

# Análisis del control judicial previo a las actuaciones que limitan el derecho a la intimidad en Colombia

## Analysis of judicial control prior to actions that limit the fundamental right to privacy in Colombia

DOI: <https://doi.org/10.17981/juridcuc.18.1.2022.12>

Fecha de Recepción: 2021/08/09. Fecha de Aceptación: 2022/03/10

**José-Luis Navarro-Hernández** 

Universidad de Sucre, Sincelejo (Colombia)  
jose.navarro@unisucree.edu.co

Para citar este artículo:

Navarro-Hernández, J.-L. (2022). Análisis del control judicial previo a las actuaciones que limitan el derecho a la intimidad en Colombia. *Jurídicas CUC*, 18(1), 279–302. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.18.1.2022.12>

*Resumen*

El presente artículo científico se propuso como objetivo analizar el control judicial previo como instrumento de protección del derecho fundamental a la intimidad. Lo anterior en el entendido que, por mandato expreso del constituyente amparado por el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el derecho comparado anglosajón, las actuaciones judiciales susceptibles de generar afectación sobre la privacidad de los ciudadanos, son solo admisibles previa institucionalización de control judicial previo, siendo este un requisito inspirado en los principios de primacía de los derechos fundamentales, separación de roles y funciones, objetividad, prohibición del exceso y reserva judicial. Sin embargo, contrario a lo ordenado por la Carta magna, el legislador estableció que el ente acusador por medio de sus delegados tiene la facultad de ordenar dicha afectación, regulación que no solo resulta contraria a lo ordenado por el mandato superior, sino que además promueve un deterioro irracional y justificado de un importante derecho fundamental. A través de un enfoque cualitativo y un diseño hermenéutico, se confrontarán los postulados en favor y en contra de dicha reglamentación. Como conclusión, se demuestra la inexistencia de una contradicción entre el mandato constitucional y lo regulado por la ley 906 del año 2004.

**Palabras clave:** Intimidad; control judicial previo; derecho fundamental

*Abstract*

This scientific article was proposed as an objective: To highlight the importance and need of prior judicial control as an instrument for the protection of the fundamental right to privacy, the foregoing in the understanding that by express mandate of the constituent protected by international Human Rights Law and Anglo-Saxon comparative law, judicial actions likely to affect the privacy of citizens, are only admissible after institutionalization of prior judicial control, this being a requirement inspired by the principles of primacy of fundamental rights, separation of roles and functions, objectivity and judicial reserve. However, contrary to what is ordered by the Magna Carta, the legislator established that the accusing entity through its delegates has the power to order said affectation, a regulation that is not only contrary to what is ordered by the higher mandate, but also promotes an irrational and justified deterioration of an important fundamental right. Thus, through a descriptive methodology and with a qualitative approach, the postulates in favor and against said regulation will be confronted, the conclusion to which this document points out is to demonstrate the inexistence of a contradiction between the constitutional mandate and the regulated by law 906 of 2004.

**Keywords:** Privacy; Preliminary judicial control; fundamental rights

## INTRODUCCIÓN

La intimidad es uno de los más importantes derechos del derecho internacional público y el ordenamiento jurídico colombiano, protegiendo la facultad que tienen las personas y las familias de organizar su vida en esferas, siendo estas la pública y la privada (López, 2017). A tal efecto, la afectación del derecho a la privacidad no debe de ser un tópico regulado ligeramente, siendo necesario que se examine la importancia de este, su aporte a la calidad de vida de los sujetos y su relación con otros derechos de igual relevancia.

El derecho internacional público, el derecho comparado, la doctrina especializada y la Constitución Política de la República de Colombia (CP, 1991) han institucionalizado el control judicial previo como requisito de procedencia de las actuaciones susceptibles de limitar la privacidad de los ciudadanos, siendo necesario que un juez imparcial examine hasta qué punto es admisible dicha afectación (Celis, 2017).

Sin embargo, contrario a lo regulado expresamente por el constituyente y amparado en diferentes instrumentos jurídicos, la Ley 906 (2004) o Código de Procedimiento Penal colombiano, autorizó al Fiscal delegado de un caso el poder limitar la intimidad de los ciudadanos; esto con desconocimiento de los principios que avalan la existencia del control judicial previo.

A tal efecto, el presente trabajo se propuso como objetivo analizar el control judicial previo como instrumento de protección del derecho fundamental a la intimidad, siendo necesario para este cometido, la comparación de los contenidos constitucionales que regulan expresamente la materia con los contenidos legales que se aíslan del mandato expreso del constituyente.

Es así, que la teoría a demostrar en el presente estudio, se fundamentara en exponer la existencia de una regulación expresamente inconstitucional realizada por el legislador, siendo necesaria la corrección de la materia, esto con miras a impedir la continuación del deterioro de este derecho humano y fundamental.

## DISCUSIÓN

### *La importancia del derecho a la intimidad y su regulación en el derecho internacional y el ordenamiento jurídico colombiano*

La intimidad o privacidad es una de las más importantes facultades del ser humano, constituye la posibilidad de los ciudadanos y las familias de organizar su vida en diferentes esferas, la pública y la privada (Guerrero, 2009). La esfera pública está compuesta de todos aquellos comportamientos, elementos e información compartidos voluntariamente por la persona, sea con la totalidad de la sociedad o una porción de esta; la esfera privada o íntima, son el conjunto de elementos resguardados en los espacios personales impenetrables del sujeto, delimitando la relación que este tiene consigo mismo, siendo esta potestad una manifestación o expresión del derecho a la libertad, tal como lo expresa Crespo (2014):

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. [...] 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 (p. 59).

Teniendo en cuenta la importancia de la intimidad y su relación con otros importantes Derechos Humanos (DD.HH) y fundamentales, tales como la libertad, la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, las ciencias jurídicas han destinado importantes esfuerzos con miras a regular y reglamentar el ejercicio de esta facultad, siendo elevado al rango de Derecho Humano en la Declaración Universal de los DD.HH (Organización de las Naciones Unidas-ONU, 1948), la cual no solo resalta la importancia de dicho postulado, sino que también impone límites a la actividad estatal; esto con miras a impedir que las intervenciones institucionales representen un riesgo para la integridad de la privacidad de las personas, 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, p. 10).

Complementario a lo plasmado por la Declaración universal de los DD.HH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) complementa lo regulado, estableciéndose la necesidad de regular con miras a proteger la intimidad de las personas, reglamentación que también debe de imponer límites a terceros y al Estado en lo que respecta la afectación de esta facultad, 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, p. 4).

El pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos-OEA, 1969) relaciona el derecho a la intimidad con los derechos a la honra, reputación y libertad, siendo necesario que los Estados garanticen la integridad y respeto de este derecho, prohibición que se extiende igualmente a las autoridades públicas:

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, p. 6).

En lo referente al ordenamiento jurídico colombiano, la CP (1991) regula el derecho a la intimidad asociándolo con los derechos fundamentales a la libertad y seguridad personal; esto con miras a reconocer la importancia de la privacidad de las personas y las familias, imponiéndose límites a la actividad estatal, es decir, el Estado por medio de sus autoridades no puede limitar desproporcionada e injustamente la intimidad de los individuos:

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 (CP, 1991, Art. 28).

Como lo plasma la constitucionalidad, la afectación del derecho a la intimidad se haya amparada por el principio de reserva judicial, es decir, que la privacidad solo puede ser afectada o limitada previa orden de autoridad judicial competente. Sin embargo, este mandato ha sido diluido en el ejercicio legislativo, siendo posible la afectación del mencionado derecho sin el lleno de este requisito constitucional.

Teniendo en cuenta la importancia del derecho a la intimidad en el ejercicio constituyente, la jurisprudencia nacional ha destinado esfuerzos en interpretar y complementar los contenidos constitucionales que regulan esta facultad, la cual es conceptualizada en [Sentencia C-094 \(2020\)](#), la cual destaca la importancia del derecho a la intimidad, estableciendo que la protección de este es una actividad compleja, puesto no se reduce a la salvaguarda de la privacidad del domicilio, sino que se eleva a cualquier escenario donde el sujeto pueda desarrollarse íntimamente, así:

[...] existe una exigencia mínima de respeto al derecho a la intimidad, que se predica en todos los ámbitos y en todos los espacios. La jurisprudencia constitucional ha indicado, de una parte, que la protección del derecho a la intimidad se extiende más allá del domicilio y, de otra, que existen espacios públicos, semipúblicos, semiprivados y privados que condicionan el nivel de protección del derecho a la intimidad, pero no lo excluyen en tanto los individuos conservan una expectativa razonable de privacidad (párr. 30).

Similar apreciación es plasmada en la [Sentencia T-007 \(2020\)](#), expedida por la misma corporación judicial, la cual confirma la regulación y protección internacional en lo referente al derecho a la libertad; postulados que han sido asimilados por el ordenamiento jurídico colombiano con miras a armonizar las disposiciones internas con las tendencias del derecho internacional. Conexo a esto, la sentencia indica que el derecho a la intimidad prohíbe cualquier injerencia indeseada sobre los asuntos personales de los ciudadanos, siendo esta una esfera impenetrable la cual permite la expresión y desarrollo pleno de cada persona u familia, plasmando la providencia lo siguiente ([Sentencia T-007, 2020](#)):

[...] Diversos instrumentos internacionales han definido el derecho a la intimidad personal y familiar (inc. 16)

[...] La Constitución Política define esta garantía fundamental en el artículo 15, cuyo tenor dispone 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 (inc. 17).

[...] Esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad personal y familiar busca no dejar que trascienda al conocimiento del público, aquellos actos de su existencia que legal y moralmente quiere conservar bajo la absoluta reserva y completo silencio. La intimidad hace parte de la órbita restringida familiar que por el hecho de que sólo interesa a quienes integran esta célula social, su conocimiento no importa o está vedado a los demás miembros de la sociedad. La privacidad así concebida está relacionada con la privacidad íntima y por lo tanto no puede ser objeto de la curiosidad ajena, sino que, como un verdadero secreto familiar o personal, se debe cuidar para que no traspase la barrera de la órbita que por seguridad individual o familiar se ha asignado (inc. 18).

Es importante resaltar que los derechos fundamentales, incluido el derecho a la intimidad no son absolutos, sino que se encuentran en un plano de equilibrio con otros intereses de igual o superior importancia. Por lo tanto, el derecho a la intimidad puede ser limitado si se respetan los protocolos destinados a prohibir los excesos institucionales, tarea regulada de antemano por el constituyente primario, tal como lo plasma la [Sentencia T-634 \(2013\)](#), que expresa:

[...] 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” (párr. 21).

En conclusión del aparte normativo, el derecho a la intimidad goza de una prolífica regulación en el derecho internacional público y el ordenamiento jurídico colombiano, siendo necesario que los particulares y autoridades eviten limitaciones desproporcionadas e injustificadas sobre la privacidad de las personas y familias. Es así, que se requiere el cumplimiento de un mínimo de protocolos destinados a racionalizar dichas tensiones cuando las mismas sean inevitables.

*Limitación del derecho fundamental a la intimidad y los principios que regulan esta intervención*

Uno de los principios más importantes de las democracias occidentales contemporáneas es el interés general, el cual establece que los Estados y las sociedades deben de buscar y materializar el bien común o mayoritario, postulado que resulta obligatorio siempre y cuando este mandato no se convierta en una justificación para lesionar particular o individualmente a las personas (Rey, 2008).

Expuesto esto, se puede confirmar que los derechos particulares no son absolutos, sino que coexisten en un plano de equilibrio con otros intereses de igual o superior importancia. Al respecto, los derechos individuales pueden ser limitados siempre y cuando dicha afectación sea lícita, legal, justa, proporcionada, racional, adecuada, admisible, posible, y no lastime el mínimo nuclear intangible del derecho en cuestión (López, 2014).

Teniendo en cuenta que el derecho procesal penal es una expresión del *ius puniendi*, el cual legaliza los actos de investigación y judicialización con miras a determinar la ocurrencia de un acto delictivo y la identificación de sus elementos, resulta justificable la existencia de tensiones entre esta jurisdicción y los derechos individuales de los

ciudadanos ([Bascuñán, 2007](#)). Con fundamento en lo anterior, resulta necesario que los ordenamientos jurídicos institucionalicen instrumentos con miras a reducir el impacto negativo del poder punitivo sobre las personas, siendo esta una garantía que prevalece ante cualquier situación

Es así, que el derecho a la intimidad entra en tensión como consecuencia de los actos de investigación en materia procesal penal, tales como registros y allanamientos, intervención de comunicaciones, seguimiento de personas o cosas, vigilancia virtual y demás diligencias policivas; esto como consecuencia de la necesidad del ente acusador de acumular información relevante para el proceso y la causa probable ([Crespo, 2014](#)), siendo admisible penetrar en un plano de razonabilidad, proporcionalidad y licitud en la esfera privada de los individuos, respecto a esto la jurisprudencia constitucional en [Sentencia C-881 \(2014\)](#) manifiesta lo siguiente:

El derecho a la intimidad se caracteriza por su carácter de “*disponible*”; lo cual significa que el titular de esta prerrogativa, puede decidir hacer pública información que se encuentra dentro de esa esfera o ámbito objeto de protección. De esta manera, en aquellos casos en los cuales existe de por medio una aceptación expresa o tácita en dar a conocer informaciones o circunstancias que recaen en esta esfera íntima, podría aceptarse la intromisión de un tercero (inc. 3.5.1.1, párr. 6)

En este sentido, con el transcurso de la vida corriente y como consecuencia de las relaciones interpersonales que la misma implica, el titular de esta garantía se vea impelido a sacrificarla en aras de dar prevalencia al orden social y al interés general o ante la concurrencia con otros derechos o principios (inc. 3.5.1.1, párr. 7).

Como se ha plasmado anteriormente, el derecho a la intimidad coexiste en un plano de equilibrio con otros derechos y principios jurídicos, siendo este el fundamento que permite la limitación racional y proporcionada de esta facultad, sin embargo, estas intervenciones institucionales se hayan amparadas por el principio de libertad y seguridad personales, siendo necesario el cumplimiento de unos protocolos con miras a reducir el impacto del *ius puniendi*, tal como lo reafirma la [Sentencia C-881 \(2014\)](#), 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 (inc. 3.5.3.1).

Posteriormente, la misma providencia establece que si resulta admisible la afectación de la intimidad de las personas y las familias, puesto los actos de investigación ameritan y exigen determinadas intromisiones a la esfera privada de las personas, actuaciones que se hayan amparadas por el principio de interés general, siendo la justicia un postulado que debe de garantizarse, indicando:

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 ([Sentencia C-881, 2014](#), inc. 3.5.3.2).

Finalmente, la [Sentencia C-640 \(2010\)](#), expedida por la misma corporación judicial, refuerza los contenidos jurisprudenciales que autorizan la limitación de la intimidad de los ciudadanos, siendo el interés general el fundamento de esta afectación. Sin embargo, resulta necesario que se respete el mínimo intangible del derecho en cuestión, plasmando la providencia 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 ([Sentencia C-640, 2010](#), párr. 7).

Conexo a lo plasmado por la jurisprudencia constitucional colombiana, igualmente la doctrina ha resaltado la importancia del derecho a la intimidad y su posibilidad de limitación mediante mecánicas de ponderación, respecto a lo primero, es decir su conceptualización es importancia, el documento titulado La prueba violatoria al derecho de la intimidad personal y su eventual exclusión en el proceso penal colombiano (Ibáñez, 2019), establece que esta facultad protege al ciudadano para expresarse libremente y resguardar información que considera íntima, no siendo admisible ninguna clase de injerencia arbitraria sobre este postulado, así:

Este derecho “hace parte de la esfera privada, aquel espacio de la vida íntima de la persona no susceptible de intromisión arbitraria de los demás, toda vez que este es considerado un elemento esencial que da carácter al ser humano de una persona digna, este se concreta a poder actuar libremente en esa esfera o núcleo, en ejercicio de su libertad personal, sin ningún tipo de limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (p. 17).

Sin embargo, igual a lo plasmado por la jurisprudencia, así mismo la doctrina ha resaltado la posibilidad de limitación de este derecho, el cual puede restringirse en un plano de proporcionalidad y razonabilidad cuando entre en tensión con disposiciones jurídicas de igual o superior relevancia:

El derecho a la intimidad, aun ostentando la calidad de fundamental, no se constituye per se en absoluto. Es un derecho relativo que, en el caso concreto, y sometido a test de ponderación se determina su prevalencia o no. Bajo precisas circunstancias y necesidades de política criminal, debe ceder, en salvaguarda de intereses constitucionales de orden superior, sin que, por tal motivo, se considere vulnerado su núcleo esencial, pues se funda en los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad (Guerra, 2019, p. 47)

En conclusión, el derecho a la intimidad si puede ser restringido y afectado. Sin embargo, la misma constitucionalidad establece los modos que justifican y dan sentido a dicha limitación, siendo necesario en todo momento la prevalencia del control judicial como requisito de procedencia de esta suspensión.

### *Necesidad de control judicial previo a afectaciones del derecho fundamental a la intimidad*

El Constituyente primario de forma expresa y taxativa, establece en la [CP \(1991, art. 28\)](#), que los derechos a la libertad y la intimidad solo pueden ser limitados previa orden de autoridad judicial competente, es decir, que la afectación de dichos derechos solo es admisible mediante la configuración de un control judicial que autorice la diligencia ([Bautista, 2015](#)).

Contrario a lo plasmado por la constitucionalidad, el legislador omitió injustificadamente el requisito de control judicial previo ante afectaciones del derecho a la intimidad, tema regulado por el Código de Procedimiento Penal ([Ley 906, 2004](#)), 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 (art. 14).

Este artículo ha sido objeto de señalamientos y críticas por parte de la academia, pues abiertamente contradice un expreso mandato constitucional, al permitir que funcionarios con intereses en el desarrollo y resultado del proceso, tengan la capacidad de afectar directamente y sin controles derechos fundamentales, lo cual resulta no solo inconstitucional, sino opuesto al enfoque garantista del sistema penal oral acusatorio.

La llegada del sistema penal oral acusatorio a Colombia y su posterior adaptación al ordenamiento jurídico nacional, trajo consigo cambios relevantes en la relación entre el ius puniendi y los derechos fundamentales, a tal efecto, la creación de la jurisdicción de control de garantías obedeció a una necesidad de limitar la posibilidad del ente acusador de injerir en los asuntos personales

de los ciudadanos, siendo esta una tarea asumida por los nacientes jueces constitucionales, los cuales deben de velar por la racionalización, adecuación y proporcionalidad en la limitación de derechos individuales (Castaño, 2013).

El control judicial ejercido por la jurisdicción de control de garantías se divide o clasifica en dos, el posterior cuya finalidad es legalizar los resultados de una intervención sobre los derechos fundamentales y asuntos particulares de los individuos, y el previo, cuyo objetivo es autorizar la limitación de una facultad particular y protegida constitucionalmente (Arango, 2015).

El hecho de que las afectaciones del derecho a la intimidad solo gocen de control posterior y no de previo, es una circunstancia abiertamente contraria al ciudadano, pues habiéndose ejecutado la intervención sobre la privacidad de los individuos, y solo si existen méritos probatorios, se realizará dicho control póstumo; esto sin que exista un filtro que establezca si las actuaciones de la Fiscalía y la Policía son necesarias y coherentes con el ordenamiento jurídico.

Respecto a esto, Moreno (2005) establece que la limitación de derechos fundamentales es una tarea constitucional. A tal efecto, si bien la ley debe de reglamentar dichos tópicos, en ningún momento la legislación debe de reglamentar por fuera de los límites constitucionales, postulado aplicado al derecho fundamental a la intimidad.

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 (p. 16).

En lo que respecta a la tesis defendida en el presente documento, diversos autores se han opuesto a la carencia de control judicial previo a las actuaciones que limitan el derecho a la intimidad, siendo necesaria la presencia de la jurisdicción con miras a autorizar y desautorizar estas operaciones.

[Arcón \(2019\)](#) identifica la existencia de una contradicción entre lo regulado constitucionalmente y lo plasmado en la norma, confirmando que por mandato constitucional, el derecho a la intimidad solo puede ser limitado previa orden de autoridad judicial competente.

La inexistencia del control judicial previo a las actuaciones que limitan el derecho fundamental a la intimidad en Colombia, constituye no solo una contradicción frente a lo consagrado en la Carta magna ([CP, 1991](#), art. 28), sino que al mismo tiempo representa una contrariedad entre el mandato constitucional y la norma ordinaria. A tal efecto, partiendo del hecho de que el constituyente de forma expresa ordeno que dichas intervenciones procedían previa orden judicial se demostrara que el legislador no interpreto de forma adecuada lo consagrado en la constitucionalidad, generando esto una ruptura de los principios de reserva judicial, separación de roles y funciones, objetividad y primacía de los derechos fundamentales, algunos de los cuales han tenido un prolífico desarrollo en el Derecho internacional público y así mismo en el derecho doméstico colombiano ([Arcón, 2019](#)).

Como lo plasma el autor ([Arcón, 2019](#)), son múltiples los principios lesionados o desconocidos como consecuencia de la carencia de control judicial a las actuaciones que afectan el derecho a la intimidad, siendo necesaria una reforma con miras a racionalizar el ejercicio de la actividad policiva y acusatoria en estos casos.

Similar apreciación es plasmada por [Caicedo \(2018\)](#), en el cual el autor se afilia con la tesis plasmada en el presente trabajo, resaltando la necesidad de control judicial previo a las afectaciones de la intimidad; esto con miras a impedir un desbordamiento del *ius puniendi*, puesto los derechos fundamentales deben de ser protegidos inequívocamente por la jurisdicción, siendo este un mandato amparado por los principios de reserva judicial y separación de roles, indicando el documento lo siguiente:

Existe una inconstitucionalidad evidente entre lo consagrado en la carta magna en materia de seguridad personal y el procedimiento penal colombiano, puesto contrario a lo ordenado por el constituyente, el legislador omitió la orden judicial previa como requisito de procedencia de la afectación del derecho fundamental a la intimidad, siendo esta una circunstancia de desventaja para el mantenimiento de la integridad de los derechos de las personas (Caicedo, 2018, p. 18).

Respecto a esto, López y Cervantes (2019) establecen que tanto por mandato internacional, como por mandato doméstico, existe la necesidad de institucionalizar controles judiciales previos a la afectación del derecho a la intimidad, siendo esta una garantía que emana de la constitucionalidad y que se haya amparada por el derecho internacional de los Derechos Humanos. Los autores (López y Cervantes, 2019) indican lo siguiente:

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 traslado dicha facultad al ente acusador, siendo esto una violación del principio de reserva judicial. 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 (p. 21).

Conexo a esto, Torres y Ballestas (2018) establecen que la finalidad del control judicial es ser la última línea de defensa entre el poder punitivo y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por esta razón, en el momento en el que se permite la limitación de un derecho sin que media control judicial a este cometido, se está sometiendo la ciudadanía a una justicia sin filtros y sin soporte constitucional. Las autoras (Torres y Ballestas, 2018) plasman lo siguiente:

El principio de control judicial, es una herramienta importante para la limitación y racionalización del poder punitivo puesto permite que sean evaluadas y verificadas y posteriormente autorizadas las afectaciones de los derechos fundamentales, esta valoración imparcial del juez tiene dos formas de materializarse la previa y la posterior, siendo la previa un acto de autorización y la posterior un acto de verificación.

Sin embargo, irracionalmente en el ordenamiento jurídico interno contrario a lo que pasa en el derecho comparado, el derecho fundamental a la intimidad, puede ser afectado sin orden judicial o autorización del juez de la república, siendo sometido solamente a verificación posterior del mismo, a tal efecto la afectación de este derecho queda en manos únicamente del fiscal quien dado los intereses que persigue en el proceso, no puede predicar una verdadera imparcialidad (p. 98).

Como se puede apreciar, existe un sector importante de la academia que se ha pronunciado en contra de la carencia o ausencia de control judicial a las actuaciones susceptibles de limitar el derecho a la intimidad. Esto obedece a una tendencia internacional con miras a blindar el ejercicio de este derecho, siendo necesario que los Estados y las sociedades prioricen la protección de esta facultad y condenen actos contrarios a esta.

Respecto a lo anterior, la Organización No Gubernamental-ONG [Colnodo \(2016\)](#), órgano asociado a la ONU en materia de defensa del derecho a la privacidad, ha resaltado la necesidad de regular más a fondo la afectación de este derecho, reconociéndose que, en la actualidad con el apogeo de las redes sociales y el ciberespacio, resulta cada vez más sensible la integridad de esta facultad.

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 (párr. 3).

[...] 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 de [...] (párr. 5).

[...] organizaciones de la sociedad civil colombiana interesadas en promover una reforma al régimen legal colombiano que da marco a las interceptaciones de comunicaciones para que se consideren los estándares internacionales en privacidad (párr. 6).

Desde la perspectiva del derecho internacional público, es necesario que los países implementen estándares internacionales en defensa del derecho a la intimidad, puesto que ante el surgimiento de nuevos desafíos sobre la materia, resulta imposible que un Estatismo legal sea suficiente para proteger la integridad de este derecho, siendo más que necesario una actualización y cuestionamiento de los ordenamientos jurídicos frente a la materia.

Examinando la situación colombiana frente a los contenidos del derecho comparado, más específicamente el derecho anglosajón estadounidense, se confirma que el país, cuna del sistema penal oral acusatorio contemporáneo, sí goza de controles judiciales para la afectación del derecho a la privacidad, siendo necesario que un juez de la república autorice cualquier clase de limitación de este derecho, tal como lo plasma [Messereau \(2013\)](#):

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 (p. 10).

La legislación de los Estados Unidos de América siempre ha sido un referente en materia de protección de derechos personales en el interior de las causales penales, siendo la privacidad protegida especialmente por la cuarta enmienda, mandato constitucional que ordena que cualquier intervención sobre la intimidad de las personas sea ordenada por un juez de la república, tal como lo plasma [Nieves \(2011\)](#), quien resalta la evolución dogmático jurídica que tuvo la protección del derecho a la intimidad, así:

La emergencia de la protección de la esfera privada en el sistema jurídico norteamericano data de finales del siglo XIX, cuando fue abordado en algunos escritos doctrinales que sentaron las bases para su configuración posterior. Aunque, sin duda, la paternidad del derecho a la privacidad en el sistema jurídico norteamericano se atribuye generalmente a los célebres abogados de Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, quienes reformularon la expresión «the right to be let alone» (Nieves, 2011, p. 279).

Como lo plasma la autora, el derecho a la intimidad es un elemento que siempre ha estado presente en la historia jurídica de los Estados Unidos de América, siendo un tópico que paso de ser regulado jurisprudencialmente a ser reglamentado constitucionalmente, estando obligado el Estado a impedir cualquier clase de abuso en contra de la privacidad de los individuos y las familias:

La cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege dos derechos fundamentales: el derecho a la privacidad y el derecho a no sufrir una invasión arbitraria (párr. 1).

[...] Generalmente, con el fin de evitar pesquisas y confiscaciones ilegales, los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley obtienen órdenes. Éstas deben mencionar una causa probable, ratificada mediante juramento o declaración, y describir minuciosamente el lugar donde se realizará la pesquisa y los objetos que se secuestrarán. Para establecer una causa probable, el juez debe analizar las circunstancias en su totalidad (Instituto de Información Legal Americano-ILL, 2015, párr. 8).

Como lo plasma el citado documento, la afectación del derecho a la privacidad de los ciudadanos en Estados Unidos amerita un ejercicio activo por parte de los jueces de la república, siendo necesario que los funcionarios policivos aporten información suficiente para inferir con posibilidad de verdad la existencia de un hecho delictivo en la residencia de una persona, motivos que son examinados por los tribunales en un marco de razonabilidad y proporcionalidad.

A tal efecto, se confirma que existen amplias diferencias a las afectaciones de la privacidad en Colombia y en los Estados Unidos de América, siendo necesaria una actualización del ordenamiento jurídico colombiano con miras a hacerlo más garantista, y siendo el control judicial previo una necesidad en el marco del constitucionalismo nacional.

## CONCLUSIONES

Existe en Colombia una abierta violación a las disposiciones constitucionales, puesto mientras el constituyente primario ordenó de forma taxativa y expresa que las actuaciones susceptibles de limitar la intimidad de los ciudadanos sean admisibles previa audiencia de control judicial, el legislador omitió injustificadamente dicho mandato, permitiéndose que el ente acusador, cuyos funcionarios tienen interés en el desarrollo y resultado del proceso, a los cuales no se les puede exigir más allá del principio de buena fe una moderación de su comportamiento procesal, tengan la capacidad de limitar derechos fundamentales.

La implementación del sistema penal oral acusatorio como modelo de juzgamiento en el procedimiento penal colombiano, obedeció a una necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico con miras a hacerlo mucho más garantista, siendo necesario el abandono de antiguos hábitos procesales vigentes en modelos de juzgamiento obsoletos.

La institucionalización de la jurisdicción de control de garantías o jueces constitucionales penales, se fundamentó en una necesidad de reforzar pragmáticamente los principios de reserva judicial, prohibición del exceso, separación de roles y objetividad, puesto cualquier clase de intervención que entre en tensión con los derechos humanos y fundamentales, solo es admisible si un juez de la república en un plano de imparcialidad la ordena.

Si bien las actuaciones adelantadas por los funcionarios públicos se presumen haber sido realizadas de buena fe, resulta necesario un proceso de autenticación de dichos actos. Principios como la reserva judicial, objetividad y separación de roles son necesarios para garantizar y reforzar dicho cometido, siendo la presencia del juez de control de garantías la última línea de defensa entre el poder punitivo y los derechos particulares de los ciudadanos.

El principio de reserva judicial resulta lastimado o lesionado en el fenómeno concreto, puesto por mandato legal y jurisprudencial, solamente los jueces de la república pueden autorizar u ordenar la

limitación de derechos fundamentales, por lo que la intimidad un derecho que no goza de dicha cortesía, situación que debe de reformarse.

El principio de separación de roles resulta lastimado en el caso planteado, puesto el sistema penal oral acusatorio debe de existir una tajante diferenciación entre los actos de investigación y acusación, y los actos de juzgamiento, no siendo admisible el despliegue de funciones jurisdiccionales por parte del ente acusador.

El principio de objetividad resulta lastimado en el caso planteado, puesto no se puede exigir a los funcionarios del ente acusador que obren con absoluta imparcialidad; esto como consecuencia del interés que tienen en el desarrollo y resultado del proceso, siendo necesaria una moderación de su actuación con miras a imponer frenos al *ius puniendi*.

El principio de primacía de los derechos fundamentales resulta lesionado en el caso concreto, puesto por mandato constitucional, las afectaciones susceptibles de ser sufridas por los derechos particulares de las personas, deben de ser ponderadas desde la perspectiva más favorable a la ciudadanía.

El principio de constitucionalismo resulta visiblemente desconocido, puesto cuando la carta magna entre en tensión o diferenciación con disposiciones de inferior categoría normativa, deben de primar las disposiciones constitucionales, a tal efecto, si el constituyente primario ordeno la preexistencia del control judicial como requisito de procedencia de actuaciones que limitan la intimidad de los individuos, no existen razones que justifiquen y fundamenten la omisión realizada por el legislador.

El derecho comparado anglosajón se encuentra mucho más avanzado en comparación con el colombiano en el caso concreto, puesto como consecuencia de la institucionalización de la cuarta enmienda, solamente los jueces de la republica pueden ordenar la limitación o afectación de la privacidad de los individuos, siendo este un postulado fundamentado en la necesidad de proteger la esfera íntima de los individuos.

## REFERENCIAS

- Arango, J. (2015). El control judicial al derecho de acción penal en Colombia. [*Tesis master*]. Universidad de Eafit, Bogotá, D.C., Colombia. Disponible en <http://hdl.handle.net/10784/8203>
- Arcón, A. (2019). Control judicial previo a las intervenciones que limitan el derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico penal colombiano. [*Tesis magistral*] Universidad Libre de Colombia, Barranquilla, Colombia.
- Bascuñan, A. (2007). Derechos fundamentales y derecho penal. *Revista de estudios de justicia*. (9), 47–74. Disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15113>
- Bautista, M. (2015). *El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública*. Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia. Disponible en <http://hdl.handle.net/10983/14306>
- Caicedo, C. (2018). Importancia del control judicial previo a afectaciones del derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal colombiano. [*Tesis magistral*]. Universidad Nacional, Bogotá, D.C., Colombia.
- Castaño, R. (2013). El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional. *Revista Nuevo Foro Penal*, 9(80), 165–185. Disponible en <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/2257>
- Celis, A. (2017). La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos. En, D. Cienfuegos y M. Macías, *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales* (pp. 71–108). México, D.F.: Editorial UNAM. Disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11167>

- Colnodo. (2016, nov. 24). La ONU aprobaría una resolución sobre el derecho a la intimidad en la era digital. [Online]. Disponible en <https://www.colnodo.apc.org/es/novedades/la-onu-aprobaria-una-resolucion-sobre-el-derecho-a-la-intimidad-en-la-era-digital>
- Crespo, P. (2014). El derecho a la intimidad como límite al derecho a la información. *Cuenta y Razón*, (44), 59–63.
- Guerra, J. (2019). El derecho a la intimidad y sus limitantes frente a la interceptación de comunicaciones en Colombia. [Artículo de investigación como requisito de grado]. Universidad católica, Bogotá, D.C., Colombia. Disponible en <https://hdl.handle.net/10983/23298>
- Guerrero, O. (2009). La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal. *Derecho Penal y Criminología*, 32(92), 55–84. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2961>
- ILL. (2015, junio 1). Legislación sobre pesquisas y confiscaciones cuarta enmienda. [Online]. Disponible en [https://www.law.cornell.edu/wex/es/legislaci%C3%B3n\\_sobre\\_pesquisas\\_y\\_confiscaciones\\_cuarta\\_enmienda](https://www.law.cornell.edu/wex/es/legislaci%C3%B3n_sobre_pesquisas_y_confiscaciones_cuarta_enmienda)
- Ibáñez, A. (2019). La prueba violatoria al derecho de la intimidad personal y su eventual exclusión en el proceso penal colombiano. [Tesis magistral]. Universidad Libre, Barranquilla, Colombia. Disponible en <https://hdl.handle.net/10901/18707>
- López, J. (Ed.). (2017). *El derecho a la intimidad viejos y nuevos debates*. Madrid: Editorial Dykinson. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24016>
- López, E. (2014). Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de estado social y democrático de derecho. *Ciencia Jurídica*, 3(6), 159–166. <https://doi.org/10.15174/cj.v3i2.111>

- López, J. y Cervantes, J. (2019). 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. [Tesis doctoral]. Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia. Disponible en <https://hdl.handle.net/20.500.12442/6145>
- Messereau, T. (2013). *Criminal law*. Cambridge: Harvard Law publications.
- Moreno, A. (2005). *Derecho a la intimidad su significación y regulación*. México, D.F.: UNAM.
- Nieves, M. (2011). El derecho a la privacidad en los estados unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego. *Teoría y Realidad Constitucional*, (28), 279–312. <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6960>
- OEA. (22 de noviembre de 1969). Convención americana de derechos humanos. [*Pacto de San José de Costa Rica*]. Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- ONU. (16 de diciembre de 1966). Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. [*Resolución 2200A (XXI)*]. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- ONU. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los derechos humanos. [*Resolución 217A (III)*]. Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (20 de julio de 1991). Constitución política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, No. 116. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

- República de Colombia. Corte Constitucional. (20 de enero de 2020). Expediente T-6.711.632. [*Sentencia T-007*]. MP: José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-007-20.htm>
- República de Colombia. Corte Constitucional. (3 de marzo de 2020). Expediente: D-11902. [*Sentencia C-094*]. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-094-20.htm>
- República de Colombia. Corte Constitucional. (19 de noviembre de 2014). Expediente D-10273 [*Sentencia C-881*]. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-881-14.htm>
- República de Colombia. Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2013). Expediente T-3900495. [*Sentencia T-634*]. MP: María Victoria Calle Correa. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-634-13.htm>
- República de Colombia. Corte Constitucional. (18 de agosto de 2010). Referencia: D-7999. [*Sentencia C-640*]. MP: Mauricio González Cuervo. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm>
- República de Colombia. Congreso de la República. (31 de agosto de 2004). Código de procedimiento penal. [*Ley 906*]. DO: 45658. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
- Rey, A. (2008). El interés general: argumento para limitar derechos individuales. *Revista de derecho*, 7(13), 177–187. Disponible en <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/815>
- Torres, E. y Ballestas, S. (2018). Análisis jurídico del control judicial previo, como protección del derecho a la intimidad en las actuaciones penales. [*Monografía grado*]. Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia.

**José-Luis Navarro-Hernández** es Magister en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Libre (Colombia). Especialista en Derechos Humanos por la Escuela Superior de Administración Pública (Colombia). Especialista en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Libre (Cartagena de Indias, Colombia). Abogado titulado de la Universidad San Buenaventura (Cartagena de Indias, Colombia). Docente Tiempo Completo Universidad de Sucre (Colombia). <https://orcid.org/0000-0002-7315-3716>