estado de limitar a este derecho, siendo la implementación del control judicial previo una medida que evite la arbitrariedad en este cometido.

A título de conclusión el presente fragmento del trabajo confirma, que la carencia de control judicial previo a las actuaciones capaces de lesionar el derecho a la intimidad, constituyen una negación de los principios de reserva judicial y prevalencia de los derechos fundamentales, puesto así como lo manifiesta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concordado con la Constitución Política de Colombia, la afectación del derecho a la privacidad solo procede previa autorización por parte de entidad judicial competente.

El presente subcapítulo del trabajo permitió confirmar, la existencia de una incoherencia desde la perspectiva de interpretación del legislador de la Carta magna, puesto el constituyente de forma explícita ordeno que las intervenciones capaces de lesionar la intimidad de las personas, procedían únicamente previa autorización judicial, por lo tanto no existe explicación que justifique por qué determinadas actuaciones capaces de lesionar la privacidad, puedan ser adelantadas directamente por el ente acusador.

6.2. Principio de separación de funciones como soporte a la existencia del control judicial previo en las afectaciones del derecho a la intimidad.

Una de las novedades del sistema penal oral acusatorio, en lo relativo a la implementación de garantías judiciales beneficiosas al procesado, fue la separación definitiva de los roles de las partes e intervinientes involucrados en el proceso penal, a tal efecto contrario a lo que acontecía con el sistema inquisitivo, implementado mediante la ley 600 del año 2000; en la ley 906 del año 2004 se logró una diferenciación taxativa de las facultades para investigar, acusar y juzgar, siendo las primeras dos adelantadas de forma exclusiva por el ente acusador, mientras que la última era potestad incuestionable de los jueces de la república, siendo esta novedad plasmada en sentencia de radicado C – 762 del año 2009, así:

“El Acto Legislativo No. 3 de 2002 trajo consigo una importante modificación en el sistema procesal penal colombiano, pues introdujo modificaciones en la Constitución con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, y el diseño de un sistema de tendencia acusatoria, pero sin que pueda afirmarse que corresponda a un sistema acusatorio puro, destacándose como su finalidad: instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en

materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica” (Corte Constitucional, 2009)

Resulta importante como la providencia destaca, que la iniciativa de separar las funciones de investigación y juzgamiento en el interior del ordenamiento jurídico colombiano, tiene origen en el derecho internacional público, puesto solo se puede garantizar la imparcialidad del juez, si este no tiene injerencia en los actos de investigación y la formación de la causa probable, por otro lado dado que el ente acusador tiene interés en el resultado del proceso, no es viable que este se halle facultado para limitar y reducir derechos fundamentales, la misma sentencia posteriormente complementa lo siguiente:

“De esta relación, la separación entre las dos etapas que integran el procedimiento penal: la investigación y el juzgamiento, se torna en una de las señas de identidad del régimen procesal penal colombiano, que ha determinado importantes consecuencias, como la relacionadas con el derecho a un juez imparcial y un juicio cada vez más justo, que crea para el procesado mayores garantías de que la decisión definitiva que se adopte sobre su responsabilidad penal, sea justa en tanto independiente, sujeta a derecho e imparcial subjetiva y objetivamente” (Corte Constitucional, 2009)

A tal efecto todo proceso de juzgamiento que aspire a ser objetivo y neutral, debe de separar taxativamente las funciones de investigación y juzgamiento, esto con el objetivo de no contaminar la percepción de los acusadores y juzgadores, ni las del proceso mismo.

El desarrollo de este tópico adquiere especial relevancia en el despliegue del presente estudio, puesto las afectaciones de derechos fundamentales de los ciudadanos solo proceden cuando son autorizadas por un juez de la república, en el caso concreto por parte del juez de control de garantías, por lo tanto permitir que el ente acusador pueda ordenar intervenciones sobre la privacidad de los ciudadanos, no solo es una extralimitación del poder punitivo y un desconocimiento a los principios de reserva judicial y prevalencia de los derechos fundamentales, sino además una negación del principio de separación de roles, puesto se está otorgando una facultad jurisdiccional a un ente no autorizado constitucionalmente para ejercer la misma, respecto a esto la sentencia de radicado C – 118 del año 2008, manifiesta lo siguiente:

“La fase de investigación corresponde a la Fiscalía General de la Nación y su objetivo es establecer, con un mínimo grado de certeza, si el hecho investigado realmente ocurrió, si se encuentra tipificado en la ley penal, y quiénes son los autores o partícipes del mismo. Corresponde al juez de control de garantías el control sobre la validez de las actuaciones que adelanta la Fiscalía para averiguar la verdad de

lo sucedido y de la defensa para prepararse para ejercer el derecho de contradicción” (Corte Constitucional, 2008)

Es importante resaltar que la imparcialidad es una de las piedras elementales del proceso penal en el interior del Estado Social de Derecho, es por esto que existe una plena separación entre las funciones y roles cumplidos por las fases de investigación, acusación y juzgamiento, la sentencia citada anteriormente resalta las plenas diferencias entre la función desempeñada por el ente acusador y la jurisdicción de control de garantías, puesto si esta última esta institucionalizada a poner freno a la primera y defender los derechos fundamentales de la ciudadanía, no existe razón para que el ente acusador limite ningún derecho ciudadano.

7. Resultados

Primero: La intimidad es una de las más importantes y especiales facultades del ser humano, dotando a la ciudadanía de la posibilidad de organizar y administrar autónoma y libremente las diferentes esferas o ámbitos de su privacidad, potestad que goza de una amplia regulación jurídica.

Segundo: La intimidad ha sido reconocida por múltiples instrumentos internacionales como un Derecho Humano, siendo así mismo elevada por el ordenamiento jurídico al rango de derecho fundamental, sin embargo al igual que otros derechos constitucionales en Colombia su goce no es absoluto, puesto se encuentra en un plano de equilibrio y armonía con los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico.

Tercero: El ordenamiento jurídico colombiano permite la limitación del derecho a la intimidad, cuando determinadas circunstancias motivadas en el principio de interés general lo ameriten, esta posibilidad se encuentra consagrada por vía constitucional, siendo el constituyente el encargado de implementar una serie de formalidades para la procedencia de este cometido.

Cuarta: Desde la perspectiva constitucional, la limitación del derecho a la libertad debe de realizarse respetando los principios de prevalencia de los Derechos fundamentales, Reserva judicial, Juez natural y separación de funciones, sin embargo estos postulados no son respetados por la legalidad, puesto el código de procedimiento penal autoriza esta limitación por parte del ente acusador.

Quinta: Desde la perspectiva de la práctica judicial penal colombiana, el derecho a la intimidad puede ser limitado por el Fiscal encargado, mediante el decreto de registros y allanamientos, intervención de comunicaciones, recuperación de información en bases de datos y retención de correspondencia.

Sexta: Existe una contrariedad entre el mandato constitucional y el código de procedimiento penal colombiano, puesto mientras la carta magna ordena que la limitación del derecho a la intimidad solo sea procedente previa expedición de orden judicial, el legislador trasladó dicha facultad al ente acusador, siendo esto una violación del principio de reserva judicial.

Séptima: El derecho internacional de los Derechos Humanos, el derecho comparado, la Constitución Política de Colombia y la doctrina, han sido reiterativas en resaltar la necesidad de existencia de control judicial previo como requisito para la afectación del derecho a la intimidad, puesto solamente un juez de la república está autorizado para la limitación de los derechos de las personas, siendo esta potestad asumida por el Juez de control de garantías en Colombia.

Octava: Contrario al mandato internacional y a la experiencia del derecho comparado, la limitación del derecho a la intimidad en Colombia solo goza de control judicial posterior, no siendo esta garantía suficiente para la defensa y salvaguarda de este cometido.

Novena: Otros principios lastimados como consecuencia de la carencia de control judicial previo a las limitaciones del derecho a la intimidad, son el de separación de funciones y prevalencia de derechos fundamentales.

Decima: El principio de separación de funciones resulta lesionado como consecuencia de esta anomalía, puesto una de las garantías y novedades que se generaron como consecuencia de la implementación del sistema penal oral acusatorio en Colombia, fue la separación definitiva y tajante de los roles de investigación, acusación y juzgamiento, siendo los dos primeros ejercidos por el ente acusador, mientras que el segundo paso a ser facultad exclusiva del Estado, esto obedeció a una necesidad de proteger la perspectiva neural y objetiva del juzgador alejándolo de la formación de la causa probable, eliminándose así mismo cualquier posibilidad del ente acusador de adietar decisiones de fondo.

Décimo primero: El principio de separación de funciones así mismo otorgo a la jurisdicción de control de garantías la vigía, defensa y salvaguarda de los Derechos fundamentales, siendo completamente inadmisibles que el derecho a la intimidad carezca de control judicial previo para su procedencia.

Décimo segundo: El principio de prevalencia de los derechos fundamentales resulta lesionado en esta anomalía, puesto una afectación de un derecho constitucional no debe de tomarse a la ligera, siendo necesaria la existencia de garantías que materialicen la prohibición del exceso.

Décimo tercero: Son múltiples los principios procesales y constitucionales lesionados como consecuencia de la carencia de control judicial previo a la suspensión del derecho a la intimidad, así mismo existe un desconocimiento a lo plasmado en el artículo 3 de la carta magna, que establece que los mandatos constitucionales prevalecen sobre el resto del ordenamiento jurídico.

8. Conclusiones

Primera: La carencia de control judicial previo a las actuaciones capaces de limitar el derecho fundamental a la intimidad, son consecuencia de una malinterpretación del legislador de los mandatos consagrados en la constitucionalidad, puesto la intención del constituyente fue imponer la orden judicial como requisito de procedencia de estos actos, a tal efecto no existe ningún argumento que justifique porque el legislador omite este mandato taxativo.

Segunda: Esta anomalía así mismo constituye una negación de lo consagrado en el artículo 4 de la constitución política de Colombia, el cual ordena que los mandatos constitucionales son superiores al resto del ordenamiento jurídico, demostrándose la necesidad de actualizar los procedimientos que limitan el derecho a la intimidad, haciéndolos mucho más garantistas.

Tercera: El derecho internacional de los Derechos Humanos y el derecho comparado, han sido reiterativos en resaltar la necesidad de expedición de orden judicial previa a la afectación del derecho a la intimidad, siendo la decisión del legislador una contrariedad a la tradición de la cultura acusatoria o adversarial.

Cuarta: Resulta necesaria la implementación de control judicial previo a las actuaciones que ordenan la afectación del derecho a la intimidad en Colombia, estando esta iniciativa soportada en los mandatos del derecho internacional de los

Derechos Humanos, El derecho comparado y más específicamente en los principios de reserva judicial, prevalencia de los derechos fundamentales y separación de roles y funciones.

9. Recomendaciones

Reformar el código de procedimiento penal colombiano en lo referente a la afectación del derecho a la intimidad, con el objetivo de hacerlo más compatible con las exigencias internacionales en materia de derechos humanos, así mismo concordando finalmente los mandatos legales con las disposiciones constitucionales que de forma garantista rigen la materia.

Biblioteca

- Asamblea nacional constituyente. Constitución política de Colombia. Editorial Legis 1991.
- Congreso de la república de Colombia. Ley 906 del año 2004 o código de procedimiento penal. Editorial Legis 2019
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 640 del año 2010
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado T - 517 del año 1998
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado T – 634 del año 2013
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado T - 386 del año 1994
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado SU056 del año 1995
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 336 del año 2004
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 881 del año 2014
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 640 del año 2010
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 591 del año 2014
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C-366 del año 2014
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado T – 540 del año 2018
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 334 del año 2010
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 762 del año 2009
- Corte constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 118 del año 2008
- Cómodo. La ONU aprobaría una resolución sobre el derecho a la intimidad en la era digital. Julio 2014

- Organización de las naciones unidas. Declaración Universal de los derechos humanos. 1948
- Organización de las naciones unidas. Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. 1966
- Organización de estados americanos. Convención americana de derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
- Unión europea. Carta Europea de derechos fundamentales. 1980
- Bezerra, C. (2014) El estado, la intimidad y la persecución penal. Editorial UNAM
- Moreno, A. (2005) Derecho a la intimidad su significación y regulación. Editorial UNAM
- Crespo, P. (2014) El derecho a la intimidad como límite al derecho a la información. Editorial AEDE
- Messereau, T. (2013) Criminal law. Editorial Harvard Law publications.
- Hoop, Cecilia Marcela. Requisas y detenciones: el control judicial frente a los abusos de las fuerzas de seguridad. Universidad de Buenos Aires. Abril de 2019
- Ortega, Juan José. El derecho a la intimidad nuevos y viejos debates. Editorial Dykinso. 2017
- Romero Pérez, Xiomara Lorena. El alcance del derecho a la intimidad en la sociedad actual. Revista Derecho del Estado n.º 21, diciembre de 2008

