

El contenido del numeral 1º del artículo 230 del CPP frente al bloque de constitucionalidad (¿Se respeta el derecho a la intimidad con la simple autorización expresa del propietario o tenedor de allanar su inmueble?)

The text of the numeral 1º of the article 230 of the Penal Procedure Code (CPP) opposed to the Constitutionality Block

José Freddy Restrepo García

Resumen

En el presente avance de investigación se analiza el contenido del numeral 1º del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal (CPP) frente al bloque de constitucionalidad y se muestra cómo efectivamente el contenido de dicha norma desconoce derechos humanos fundamentales tales como la intimidad, que son protegidos por la Carta Política.

Palabras clave: derechos humanos, intimidad, inviolabilidad del domicilio, tratados internacionales, injerencia, ilegalidad.

Abstract

This research progress report analyzes the text of the numeral 1º of the article 230 of the Penal Procedure Code (CPP) for its abbreviation in Spanish opposed to the Constitutionality Block and shows how the text of the mentioned norm does not uphold fundamental human rights such as the intimacy protected by the Constitutionality Block .

Keywords: *Human Rights, privacy, inviolability of the domicile, international treaties, interference, illegality.*

• Fecha de recepción del artículo: 01-02-2012 • Fecha de aceptación: 17-04-2012

JOSÉ FREDDY RESTREPO GARCÍA. Docente del área de Derecho Penal de la Universidad San Buenaventura adscrito al grupo de investigación Problemas Contemporáneos del Derecho dentro de la línea "Proyecciones jurídico políticas del Derecho Internacional y los DH en el contexto norte sur", proyecto: "El allanamiento y registro como actos de investigación". Fiscal delegado ante el Tribunal de Cali y especialista en Derecho Penal y Constitucional. Autor entre otros del libro Estructura del nuevo proceso penal y concepción democrática de Estado. Correo electrónico: jfrestrepo@usbcali.edu.co.

* El presente trabajo presenta un avance de la investigación desarrollada en el grupo de investigación Problemas Contemporáneos del Derecho, dentro de la línea "Proyecciones jurídico políticas del Derecho Internacional y los Derechos Humanos en el contexto norte-sur", proyecto: "El allanamiento y registro como actos de investigación". Facultad de Derecho, Universidad de San Buenaventura Cali.

Introducción

El hombre más pobre puede despreciar en su cabaña todo el poder de la corona. Aunque ella se arruine, aunque su techo cruja, aunque el viento penetre en su interior y aunque se estremezca al choque de las tempestades; el entrar en ella está prohibido al rey de Inglaterra. Todos los poderes del Estado están obligados a detenerse respetuosamente ante el umbral de aquella cabaña destrozada.

SENTENCIA C-1024 DEL 26 DE
NOVIEMBRE DE 2002.

Pasados veinte años del nacimiento de nuestra Constitución Política surgen múltiples interrogantes acerca de si efectivamente se ha respetado su carácter antropocéntrico. Para resolverlos debemos revisar cómo ha sido el tratamiento de los derechos humanos, en particular en el área del derecho penal, dadas las marcadas tensiones que en su seno se viven entre dos concepciones contrapuestas: la del Estado de Derecho y la del Estado Social y Democrático de Derecho.

Estas tensiones adquieren especial relevancia cuando se trata de la eventual afectación de derechos fundamentales tales como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Estos derechos pueden potencialmente ser vulnerados por múltiples actos derivados de las investigaciones penales, como son los allanamientos a la morada o a los sitios de trabajo. En efecto, estos actos invasivos del derecho a la intimidad deberían contar con un control judicial previo de carácter obligatorio, lo cual no ocurre en nuestro ordenamiento procesal penal; en su lugar sólo basta la orden de un fiscal para efectuarlos. La salvaguarda de los derechos fundamentales, que radicaría en cabeza de un juez de control de garantías, se da *a posteriori*, cuando ya está consumado el allanamiento. El riesgo de vulnerar derechos fundamentales se vuelve aun más crítico en aquellos eventos en los que el allanamiento se da sin contar con la orden escrita de la Fiscalía, así el propietario o tenedor del inmueble haya consentido en la diligencia, tal como lo prevé el numeral 1º del art. 230 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), expedido por el Congreso de la República y publicado en el *Diario Oficial* No. 45.658 del 1º de septiembre de 2004.

El presente trabajo es un avance de investigación desarrollado en el grupo de investigación Problemas Contemporáneos del Derecho, en la línea “Proyecciones jurídico políticas del Derecho Internacional y los Derechos Humanos en el contexto norte-sur” y hace parte del proyecto “El allanamiento y registro como actos de investigación”. Se pretende revisar si el contenido de numeral 1º del art. 230 del Código de Procedimiento Penal (CPP) vulnera o no los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, protegidos en la Constitución Política de Colombia y amparados por el bloque de constitucionalidad. Ello resulta de particular importancia en el contexto de los veinte años de nuestra Constitución frente al citado cuestionamiento de si efectivamente se ha respetado su carácter antropocéntrico, en virtud del cual la intimidad debería ser uno de los derechos humanos que con mayor celo se respetara y garantizara, como manifestación del Estado Social y Democrático de Derecho que se precia de tener al ser humano como su piedra angular y su *leitmotiv*.

Es de anotar que para el momento de elaboración del presente estudio, por tener tan corta vigencia la Ley 1453 de 2011, su impacto sobre las figuras jurídicas abordadas, su valoración dentro del contexto específico que hemos querido presentar aquí y los elementos de juicio a que apelamos para su análisis no se sustentan en una variada producción académica contenida en libros, revistas y similares; es decir, en un estado del arte necesario en toda investigación científica. Por esta razón no se cuenta con una copiosa relación de fuentes bibliográficas, pero sí con la experiencia profesional y el análisis normativo necesarios, contrastado este último con la jurisprudencia internacional, en particular la relativa al sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Metodología aplicada

Se cotejan algunas normas legales de nuestro CPP con a los contenidos del bloque de constitucionalidad. En la primera parte se expondrán algunos conceptos generales sobre el derecho a la intimidad teniendo en cuenta su regulación constitucional y la normatividad nacional, para señalar cómo por vía del art. 93 de la Constitución Política (CP) se da cabida a normas derivadas de

tratados internacionales sobre DD.HH. ratificados por Colombia. En la segunda parte se revisará el contenido y el alcance de la regulación legal del CPP sobre los allanamientos, así como el contenido del numeral 1º del art. 230 del CPP, como excepción al requisito de la orden previa del fiscal, y la cláusula de exclusión del art. 232 del CPP; incluidas las recientes modificaciones legales, en particular la citada Ley 1453 de 2011, para lo cual se confrontarán con las posturas jurisprudenciales sobre la materia. En la tercera parte se analizará la actuación del juez de control de garantías. Por último, se revisará la situación particular del numeral 1º del art. 230 del CPP frente a las normas superiores vulneradas con esta disposición, tanto nacional como internacionalmente.

Derecho a la intimidad: precisiones iniciales

La Constitución de 1991 protegió *el derecho genérico a la intimidad* de manera integral (Corte Constitucional. Martínez A., 1992) a través de varios artículos que lo consagran desde diferentes facetas: artículos 15, 21, 28, 33, 42 y 74 de la CP:

- a. El artículo 15, con la noción de vida privada y sus implicaciones.
- b. El artículo 21, sobre el derecho a la honra.
- c. El artículo 28, que regula la inviolabilidad del domicilio.
- d. El artículo 33, que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí o contra sus seres queridos (o derecho de no autoincriminación, en sentido lato).
- e. El artículo 42, que señala a la familia como núcleo de la sociedad y prescribe la inviolabilidad de su intimidad.
- f. El artículo 74, sobre acceso de particulares a documentos públicos, y el secreto profesional.

Vale destacar el art. 15 de la CP, que contiene una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y una forma para garantizar la dignidad de la persona humana (art. 1º), y también consagra la protección al derecho a la intimidad. Los arts. 15 y 28 de la Constitución constituyen

los ejes fundamentales de confrontación con la norma del art. 230 del CPP:

ARTÍCULO 28. 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.

Por vía del artículo 93 de la CP se señala la prevalencia sobre la legislación colombiana de los tratados internacionales que protegen los derechos humanos, los que a su vez sirven de criterio de interpretación, con lo cual adquieren aplicabilidad en nuestro ordenamiento jurídico:

- a. La Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 5º), la cual fue ratificada por Colombia mediante la Ley 74 de 1968: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley, contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.
- b. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (artículo 17, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968: “1) Nadie será objeto de injerencias ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias”.

Estos instrumentos internacionales, entre otros, tienen fundamento desde la perspectiva del sistema universal de protección de DD.HH., en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra, o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Antecedentes y consolidación actual de este derecho

Desde las más antiguas civilizaciones la intimidad, como idea primero y como derecho después, se ha venido consolidando y fortaleciendo con el

paso de los años frente a los abusos y contra su inviolabilidad por parte del Estado o de los particulares. Antecedentes de lo anterior se encuentran en la civilización indoeuropea, en el jainismo, en el budismo y en los libros canónicos chinos (Ruiz C., 1995, p.37), entre otros.

Sin embargo, el primer antecedente histórico codificado y sistematizado de protección específica del derecho a la intimidad lo encontramos en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que al decir del maestro Ernesto Rey Cantor constituye el documento más importante en la historia constitucional americana –aseveración a la que llega tras evidenciar la recia forma como los colonos se organizaron en congresos continentales, lo que se materializa entre los meses de mayo y junio de 1776 de la guía de George Mason (Rey E., 2008, p. 81)–. En su obra *Las Generaciones de los Derechos Humanos*, Rey Cantor nos recrea estos momentos de la historia de la humanidad, en especial el art. X que reza:

X. Que los mandamientos generales, en virtud de los cuales un funcionario o agente sea requerido para realizar registros en lugares sospechosos sin la prueba del hecho cometido, o para detener a una persona o personas sin identificarlas por su nombres o cuyo delito no esté particularmente determinado y apoya en pruebas, son ofensivos y opresivos y no deben ser autorizados.

Sobre cómo se ha ido perfilando este derecho la Corte Constitucional afirma que:

Conceptualmente el derecho a la intimidad adquiere identidad definitiva en 1890, en los Estados Unidos, donde Warren y Brandeis elaboran el “right of privacy”. Posteriormente el fallo de 1965 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Griswald vs. Connecticut*, le confiere los alcances definitivos que actualmente posee este derecho [...] (Novoa E., 1989, p. 87).

Para Recaséns Siches, “intimidad es sinónimo de conciencia, de vida interior, por lo tanto este campo queda completamente fuera del ámbito jurídico, puesto que es de todo punto de vista imposible penetrar auténticamente en la intimidad ajena” (Recasens, L. 1978, p. 181).

El derecho a la intimidad ha evolucionado vigorosamente en las últimas décadas, básicamente por la tensión permanente entre persona y Estado, por el interés de este, como manifestación del

poder público, de controlar la información sobre la vida privada de las personas. Esta creciente puja de tensión de fuerzas entre los derechos del individuo y los intereses del Estado logra cada vez mayores niveles de confrontación en la medida en que se reiteran –en algunos países y en algunas épocas– posturas interventoras e invasivas de la privacidad e intimidad del ser humano, tanto en su esfera personal como familiar.

En el derecho comparado se ha establecido una “zona de reserva”, de privacidad o derecho a la intimidad del hombre frente al Estado y frente a los demás. Así lo consagran en forma expresa las constituciones de Venezuela (art. 59), Turquía (art. 15), Ecuador (art. 28.4), Egipto (art. 45), España (art. 18.1), Portugal (art. 33), Puerto Rico (art. 2º), Bulgaria (art. 50), Perú (art. 2º), Alemania (arts. 10º y 13), Bulgaria (art. 5º), Guatemala (arts. 23 y 24), Italia (arts. 14 y 15) y México (art. 16).

¿Qué es la intimidad?

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua la idea de intimidad como concepto amplio, en su acepción segunda, se refiere a la “zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Dentro de la gama de aspectos que competen a vida privada del ser humano, sólo seleccionamos –por ilustrativa– la clasificación que de ellos hace Cuauhtemoc de Dienheim Barriguete:

Es un derecho complejo que comprende y se vincula a su vez con varios derechos específicos que tienden a evitar intromisiones extrañas o injerencias externas en estas áreas reservadas del ser humano como son:

- El derecho a la inviolabilidad del domicilio,
- El derecho a la inviolabilidad de correspondencia,
- El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas,
- El derecho a la propia imagen,
- El derecho al honor,
- El derecho a la privacidad informática,
- El derecho a no participar en la vida colectiva y a aislarse voluntariamente,
- El derecho a no ser molestado.

[...] Así pues, el derecho al respeto a la vida privada o intimidad, al honor e incluso a la imagen propia,

son considerados ya como derechos humanos fundamentales, establecidos por diversos instrumentos internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 17 y 19), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículos 11 y 13), y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 16), instrumentos todos estos firmados y ratificados por nuestro país (cabe señalar que también existen otros instrumentos que establecen este derecho como son: la Convención de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959, la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales aprobadas por el Parlamento Europeo, y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, y de los que México no es parte) (Dienheim C., 2010).

Después de estas conceptualizaciones, con diferentes niveles de aceptación por su fuente, su naturaleza o su procedencia, veamos a continuación cómo se materializa en Colombia la regulación de los allanamientos y la afectación a la intimidad.

Regulación legal de los registros y allanamientos en Colombia

El art. 219 y siguientes de la Ley 906 de 2004 regula lo relativo a los allanamientos. Al revisar esta normatividad encontramos que en este concepto se involucran tanto el derecho a la intimidad como la inviolabilidad del domicilio. No se debe confundir con registro, pues se allana para registrar, o sea que el registro es una consecuencia o paso siguiente al allanamiento y no al contrario. Registrar es examinar algo o a alguien minuciosamente, para encontrar algo que puede estar oculto. Registro es la acción y efecto de registrar.

Según el contenido inicial de la Ley 906 de 2004, la norma reclamaba que el allanamiento debería realizarse entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m. Ello no tenía otro propósito que causar la menor perturbación posible en la intimidad y tranquilidad de los moradores del bien allanado (y de los que ocupan el vecindario o su entorno). Señalaba la norma que excepcionalmente podía hacerse fuera de los límites horarios, conforme a las circunstancias particulares del caso, para impedir

que quien iba a ser capturado se fugase o pudieran perderse los elementos probatorios. Tales preceptos normativos fueron recientemente modificados por el art. 50 de la Ley 1453 de 2011, como lo veremos más adelante. Entre las diligencias del CPP que afectan la intimidad y el domicilio se destacan:

1. Registro y allanamiento (art. 219).
2. Reglas particulares para diligenciar la orden de registro y allanamiento (art. 225).
3. Retención y examen de correspondencia (arts. 233 y 234).
4. Interceptación de comunicaciones (art. 235).
5. Recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros similares (art. 236).
6. Búsqueda selectiva en bases de datos (art. 244).

Los registros y allanamientos en general aparecen regulados en el artículo 219 y ss de la Ley 906 de 2004, con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

El CPP establece un criterio de procedencia necesario no sólo para que el fiscal revise la actuación y ordene el allanamiento en correspondencia con el cumplimiento de dicho requisito, sino también para que el juez de control de garantías le dé el “visado de aprobación” a la gestión hecha por el fiscal y la policía judicial. Lo anterior quiere decir que si el propósito del allanamiento no se muestra claramente como encaminado a obtener los EMP o la EF (elementos materiales probatorios o evidencia física), como ya se dijo, o a capturar al indiciado o condenado (art. 220 del CPP), ni el fiscal puede dar la autorización para efectuar el registro o allanamiento, ni el juez de control de garantías puede legalizar el procedimiento. La orden del fiscal debe determinar con precisión los lugares a registrar, precisando incluso las habitaciones o compartimentos si se trata de edificios o naves. En su defecto, el fiscal indicará en la orden los argumentos para hacer el operativo y no podrá autorizarse registro y allanamiento indiscriminados o con señalamiento global del bien a registrar (art. 222 CPP). Expedida la orden, la diligencia deberá realizarse máximo en 30 días si se está en la indagación o 15 días si ya se formuló la respectiva imputación (art. 224 del CPP).

El art. 225 del CPP (modificado por la Ley 1453 de 2011) establecía que deberían hacerse estas diligencias entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m., salvo que resultase razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o la destrucción de los elementos probatorios fuese actuar durante la noche, exclusivamente en los lugares autorizados y garantizando la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el allanamiento.

Modificaciones del art. 50 de la Ley 1453 de 2011 (junio 24)

El art. 50 de la Ley 1453 de 2011 modificó sustancialmente el contenido de los arts. 225 y 230 del CPP. En lo que atañe al art. 225, desapareció su literal primero, por lo cual no es criterio general ni regla vinculante que los allanamientos se deban efectuar entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m., salvo en los casos excepcionales ya mencionados. A cambio de dicha supresión el art. 225 citado fue adicionado con un párrafo en el que teóricamente se pretende remediar la situación de haber desaparecido la regla general de allanar sólo entre 6:00 a.m. y 6:00 p.m. y para tal efecto dispone que si el procedimiento se lleva a cabo entre las 6:00 p.m. y las 6 a.m., o sea justo en el horario que era restringido, quienes realizaren el operativo deberán contar con la presencia de un delegado de la Procuraduría General de la Nación, pero a renglón seguido agrega que en ningún caso se podrá suspender el allanamiento por falta de estos. El mandato del legislador en esta hipótesis deja al arbitrio de quienes conduzcan el operativo hacer o no la diligencia con el ministerio público.

Si el mandato imperativo contenido en la expresión “[...] deberá contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, quien garantizará la presencia de sus delegados en dichas diligencias [...]”, implica asegurar la presencia de un funcionario garante del respeto de los derechos humanos ante el actuar de los servidores de policía judicial, queda suprimido a continuación cuando se dice que “[...] en ningún caso se suspenderá el procedimiento por ausencia de la Procuraduría General de la Nación”, pues esta última expresión resulta ser imperativa e impone el deber de hacer la diligencia sin su presencia. La práctica enseña,

como regla de experiencia, que a este tipo de servidores se les comunica la diligencia (con frecuencia incluso momentos antes de ejecutarla) y se realiza con su presencia o sin ella, lo cual hace equívoco el mecanismo de protección introducido en el párrafo cuando se “intentó” suplir la desaparición de la restricción legal existente en el horario; todo ello por cuenta de un contrasentido contenido dentro de una misma proposición normativa como es el que introduce el nuevo párrafo mencionado. Por el alcance de este conjunto de disposiciones y sus niveles invasivos de la privacidad hacemos énfasis en el numeral 3º del artículo 225 cuando declara imperativamente que se debe *garantizar la menor restricción posible de los derechos de las personas*, pues como veremos es allí donde se da la discusión con relación al art. 230 del CPP.

Con relación al art. 230 del CPP, el art. 51 de la nueva ley modificatoria expresó como nuevo tenor literal un inciso al numeral primero, una adenda al numeral tres y un inciso final al artículo en su conjunto, mientras que suprimió el antiguo numeral cuarto, que ya había sido materialmente descartado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-519 de junio 9 de 2007, en la cual declaró inexecutable el contenido del numeral, y suprimió el párrafo que tenía dicho artículo, que señalaba que era extensible la excepción a la expectativa razonable de intimidad prevista en el numeral dos: “[...] cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos”. Estas modificaciones atienden básicamente a recoger en derecho positivo los lineamientos hechos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-806 de noviembre 11 de 2009, cuando señaló que dicho artículo era executable, pero con relación al nuevo inciso del numeral primero citado condicionó su interpretación en el entendido que el allanamiento realizado en las circunstancias previstas en la norma debería someterse en todo caso a control posterior del juez de control de garantías.

Finalmente, la supresión del párrafo del artículo 230 que señalaba que era aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidad del numeral dos, cuando el objeto se encontrase a plena vista, merced al auxilio de medios técnicos que permitieran visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos, se veía venir como una decisión adversa a su tenor literal por eventual fallo

de la Corte Constitucional ante la materialización en esta norma de una exótica especie de voyeurismo electrónico sofisticado, que permitía violar la intimidad al ser avistado más allá del alcance normal de los sentidos por sofisticada tecnología.

La cláusula de exclusión del art. 232 del CPP

La llamada cláusula de exclusión del art. 232 ídem, emparentada con la exclusión del art. 23 del CPP, como previsión especial para este tipo de diligencias, dice que la expedición de una orden de allanamiento viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales del código generará invalidez de la diligencia y los elementos probatorios que dependan directa y exclusivamente –Corte Constitucional (Vargas C., 2005)– del registro carecerán de valor y serán excluidos de la actuación. Al respecto la Corte enfatiza vehementemente que:

Es claro que la expresión validez inserta en el numeral 2 de artículo 250 superior, es de un valor jurídico incierto en el texto constitucional, como quiera que el Constituyente derivado no tuvo oportunidad de discutir con amplitud cuáles serían los efectos de su inclusión en la norma bajo examen, lo que comporta en el precepto un sentido restrictivo esencialmente distinto a como en primera vuelta se había estructurado la institución jurídica del control de garantías (Corte *Constitucional*, Beltrán A., 2002).

El juez de control de garantías, que debe revisar las actuaciones que son llevadas a su conocimiento, goza de un amplio espectro de facultades constitucionales y legales, dada la enorme trascendencia de su papel en un juicio adversarial –guiado por la concepción antropocéntrica constitucional–, lo cual se reafirma en la práctica institucional a través de las orientaciones del Consejo Superior de la Judicatura a los jueces penales de todo el país (manual para los jueces de control de garantías). El redactor y compilador de documentos para dicho trabajo, Alejandro Aponte, sostiene que:

[...] la función de control asignada a los jueces, su labor no se agota en el mero control formal de las medidas tomadas y de las actuaciones, sino que su control es eminentemente material. Es decir, el juez no sólo controlará la validez puramente formal de la medida –su existencia en el mundo del derecho– sino que debe controlar el impacto jurídico de dicha me-

da, particularmente en relación con los derechos fundamentales que se encuentran en juego con la aplicación de la misma (Aponte A., 2004, p. 44).

Sin lugar a dudas, ese control de los jueces de garantías en todas y cada una de sus actuaciones no es simplemente formal sino material, lo que le da el papel de juez constitucional, protector de los derechos y garantías ciudadanos. Agrega dicho autor que las normas deben ser consecuentes con la noción de núcleo intangible:

Los interrogantes que plantean las limitaciones al derecho al ámbito privado de la personalidad y al domicilio no se pueden responder desde el proceso penal. Las respuestas están en el derecho constitucional y en la teoría de los derechos fundamentales. En este sentido, se hace referencia al proceso penal como derecho constitucional aplicado.

La situación particular del art. 230, numeral primero

El art. 230 establece las llamadas excepciones al requisito de la orden escrita y previa por parte del fiscal para efectuar registros y allanamientos. Esta situación ha suscitado un amplio debate en la comunidad jurídico-penal colombiana e incluso fuera de nuestras fronteras. Si bien es cierto el CPP en su conjunto representa un gran avance en relación con la materialización de garantías procesales (respeto a derechos fundamentales, constitucionalización del derecho penal o un derecho penal como derecho constitucional aplicado), en la práctica las mencionadas excepciones configuran una verdadera *patente de corso* que puede hacer añicos en esos casos concretos el avance humanista y garantista de dicho código, lo cual no implica que en su conjunto existan otras controversias. El numeral 1º del citado artículo dice así:

Artículo 230. Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento. Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará

como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

El art. 51 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011 modificó este artículo pero no cambió el contenido de dicho numeral; sólo agregó un inciso que dice: “En todo caso, la Fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia”.

Para completar el análisis propuesto veamos el contenido del artículo 231 del CPP, que integra una proposición jurídica completa cuando difiere el interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos únicamente en quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia.

De conformidad con las normas anteriores, siempre que la autoridad policial (entiéndase en comienzo policía judicial, aunque nuestra normativa permite este ejercicio para una amplísima gama de servidores públicos en todo el territorio patrio, según indican los arts. 201 y ss del CPP, acorde con el art. 114.5) proceda a efectuar registros y allanamientos pero no cuente con la orden del fiscal, podrá hacerlo si el propietario, poseedor o tenedor del inmueble lo autoriza (o sea que le diga simplemente que sí, que proceda a ingresar), o si no existe expectativa razonable de intimidad¹ o si es para capturar al implicado.

El contenido de las disposiciones anteriores y particularmente el numeral primero merecen especial preocupación, máxime cuando su interpretación y aplicación para miles de casos concretos quedan en manos de un sinnúmero de servidores públicos en toda la geografía colombiana que carecen de la adecuada –o al menos básica– formación jurídica, la cual aventura que la aplicación de esta figura en miles de esos casos diste mucho de ser un fiel reflejo del ejercicio punitivo racional del Estado Social de Derecho.

La anterior preocupación se sustenta en el concepto de policía judicial, entendida como una función que cumplen las entidades del Estado

para apoyar la investigación penal y cuyo ejercicio depende funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados (inciso 2 del art. 200 del CPP). En virtud de lo anterior, contamos con órganos de policía judicial permanente (art. 201 del CPP), que no son sólo los del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), adscrito a la Fiscalía, sino también los integrantes de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas, lo que hace más difícil un control garantista efectivo. Este espectro investigativo es mayor cuando se incluye en él al personal de la Procuraduría, de la Contraloría, de las entidades con funciones de vigilancia y control, a las entidades de reclusión, a los alcaldes, a los inspectores de tránsito (contenidos en el art. 202 del CPP y los facultados por resolución del fiscal general según indica el art. 203 del CPP). El panorama se hace mucho más extenso cuando se le agrega el gran contingente de personal autorizado por el parágrafo del art. 200 del CPP que dice que “[...] donde no hubiere policía judicial estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional”.

Como vemos, las posibilidades reales y concretas para que en una diligencia de este tipo (sin orden ni control previo de un fiscal) los agentes estatales no respeten fielmente los postulados constitucionales crecen por mil ante ese gran contingente de servidores opcionados para ello y con escasa preparación, y en ocasiones con ausencia de los medios técnicos necesarios. Y por esta razón se sienten desvalidos e impotentes de atender las demandas de orden y justicia frente a un país fracturado en muchísimas zonas en la legitimidad de sus autoridades, con presencia de grupos insurgentes que controlan extensas regiones del territorio nacional. Igual acontece con otras zonas dominadas por los paramilitares, los narcotraficantes e incluso la delincuencia común. A lo cual es necesario agregar los altísimos niveles de corrupción o graves irregularidades que en muchos casos han sido denunciados por los mismos órganos de control estatal. No es, pues, una preocupación mínima sino, por el contrario, un delicada situación que incluso ha llamado la atención de la comunidad internacional y de los tribunales internacionales de justicia, como la

1. Concepto de estructura compleja que requiere valoraciones y raciocinios los cuales suelen evadir los agentes estatales, bien sea por falta de formación, por eficientismo, por capricho o por arbitrariedad.

misma Corte Interamericana de DD.HH. (CIDH, casos referenciados en bibliografía).

La excepción del numeral 1º del art. 230 del CPP, una clara violación de garantías judiciales

El numeral 1 del art. 230 del CPP constituye una auténtica vulneración de las garantías constitucionales, más exactamente la que se refiere a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. En este sentido, la citada disposición infringe la CP no sólo directamente por su contenido de derechos expresos sino también indirectamente al desconocer tratados ratificados por Colombia que protegen los derechos humanos, con lo cual se lesiona el bloque de constitucionalidad.

En efecto, el numeral 1º del art. 230 del CPP vulnera el artículo 15 de la CP, que en su inciso primero dice que toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. Para una precisión inicial vale decir que la intimidad, tanto personal como familiar, es un derecho fundamental sobre el cual el Estado tiene un doble compromiso:

- a. El deber de respetar este derecho, lo que implica una omisión (o acción negativa, como llaman algunos) consistente en no hacer nada o abstenerse de hacer cualquier cosa que afecte dicho derecho. Es decir, compete al Estado mismo, como destinatario de este deber, respetar el derecho a la intimidad.
- b. El deber de hacerlo respetar, lo cual implica oponer acciones respecto de terceros que pretendan desconocerlos, blindar el derecho para que las demás personas (naturales o jurídicas) no puedan afectar a sus titulares o faltarles al respeto, lo que redundaría en una obligación positiva de desplegar todos los mecanismos de defensa al alcance del Estado para evitar que sean otros los que lo vulneren.

En otras palabras, al Estado no le es permitido:

- a. Vulnerar este derecho fundamental (como ningún otro derecho humano); y
- b. Permitir o tolerar que otro lo viole.

Queda así dimensionados los deberes estatales tanto en lo positivo como en lo negativo respecto de lo preceptuado en el artículo citado.

En concordancia con lo anterior, el CPP regula iguales situaciones en desarrollo del mandato constitucional (arts. 14 y 114.3).

Por su parte el artículo 28, inciso primero de la CP dice que [...]“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 anterior disposición tiene una profunda y clara redacción imperativa que no da lugar a equívocos ni se presta a ambages; es categórica y excluyente de interpretaciones ajenas a su tenor literal. El beneficiario de la norma es toda persona que esté en el territorio nacional. Toda persona es libre y no puede ser vulnerada en su derecho a gozar de su libertad. Esto abarca no sólo al individuo aisladamente considerado, sino que se le mira en el contexto de su domicilio, de su privacidad y por ello cobija igualmente a la familia. Acorde con lo anterior el mandato es contundente: su domicilio sólo puede ser registrado por mandamiento de autoridad judicial competente y sujeto a motivos y formalidades preestablecidas en la ley. Entonces, no se deja a la ley sino la reglamentación de las causas y los procedimientos, pero no la competencia para ordenar registrar un inmueble; ella es exclusiva de las autoridades judiciales, esto es, de funcionarios que ostenten autoridad y que hagan parte de la rama judicial.

El artículo 42 de la CP, incisos 1 y 3, también protege el derecho a la intimidad no sólo de la persona aisladamente considerada sino también de su familia como núcleo básico social, y así lo señala cuando expresa que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. El artículo se puede leer sin mayores afanes en concordancia con el alcance ya dado al canon 28 anterior. La persona y su familia merecen esa especial protección del Estado pues la familia es la célula básica de la sociedad.

Así que cada persona tiene una triple protección para la inviolabilidad de su domicilio y por ende

de su intimidad: lo que prescriben expresamente los artículos 15, 28 y 42 de la CP. Pocos derechos tienen esa clara y expresa triple protección.

Postura de la Corte Constitucional

Este tribunal de cierre en el ordenamiento nacional ha fijado posición en muchas ocasiones sobre temas ligados directamente con esta discusión. Así, por ejemplo, dijo en revisión de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria número 065 de 2003 presentado en el Senado y 197 de 2003 presentado en la Cámara:

[...] por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y otras disposiciones [...] que los domicilios no podrán ser registrados [...] sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley pues esta norma [...] constituye el fundamento legal para que las autoridades judiciales señaladas en el artículo anterior dispongan la inspección de inmuebles particulares, para lo cual deben proferir un mandamiento escrito² [...]

De otra parte, la autorización bajo análisis responde a las normas internacionales de derechos humanos sobre este tema, con lo cual constituye un desarrollo del artículo X de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y de la segunda oración del primer inciso del artículo 9 y del numeral segundo del artículo 13 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Destacamos la insistencia reiterada en el mandato constitucional de que para poder afectar el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio debe haber mandamiento previo escrito de autoridad judicial competente, criterio sobre el cual vuelve una y otra vez la honorable Corte y que luego apoya en instrumentos internacionales que lo ratifican como son el artículo X de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la segunda oración del primer inciso del artículo 9 y del numeral segundo del artículo 13 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, normas estas vigentes dentro

del ordenamiento jurídico interno por haber sido ratificadas. En igual sentido se pronuncian los artículos 9 y 13, que insisten en la orden escrita de las autoridades competentes, que para nuestro caso sólo pueden ser expedidas por las autoridades judiciales y con las formalidades legales. Destaca la norma que es tal el poder imperativo que estos instrumentos dan para la búsqueda urgente, que esas mismas autoridades judiciales pueden no sólo tener libre acceso a los lugares de reclusión para buscar a un presunto desaparecido, sino que incluso pueden solicitar al superior jerárquico la separación del cargo que viene ejerciendo si se infiere su responsabilidad en el desaparecimiento de la persona.

Como vemos, se requiere orden previa emitida por el fiscal como autoridad judicial, que luego pasará al control del juez de control de garantías, con lo cual tendrá un doble filtro judicial pues dicho funcionario se encuentra preparado para hacer una valoración sobre lo fáctico y lo jurídico con el objeto de verificar la procedencia de la medida y a su vez ponderar los intereses jurídicos enfrentados: inviolabilidad del domicilio e intimidad *versus* el interés general de perseguir el delito, en palabras de la Corte Constitucional.

Es decir, el ciudadano que supuestamente da su consentimiento para que se practique este tipo de diligencias no cuenta con herramientas teórico-conceptuales ni con la formación jurídica para hacer estos juicios de valor y determinar fundadamente si sus derechos inalienables a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio deben claudicar ante la pretensión de unos sujetos que se encuentran armados en la puerta de su casa pidiéndole que los deje entrar. Ya de por sí hay una minusvalía o indefensión del ciudadano que se pueda encontrar en dicha situación, pues no está en condiciones de hacer estos juicios de valor ni de ponderar las consecuencias de su aceptación o rechazo a la diligencia.

Antes de continuar con la sentencia en comentario, ratificamos el hecho de que está reservado a la rama judicial afectar eventualmente la inviolabilidad del domicilio y la intimidad, no pudiendo hacerlo la autoridad administrativa. Ello implica

2. Según dispuso el Congreso de la República al publicar el Acto Legislativo No 3 de 2002, que modificó el artículo 250 de la CP, publicado en el Diario Oficial No. 45.040, de 20 de diciembre de 2002.

que son derechos inviolables de especialísima protección, como lo es también el derecho a la libertad individual, lo cual lo hace un derecho irrenunciable y más en las condiciones en que fácticamente suelen darse los allanamientos, que colocan a ese soberano ciudadano en *capiti diminutio* frente a los agentes estatales que practican la diligencia, lo que ha llevado a que históricamente los regímenes democráticos y la comunidad de naciones considere estas situaciones con el ánimo especial de proteger a ese ser humano frente a las posibles intromisiones y abusos estatales.

Tratados internacionales

En el contexto internacional existen instrumentos jurídicos que consagran y protegen los derechos humanos y que han sido ratificados por Colombia; por ende, tienen poder vinculante sobre el ordenamiento jurídico nacional y ratifican los argumentos que hemos venido presentando. Sirva de introducción la jurisprudencia planteada en la Sentencia C- 1024 de 2002, que enuncia lo siguiente:

Observa la Corte, además, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, así como protege de injerencias arbitrarias o ilegales la vida privada de las personas y su familia, también extiende esta protección a “su domicilio”, protección para la cual se tiene derecho por “la ley contra injerencias o ataques”. Del mismo modo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 12, establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia”, ni en “su domicilio”, derecho para el cual podrá invocar “la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 22, establece como un derecho el de “residir” en el “territorio de un Estado” con sujeción a las disposiciones legales. Así mismo, la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, adoptada por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8, de manera expresa, al lado del derecho de toda persona a que se le respete su vida privada y familiar, establece que también es objeto de la misma protección el derecho a su domicilio [...]

Veamos algunos de estos instrumentos internacionales:

1. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)**. Artículo IX. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.
2. **Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)**. Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.
3. **Carta de la OEA-1948**. Artículo 3: 1) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.”
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 17: 1) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.
5. **Convención Americana de Derechos Humanos (1969)**. Artículo 1:1) Protección de la honra y de la dignidad. 2) 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. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

6. **Protocolo de San Salvador adicional a la convención (1988)**. Artículo 4. No Admisión de Restricciones. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.
7. **Carta Democrática de la OEA (2001)**. Reafirmando que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, [...] Artículo 7: La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

Como vemos, todos y cada uno de estos instrumentos, con claridad prístina, señalan la inviolabilidad del domicilio y/o la vida privada y familiar, entre otros derechos, lo cual implica que el ciudadano queda libre de dichas injerencias arbitrarias del Estado. Ello hace parte de la proclamación de esos derechos humanos sin distinción o discriminación alguna. Por eso mismo no le es dable a ningún país del Sistema Interamericano suprimir, restringir o limitar cualquiera de esos derechos fundamentales más allá de lo que digan estos tratados e incluso los extiende a los contenidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales similares, ni los reconocidos en la normatividad interna de cada país, sea legal o constitucional. Es decir, que la interpretación y aplicación sobre la protección de cada derecho ha de ser amplia y garantista, con lo cual queda excluida toda posibilidad de interpretaciones restrictivas o disminuyentes de la protección de un derecho.

En consonancia con lo anterior, la interpretación más acorde con los estándares internacionales y constitucionales de nuestro país es aquella que hemos señalado, en el entendido de que lo procedente será aquello que salvaguarda el derecho y no lo que lo restringe, en tratándose de la inviolabi-

lidad del domicilio y la intimidad como derechos fundamentales.

Sentencias y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por el alcance de este trabajo, limitado principalmente a la confrontación con la Constitución, sólo mencionaremos los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y aquellas disposiciones que son intrínsecas a su aplicación. A guisa de ilustración sobre este tema listaremos algunas decisiones sin detenernos mucho en su análisis, pero señalando la implicación que ellas tienen en el bloque de constitucionalidad, al tenor de los artículos 93 y 94 de nuestra Carta Política.

La Corte IDH acoge una jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y con base en ella recaba la obligación del Ejército y del Estado de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos como la inviolabilidad del domicilio y la intimidad (CIDH, Caso Gómez P., 2006). La postura de la Corte IDH se repite en la decisión de tomar medidas provisionales en el caso de la comunidad de San José de Apartadó vs. Colombia, de marzo 15 de 2005, entre otros citados en la bibliografía.

Conclusiones

1. La firme tradición democrática y garantista construida a lo largo y ancho de la historia jurídico-penal y constitucional de la humanidad ha dejado sentadas las bases de un verdadero muro jurídico de contención y protección de las más elementales y preciadas garantías del ser humano, que es la coraza de protección del ciudadano frente al Estado.
2. Desde antes de la Declaración de los Derechos del Hombre el domicilio se ha considerado una extensión de la libertad individual y ha merecido igual protección, lo que lo hace un derecho irrenunciable, tal como se observa para el caso de la legislación inglesa: “[...] el hombre más pobre puede despreciar en su cabaña todo

- el poder de la corona”. Es tal el respeto a la intimidad e inviolabilidad del domicilio que “todos los poderes del Estado están obligados a detenerse respetuosamente ante el umbral de aquella cabaña destrozada”.
3. Con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación conservó importantes funciones judiciales, como aquellas restrictivas de los derechos a la libertad, a la intimidad y a la propiedad.
 4. La filosofía de nuestra Constitución pretende instalar núcleos intangibles en los derechos fundamentales, en los que no le es dable a la persecución penal interferir; por ello, estos derechos sólo pueden afectarlos funcionarios judiciales que garanticen el mínimo de seguridad sobre el proceder de las autoridades de persecución penal.
 5. Los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad cuentan con la triple protección expresa de los artículos 15, 28 y 42 de la Constitución, como pocos derechos la tienen, lo cual refleja la voluntad del constituyente al establecer la Norma Superior del actual Estado Social y Democrático de Derecho.
 6. En un Estado Social y Democrático de Derecho, guiado por la concepción antropocéntrica constitucional, la función de control de los jueces de garantías es amplia e integral, por lo que deben examinar tanto la validez formal de la medida que se les somete a examen (las razones que motivaron la diligencia, su pertinencia y procedencia) como su contenido material (impacto jurídico con relación a los derechos fundamentales posiblemente afectados con la medida) y a su vez hacer una ponderación de los intereses jurídicos enfrentados: inviolabilidad del domicilio e intimidad *versus* el interés general de perseguir el delito.
 7. Acorde con lo normado en el art. 27 del CPP, en toda investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, igualmente aplicables a las diligencias de registro y allanamiento.
 8. Desde el debate mismo que concluyó en la adopción de nuestra Constitución actual, en la Asamblea Nacional Constituyente se consideró que el juicio de valor para ordenar el registro y allanamiento no puede hacerlo un funcionario administrativo, normalmente entrenado y formado para ejecutar órdenes de sus superiores jerárquicos sin someterlas al filtro de un juicio valorativo de ponderación, proceso este para el que no cuenta con las herramientas teórico-conceptuales para llegar a las conclusiones que justifiquen afectar derechos fundamentales, así el orden público se encuentre conmocionado.
 9. Tampoco el ciudadano, que supuestamente da su consentimiento para que se practique este tipo de diligencia, cuenta con las herramientas teórico-conceptuales o la formación jurídica para hacer estos juicios de valor y determinar fundadamente si sus derechos inalienables de intimidad e inviolabilidad del domicilio deben claudicar ante la pretensión de sujetos armados que desde la puerta de su casa le piden autorización para entrar, que lo colocan en una *capiti diminutio*, minusvalía o indefensión, por lo que no estaría en condiciones adecuadas de hacer estos juicios de valor y ponderaciones, lo cual afectaría la libertad y espontaneidad de su consentimiento.
 10. Con los EMP, la EF y/o la información legalmente recaudada que le sea presentada, el fiscal elaborará un juicio sobre la procedencia de un registro y allanamiento, como decisión que restringirá el ejercicio de un derecho fundamental; valoración esta que implica un juicio fáctico y jurídico para estimar la viabilidad de la medida que se sujeta a un doble filtro al someterla luego al juicio de ponderación del juez de garantías.
 11. Basado en lo expuesto, guiándose por la supremacía constitucional y haciendo una interpretación amplia del artículo 232 del CPP, concordante en contenido y alcance con el art. 23 ídem, el juez de garantías deberá invalidar la diligencia de registro y allanamiento que se fundamente en una orden que carezca de los requisitos allí mencionados, así como las diligencias que no hayan contado previamente con la orden escrita del fiscal, y se hayan basado en *consentimiento expreso del propietario, posee-*

- dor o morador*, lo que contagia con su efecto los EMP o EF que dependen de ella.
12. Existe una excepción en los casos de flagrancia, que la misma Carta Política establece en el art. 32, pues el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, y si para dicha aprehensión se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.
 13. Hoy este enfoque es parte de la política oficial de capacitación del Consejo Superior de la Judicatura a los funcionarios judiciales en el sistema penal oral acusatorio, la cual instruye que el solo consentimiento del agredido no permite prescindir de las formalidades legales del registro y allanamiento, tales como la orden previa del fiscal, so pena de incurrir en una permisibilidad legal para “*invadir legalmente*” la intimidad del ciudadano, lo que no es consecuente con la Constitución Política.
 14. En el derecho comparado el consentimiento del afectado carece de valor legitimante, por lo que no es cuestión de pedirle permiso al interesado para eludir la orden judicial, sino, por el contrario, recabar previamente dicha autorización como regla, antes de molestar al ciudadano.
 15. A la luz de las garantías judiciales vistas desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad, los funcionarios judiciales deben inaplicar la excepción del numeral primero del art. 230 del CPP, fundados en los argumentos pre-puestos, por excepción de inconstitucionalidad, porque viola la CP y los instrumentos internacionales plurimentados y en el marco de los análisis efectuados por la Corte Constitucional “por los cargos presentados” contra dichas normas.

Bibliografía

- APONTE, Alejandro (2004). *Manual jueces con control de garantías*. Bogotá: Consejo Superior de Judicatura.
- CLIMENT, Carlos (1999). *La prueba penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOVOA, Eduardo (1989). *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*. México: Ed. Siglo XXI.
- RECASENS, Luis (1978). *Tratado general de filosofía del derecho* (6ª ed.). México: E. Porrúa.
- REY, Ernesto (2006). *Las generaciones de los derechos humanos* (4ª ed.). Bogotá: Stilo Impresores.
- RUIZ, Carlos (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Bogotá: Editorial Tecnos S.A.
- SCHNEIDER, Hans (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- NOGUEIRA, Humberto (1998). “El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”. En: *revista Ius et Praxis. Año 4, número 2*. Santiago de Chile.

Webgrafía

- Alba, Juan (2004). *Derecho a la intimidad*. Recuperado el 10 de agosto de 2011 de <http://www.maestrosde-legalweb.com>.
- Cifuentes, Santos. *Derechos personalísimos*. Citado por Castelli S. y Salvi N. “*Vidas privadas – Vidas públicas*”. Artículos académicos. Recuperado el 18 de agosto de 2011 de: <http://www.google.com>, *Curso sistemático de derechos humanos*;
- Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. Recuperado el 20 de agosto de 2011 de <http://www.iepala.es>.

- Dienheim, Cuauhtémoc (2010). Banco de Conferencias Digitales. M. De Barrigüete. Recuperado el 10 de agosto de 2011 de <http://www.google.com>.
- Riascos, Libardo (2004). *La visión ius-informática del derecho a la intimidad, no es un nuevo derecho fundamental*. p. 7. Recuperado el 10 de agosto de 2011 de <file:///C:/derechopublico/DerNuevo.htm>.

Fallos y decisiones de la Corte Constitucional de Colombia

- Sentencias T-011 del 22 de mayo de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-1024 del 26 de noviembre de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-816 del 30 de agosto de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes; C-475 de mayo 10 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda E; C-591 de junio 9 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas H.; C-673 de junio 30 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas H.; C-806 de noviembre 11 de 2009, M.P. María Victoria Calle C.

Fallos y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Casos de: 19 comerciantes, masacres de Mapiripan, Pueblo Bello, Ituango; medidas provisionales en San José de Apartadó, Curbaradó y casos de Gómez Paquiyauri, de septiembre 22 de 2006 y Uzcategui Jiménez, de febrero 20 de 2003. Resolución de medidas provisionales contra Colombia, de marzo 15 de 2005; caso de las comunidades de Jiguamandó y Curbaradó, opinión consultiva OC 5/85 de noviembre 13 de 1985, que encuentra antecedente y cita en el Tribunal Europeo de DH con los casos Hadyside (1976), Sunday Times (1979), Lingens (1986) y Goodwin (1994).