

Título

Del control previo de allanamientos y registros: un estudio de la relación entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la Ley 906 de 2004.

Autores

Ana Milena Enriquez Arismendy

Presentado a: JAIME ALBERTO SANDOVAL

Profesor

Módulo: Investigación III



Universidad Militar "Nueva Granada"

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal

Bogotá D.C.

2019

TABLA DE CONTENIDO

<i>Del control previo de allanamientos y registros: un estudio de la antinomia entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la Ley 906 de 2004</i>	4
ANTECEDENTES	5
DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE AL DEBIDO PROCESO	8
EVOLUCION DEL DEBIDO PROCESO INTERNO E INTERNACIONAL	10
1.1 MEDIDAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONTROL PREVIO DE ALLANAMIENTOS Y REGISTROS	12
1.2 MEDIDAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONTROL PREVIO DE ALLANAMIENTOS Y REGISTROS	13
1.3 ELEMENTOS PROCESALES FRENTE AL CONTROL PREVIO	14
2. DESARROLLO DE LOS LÍMITES PROCESALES	18
CONFRONTACIÓN	21
DERECHOS HUMANOS VERSUS LIMITES EN EL MARCO JURIDICO INTERNO	21
PRACTICA DE CONTROLES LEGALES	29
CONCLUSIONES	35

Título: *Del control previo de allanamientos y registros: un estudio de la antinomia entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la Ley 906 de 2004*

Autor

Ana Milena Enriquez Arismendy¹

Resumen

El presente documento surgió a partir del problema jurídico que tiene cabida en el derecho procesal penal referente a la práctica de allanamientos y registros sin autorización judicial previa. Por lo anterior, se pretende establecer cuales son los límites constitucionales existentes, para lograr una efectiva aplicación de la supremacía constitucional en ocasión de la antinomia entre la convención americana de derechos humanos y la Ley 906 de 2004. Lo anterior, a partir del análisis de las experiencias preexistentes que han generado una efectiva aplicación de supremacía.

Palabras claves: *Límites constitucionales, allanamientos y registros, supremacía constitucional.*

Title: *Preliminary control of the inquiries: a study of the antinomy between the American Convention on Human Rights and Law 906 of 2004*

Abstract

This document arises from the legal problem that has a place in criminal procedural law regarding the practice of inquiries without prior judicial authorization. Therefore, it is intended to establish what are the existing counter limits, in order to achieve an effective application of constitutional supremacy on the occasion of the antinomy between The American Human Rights Convention and Law 906 of 2004. The foregoing, based on the analysis of the preexisting experiences concerning the counter constitutional limits that have generated an effective application of constitutional supremacy on the occasion of the antinomy between the American Convention on Human Rights and Law 906 of 2004 regarding the practice of inquiries.

Key words: *Against limits, inquiries, constitutional supremacy*

¹ Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia,

Del control previo de allanamientos y registros: un estudio de la antinomia entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la Ley 906 de 2004

En un diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia de (Bayona, et al., 2016) se plantean la necesidad de realizar un control previo de legalidad a los allanamientos y registros. Lo anterior, a partir de la adopción de nuestra Constitución actual. La Asamblea Nacional Constituyente 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.

¿En ocasión de la práctica de allanamiento y registros cuáles son los límites procesales existentes, para lograr una efectiva aplicación de la supremacía constitucional en ocasión de la relación entre la convención americana de derechos humanos y la Ley 906 de 2004?

Al respecto han sido múltiples las posiciones que se han tomado al respecto, por un lado, como solución la práctica de un control posterior cuándo se trate de allanamientos o registros ejecutados en ocasión de la protección de derechos colectivos Maritza Maestri (2015) y por Javiel Jiménez (2015). Los doctrinantes han investigado el tema a la luz del constitucionalismo en enfocado en establecer si existe una colisión de derechos fundamentales entre el procedimiento de registro y allanamiento, y la inviolabilidad de domicilio en el escenario de la ciudad de Manizales.

Por el otro encontramos el planteamiento que propone no realizar un control judicial de los allanamientos y registros, especialmente cuando se trate de actividades de inteligencia que adelantan los diferentes organismos de seguridad del Estado y que tenga por objetivo servir de herramienta en los procesos de toma de decisiones asegurar la convivencia pacífica,

la vigencia de un orden justo. Además, dicha medida evita un gasto desproporcionado a la administración de justicia (Sanabria pulido, et al, 2015), (Jaramillo & Benítez, 2018) y (Roldán & Restrepo, 2016).

Y finalmente (Bayona, et al., 2016) los cuales plantean la necesidad de realizar un control previo de legalidad a los allanamientos y registros.

En síntesis, existen varias que han presentado una serie de argumentos en diferentes instancias, pero que a la luz de un estudio crítico del derecho valdría la pena realizar un estudio y propuesta crítica del derecho en general, entendido como el planteamiento de un modelo control previo de legalidad de dichas diligencias (Kennedy, 2016).

PREGUNTA CIENTÍFICA

¿En ocasión de la práctica de allanamiento y registros cuáles son los límites procesales existentes, para lograr una efectiva aplicación de la supremacía constitucional en ocasión de la relación entre la convención americana de derechos humanos y la Ley 906 de 2004?

ANTECEDENTES

El control previo de allanamientos y registros como figura inmersa en el debido proceso tiene antecedentes varios siglos atrás, para empezar se debe mencionar que desde el siglo XIV se tienen registros de la implementación de alguna noción de debido proceso en algún ordenamiento jurídico.

El siglo XVII se encuentra el primer antecedente en Inglaterra con el Bill of Rights, en este documento se plantearon nociones de un debido proceso indicando que los jurados deben ser debidamente listados y elegidos. (Orieta Lezcano, 2002) Este antecedente es una

referencia en la medida que por primera vez se está hablando de forma específica del procedimiento, con medidas tales como la forma de elección de jurados de los juicios.

El segundo antecedente aparece en el siglo XVIII mediante la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia donde se determinó que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor. (Orieta Lezcano, 2002) Esta referencia estructura en mayor medida lo que debía ser un debido proceso adoptando medidas como saber la causa ser careado por los acusadores y testigos, pedir pruebas a su favor.

En esta misma época y en ocasión de un acontecimiento histórico como la Revolución Francesa aparece uno de los más grandes hitos en la historia de los derechos, el 26 de agosto de 1789 nace la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano donde se configura de forma amplia la figura del debido proceso, de tal forma que sirvió de Marco jurídico para muchas legislaciones como la Constitución de Estados Unidos con todas sus enmiendas.

En el siglo XX la figura del debido proceso se popularizó en el mundo y varios estados incluyeron la figura en su carta política, en Colombia ingreso formalmente al sistema jurídico mediante la Constitución Política de 1991.

La Constitución Política de Colombia del año 1991, es el resultado de la arremetida del narcoterrorismo de Pablo Escobar, del paramilitarismo el cual mostraba los dientes de su barbarie, los grupos guerrilleros que ajustaban su máquina de violencia y la clase política que pugnaba en medio de la crisis (Cardona Alzate, 2011).

Así mismo hechos como el asesinato del procurador Carlos Mauro Hoyos, el Estatuto para la Defensa de la Democracia, con rígidas normas para enfrentar la amenaza terrorista, el jefe

de Estado instó al país a realizar un plebiscito ciudadano para retomar la ruta de la reforma institucional (Cardona Alzate, 2011).

Bajo este panorama socio-político y el marco constitucional el cual prohibía modificar la Constitución por una vía distinta al Congreso, nace proceso impulsado por jóvenes universitarios que buscaban un mayor número de garantías sociales, jurídicas y políticas. La misión era conseguir que en las elecciones parlamentarias se les consultara a los votantes si estaban de acuerdo o no con el llamamiento a una Asamblea Nacional Constituyente.

Dentro del proceso de consulta hecho a los votantes se registró más de 2 millones de papeletas a favor de 7.6 millones de votantes que acudieron a las urnas y de 13 millones de votantes habilitados. Ante la importancia de los resultados, la corte suprema avaló una consulta formal en las siguientes elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990. (Constituyente, ¿Qué es la Constitución Política?, 2009)

Con la masiva participación de los votantes a favor de la Asamblea Nacional Constituyente el 9 de diciembre de 1990, el presidente de la época Cesar Gaviria Trujillo convocó el proceso reformativo. En el mencionado proceso participaron representantes de los partidos políticos tradicionales, así como representantes de los partidos formados a raíz de las negociaciones con los grupos armados.

Las deliberaciones en las diferentes comisiones iniciaron el 5 de febrero de 1991 y finalizaron el 4 de julio de 1991, de dicho proceso surgieron una serie de derechos y garantías que fueron novedad en el orden constitucional colombiano, algunas de las novedades en materia penal según el diario el país fueron: “ (...) 3. *Fiscalía General de la Nación*. (...). 8. *Debido proceso y en general catálogo de Derechos*. ” (ElPais, 2011)

Más allá de las novedades que trajo consigo la Constitución de 1991, hay que resaltar que el debido proceso es una de las más importantes, en la medida que las decisiones en procesos

públicos o judiciales o administrativos a partir de ese momento estaban tomadas en torno a un procedimiento previamente establecido.

Dos leyes se convirtieron en desarrollo de debido proceso como derecho constitucional, por un lado el código de procedimiento penal ley 906 de 2004 y por el otro el código de procedimiento administrativo ley 1437 de 2011.

DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE AL DEBIDO PROCESO

La existencia formal del debido proceso y la reglamentación de la práctica de registros y allanamientos se les atribuye principalmente a los artículos 28 y 29 de la Constitución Política de 1991, en donde se destinó una garantía procesal para todo aquel que se encuentre inmerso en un proceso judicial o administrativo de ser juzgados conforme a las leyes preexistentes.

Consecuente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos generan su aporte como antecedente de la figura del debido proceso a partir de su consagración en diferentes artículos.

En cuanto a la declaración Universal de los Derechos Humanos, formulada en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, el debido proceso se encuentra consagrado en los artículos 8, 10 y 11. Dicho articulado indica que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (Naciones Unidas, 1945). Dada la trascendencia de dicho antecedente histórico-jurídico se puede considerar como el principal referente del debido proceso para la mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo, un verdadero acontecimiento para el derecho.

Así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada indica que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (Naciones Unidas, 1945).

En cuanto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en el marco de la Organización de los Estados Americanos, el debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 26, dicho artículo indica que todos los procesados se presumen inocentes, hasta que se pruebe que es culpable, además toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (OEA, 1968).

Este pacto se encuentra ratificado por Colombia, mediante la promulgación de la Ley 16 de 1972, y actualmente hace parte del bloque de constitucionalidad, que se manifiesta al mismo nivel de las normas constitucionales.

Desde un punto de vista constitucional se puede decir que la práctica de allanamientos encuentra un espacio en el escenario constitucional, en diversos artículos. El primer artículo es el 28 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece 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 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Adicional, la constitución ordena la promulgación de una ley estatutaria la cual debe reglamentar la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan

realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, lo anterior cuando existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Por otro lado, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que todo aquel que se encuentre inmerso en un proceso judicial o administrativo debe ser juzgado conforme a las leyes preexistentes, adicional a esto se contempla el proceso debe ser público y sin dilaciones injustificadas adicional toda prueba obtenida en ocasión de la violación al debido proceso se considera nula (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), a partir de este escenario se establecen dos vías de aplicación del artículo 29 es decir del debido proceso en lo relacionado a la práctica de allanamientos y registros.

EVOLUCION DEL DEBIDO PROCESO INTERNO E INTERNACIONAL

El primer escenario es la exclusión de la prueba, el cual es un procedimiento llevado a cabo por un juez de control de garantías mediante el cual retira material probatorio obtenido por medio de la práctica de allanamientos sin las formalidades legales. Lo anterior, es un desarrollo del artículo 29 de la constitución y representa una garantía y límite del poder coercitivo del Estado (Const., 1991).

Al respecto, cobra radical importancia la labor del juez de garantías que, como juez constitucional, está llamado a evitar que en el ejercicio de dichas labores el órgano de la persecución afecte, intolerablemente derechos fundamentales.

El segundo escenario es la práctica de controles legales a los allanamientos, los cuales son medidas establecidas a partir de la constitucionalización del debido proceso de los cuales

cualquier medida debe ser realizada conforme a la normatividad previamente promulgada (Const., 1991).

El último artículo de la constitución política que tiene relación con la práctica de allanamientos y registro es el 250, en el cual se consagraron las funciones de la Fiscalía General de la Nación. El cuerpo de profesores de derecho de la Universidad de Ibagué, indicó que cuando la acción penal está radicada en la Fiscalía, esta se encuentra limitada legalmente, para suspenderla, interrumpirla o renunciar a su persecución penal (Universidad de Ibagué, 2010).

Dicho artículo consagro que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando existan suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo (Const., 1991). Se establecen excepciones dentro de las cuales los procedimientos estarían sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

Así mismo menciona las funciones de la Fiscalía General de las Nación de forma numerada, dentro de las cuales se encuentra, adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. Estableciendo que en estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (Const., 1991).

Este marco constitucional establece una serie de garantías para los procesados sin embargo se evidencia que el control de legalidad posterior se encuentra consagrado en el cuerpo normativo siendo una clara contradicción a las disposiciones de la Organización de Estados Americanos.

1.1 MEDIDAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONTROL PREVIO DE ALLANAMIENTOS Y REGISTROS

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte constitucional a su vez dispone jurisprudencia regulando lo referente a los allanamientos. Una de las sentencias más importantes es la C-336 de 2007, la cual hizo referencia al interés de la sociedad frente a la práctica de allanamientos, al respecto indico:

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución (2007). Este comentario corresponde al argumento más relevante para admitir las excepciones a la hora de practicar allanamientos, fue la razón que sustentó la decisión de la corte en esta sentencia (Corte Constitucional, 2014).

Cabe mencionar que el artículo 250 de la Constitución Política consagra como regla general que la afectación de derechos y garantías constitucionales para la obtención de elementos materiales probatorios u otro tipo de información debe ser autorizada previamente por el juez de control de garantías (Const., 1991). La excepción la constituyen las diligencias de allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, interceptación de correspondencia y la de recuperación de información dejada al navegar por la Internet” (Gómez, 2006).

Por otro lado, en la sentencia En la sentencia C-657 de 1996, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos del Código de Procedimiento Penal que regulaban los requisitos para la realización del allanamiento sin orden judicial escrita y los allanamientos especiales a lugares amparados por inmunidad diplomática (Corte Constitucional, 1996). En esa sentencia la Corte puntualizó que los requisitos exigidos a las autoridades para el registro

del domicilio son tres: la existencia de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, el respeto a las formalidades legales y un motivo previamente definido en la ley.

1.2 PRINCIPALES EFECTOS CONSTITUCIONALES

De los anteriores requisitos, se desprenden las siguientes consecuencias: el respeto al debido proceso que debe presidir la expedición de una orden de allanamiento y su práctica, la reserva legal pues sólo la ley puede establecer los eventos en los cuales es posible el registro del domicilio y por último, una reserva judicial ya que una orden de esta naturaleza proviene, según el nuevo ordenamiento constitucional, exclusivamente de las autoridades judiciales y cabe aclarar que, en el ámbito penal, esas autoridades son la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las Salas Penales de los Tribunales Superiores, los jueces de la República en lo penal, la Fiscalía General de la Nación y el Senado cuando ejerce las funciones de juzgamiento”.

En la sentencia C-519 de 2007, la Corte declaró inexecutable el numeral 4° del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, que establecía como excepción al requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento, el que este fuera realizado de manera concomitante o sucedánea de la captura (Corte Constitucional, 2007).

En dicha sentencia, la Corte Constitucional señaló que autorizar la ley a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o con posterioridad a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación (Corte Constitucional, 2007). Lo anterior, permite una injerencia indebida de quienes integran la policía judicial en la esfera jurídica privada de los habitantes del país, pues pueden ser sorprendidos con un registro y allanamiento de su domicilio, decidido no por la Fiscalía General de la Nación, ni por el juez de garantías, sino con amplitud

para interpretar su procedencia pretextando que se realiza con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, lo que hace nugatoria la garantía constitucional.

Más recientemente, en la sentencia C-131 de 2009, la Corte declaró exequible la expresión la orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar, contenida en el artículo 222 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 14 de la Ley 1142 de 2007, por considerar que la exigencia de que la orden de allanamiento determine los lugares que van a ser objeto de registro era compatible con la protección constitucional del domicilio.

Dijo entonces la Corte:

De ese modo, no se conculca el respeto exigido a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 28 de la Constitución, toda vez que en la orden de registro o allanamiento el Fiscal deberá determinar los lugares donde será efectiva la medida y de no poder hacerlo la descripción exacta de aquéllos. A su vez, se guarda la reserva judicial que debe existir para esa clase de irrupción en los bienes sujetos a esa clase de medida, pues acorde con la norma constitucional debe mediar mandamiento escrito de autoridad competente, en este caso la Fiscalía, con las formalidades legales ya señaladas y por motivos previamente definidos en la ley (Corte Constitucional, 2009).

En dichas sentencias se deja sin efecto las decisiones proferidas y se impone una carga a las entidades de llevar a cabo acciones reparatorias. Es importante destacar que las decisiones entorno al debido proceso son numerosas en la jurisprudencia colombiana.

1.3 ELEMENTOS PROCESALES FRENTE AL CONTROL PREVIO

Inicialmente, se mencionará el concepto jurídico del término allanamiento como el procedimiento ordenado por un juez mediante el cual se autoriza a la policía u otras fuerzas de seguridad a ingresar a una vivienda, un local, una oficina o edificio público o privado, en

ocasión de motivos fundados para creer que allí podría haber personas o cosas relacionadas con un delito (Morales, 2014).

Por otro lado, el allanamiento de domicilio es una facultad del Estado que autoriza a ingresar a un lugar privado por razones de orden público, como esclarecer un delito, para lo que se requiere incautar documentación probatoria que pueda hallarse en el lugar. Deben estar estas medidas previstas legalmente y requieren para poder efectivizarse orden de Juez competente, sobre causas reales y fundadas (Espitia, 2015).

El allanamiento de morada consiste en entrar en un domicilio ajeno o mantenerse en el mismo en contra de la voluntad de la persona que habita en ese lugar. La morada en este caso engloba la vivienda, así como el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura (Almudena, 2009).

Así mismo, se establece como un Derecho Constitucional y una norma de carácter Internacional que nadie puede ingresar en el domicilio de una persona ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y forma que establece la ley. Ir contra esta disposición significa una flagrante violación al domicilio. La inviolabilidad de domicilio que se protege consiste en la prohibición de violar o profanar el domicilio de un ciudadano a no ser que la ley penal permita realizar un allanamiento (Espitia, 2015).

Si bien aquí trato el tema de inviolabilidad de domicilio, éste se relaciona íntimamente con la exclusión probatoria dado que toda aquella prueba que sea obtenida ilícitamente o por medios ilegales –según una de las teorías en la materia- debe ser excluida del proceso (Molinario, 1993).. Al analizar los fallos jurisprudenciales, casi 3 invariablemente mas con distinto tratamiento por parte de nuestro Alto Tribunal se interrelacionan las prohibiciones

probatorias con los allanamientos ilegítimos de morada. El problema plantea no sólo un análisis ex ante sino también ex post, referido en este último caso, a aquellas situaciones de exclusión o neutralización de la ya producida mediante la regla de exclusión, siendo evidente la polarización de los intereses públicos e individuales en juego y donde se visualizan las zonas de tensión (Molinario, 1993).. La tarea significa emprender un prolijo test constitucional y a partir de allí resultará su exclusión formal del proceso.

Cobra relevancia teniendo en cuenta que corresponde a un atentado a la libertad de las personas. Sostiene que “Él implica, esencialmente, el desconocimiento del legítimo derecho que todos en los países civilizados de nuestros días se reconoce a todo individuo de hacer del sitio en el que habita, sea éste una mísera choza o un soberbio palacio, una verdadera fortaleza en la cual, como lo dice una célebre frase, el viento y la lluvia pueden entrar sin el consentimiento de su dueño, pero el rey no” (Molinario, 1993).

Como se expresa textualmente en el Diccionario Jurídico Omeba “...La institución del allanamiento es, a su vez, consecuencia lógica de la norma constitucional declarativa de la inviolabilidad del domicilio y del precepto punitivo derivado de la Violación. En efecto, ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos o, con mayor motivo, de la colectividad (2019). De ahí que se haya previsto la posibilidad de entrar en el domicilio ajeno contra la voluntad, aun expresa, de su dueño sin que ello signifique atentar contra la inviolabilidad y, por tanto, sin caer en el delito de violación.

En otros marcos jurídicos puede entenderse allanamiento como el un acto procesal del demandado por el que manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con la misma, provocando la

terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo en la que se le condenará (Montero, 2015)

Por otro lado, existen aquellos que a partir de una interpretación idiomática y jurídica afirman y definen de forma diferente. Se parte de la premisa que la Organización Fundéu ha mencionado al respecto, la cual indica que mencionar allanamientos ilegales corresponde a una redundancia dado que, por su naturaleza es un acto ilegal, la expresión correcta debería ser registro (2007).

Son diversas las formas en las cuales ha sido reglamentada la práctica de allanamiento en diferentes legislaciones, uno de los referentes constitucionales más importantes en la constitucionalización de los lineamientos básicos para la práctica de allanamientos y registros es la cuarta enmienda a la constitución de Estados Unidos, la cual consagro lo siguiente:

(...) El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas (Const., 1787).

2. DESARROLLO DE LOS LÍMITES PROCESALES

En cuanto a los principales referentes en materia legislativa se destaca La ley 906 de 2004, contiene todo lo concerniente a la regulación para el diligenciamiento de las órdenes de registros y allanamientos, mandato legal que debe estudiarse desde la perspectiva constitucional, ya que son varias normas superiores las que determinan cuando es posible limitar el derecho a la intimidad. Igualmente se referirán varias sentencias que apuntan a la legitimidad y constitucionalidad de los registros y allanamientos. Además, se abordarán las normas superiores que amparan el legítimo derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad de domicilio. El Código de procedimiento Penal Colombiano en su capítulo II, establece cuáles son las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, y a partir del artículo 219 desarrolla todo lo relacionado a las diligencias de registros y allanamientos:

El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por otro lado, el artículo 221 anuncia los motivos fundados que se deben tener para expedir la orden de registros y allanamientos, el cual debe ser respaldado al menos con elementos materiales probatorios, evidencia física y documentación legalmente obtenida de la cual se desprenda con verosimilitud la vinculación del inmueble por registrar con la comisión de la conducta investigada.

Así mismo los elementos conceptualmente hablando son los siguientes. El primer concepto es el de Fausto Vecchio quien parte de la identificación de los principios fundamentales y los derechos inviolables de las personas, dado que para su protección ha creado unos límites a la intervención en las competencias estatales del Derecho internacional y de los ordenamientos nacionales.

Para el autor los límites procesales han sido considerados como una declaración de las Cortes para poner de manifiesto su propia competencia en la defensa de los principios básicos del ordenamiento nacional, antes que un instrumento al que recurrir en un momento concreto. (Vecchio, 2017, p. 12). No obstante, no se puede obviar, asimismo, que otra razón del interés por el caso en cuestión derive igualmente del momento en el que ha acaecido respecto a la integración del derecho internacional y sus relaciones con los jueces nacionales entre ellos la Corte constitucional y la Corte suprema de Justicia.

La teoría de los límites procesales ha experimentado, una lenta pero progresiva transformación en su significado y en su efectiva potencialidad (Vecchio, 2017, p. 12). Por lo anterior, como ha quedado de manifiesto en los trabajos de doctrina más autorizada, viene inevitablemente a entretorse con las cuestiones relativas a las relaciones entre los jueces nacionales, señaladamente las Cortes constitucionales, en algunas ocasiones en sentido colaborativo, en otras de inevitable lucha por la supremacía (Vecchio, 2017, p. 12).

La operatividad de este principio plantea también algunos problemas. Desde el punto de vista de Francisco Balaguer Callejón, podríamos decir que los límites constitucionales a la aplicación del Derecho internacional y, por tanto, la definición de un núcleo identitario nacional específico, sólo deberían ser viables en relación con aquellos contenidos de los textos constitucionales que estén sometidos a cláusulas de intangibilidad, las llamadas "cláusulas pétreas" o "cláusulas de eternidad" que impiden la reforma de determinados

aspectos en algunas constituciones (Balaguer, 2017, p. 19). En todo lo demás, existiendo posibilidad jurídica de reformar la Constitución, no debería existir impedimento para ajustar los preceptos constitucionales a las exigencias derivadas del Derecho Internacional (Balaguer, 2017, p. 19).

Para Mauricio Cartabia, quien parte de las ideas de Fausto Vecchio y quien es contrario a las ideas de Francisco Balaguer Callejón la teoría de los límites procesales ha sido creada con la finalidad de equilibrar la necesidad de adaptarse a las reglas internacionales y, de tal manera, los tribunales constitucionales podrían mantener el derecho a la última palabra, en la práctica se privilegió, solamente, la primera instancia perjudicando la segunda (Cartabia, 2012, p. 32). Cabe mencionar que no se determinó ninguna modificación del marco general al individualizar una segunda circunstancia de límites procesales de manera similar a lo sucedido con las normas que codifican los principios fundamentales, la idea de que, las violaciones del principio de atribución de competencias pueden impedir la aplicación de la primacía, aun siendo corroborada como principio, nunca fue aplicada formalmente.

Además, a partir del momento en el que los tribunales constitucionales pudieron cerciorarse de que el juez tenía la obligación de desaplicar de inmediato la norma interna contraria, las garantías de la primacía se enriquecieron de un importante entorno procedimental, con la doble intención de garantizar la autonomía del ordenamiento nacional de evitar contradicciones entre el juicio constitucional (Cartabia, 2012, p. 32).

En síntesis, los límites procesales constitucionales pueden ser definidos como la limitación a la intervención en las competencias estatales del Derecho internacional y de los ordenamientos nacionales cuya finalidad es equilibrar la intervención del derecho internacional en el sistema jurídico interno.

CONFRONTACIÓN

Una vez planteado lo anterior es relevante plantear un escenario en el cual se confronten dos referentes jurídicos en la materia por un lado los derechos humanos y por el otro los límites en el marco jurídico colombiano. Lo anterior a partir de el reconocimiento de unas tendencias de cada uno de estos, los cuales se analizarán a continuación:

DERECHOS HUMANOS VERSUS LÍMITES EN EL MARCO JURÍDICO INTERNO

La ley 906 de 2004, mediante la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, establece que la Fiscalía puede realizar registros y allanamientos, en su mayoría con un control posterior por parte del juez de control de garantías (Bayona, et al., 2016). Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos (2014) aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 16 de 1972, establece que nadie puede ser objeto en ningún caso de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en su domicilio (p.12), siendo lo anterior, evidencias de una clara contradicción de normas de diferentes jerarquías. Cabe mencionar que la existencia de una orden de registro no significa que el procedimiento no sea arbitrario, es la práctica de un control previo por parte de una autoridad competente.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que existe una afectación a la supremacía constitucional, teniendo en cuenta que se ha promulgado una medida que es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto la Corte Constitucional (2005) ha manifestado que la Convención hace parte del bloque de constitucionalidad pues reconoce derechos humanos que no pueden ser limitados ni siquiera en estados de excepción. Cabe recordar lo establecido en el artículo 93 de la carta política el cual establece que los tratados y convenios

internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (Constitución, 1991).

Así mismo, se generan repercusiones para el procedimiento penal, especialmente para el control de legalidad de los registros y allanamientos, teniendo en cuenta lo dicho por Diana Maite Bayona Aristizábal (2016) quien manifestó que es un avance implementar un sistema procesal penal de corte acusatorio, pero se ha desconocido la naturaleza y estructura que implica dejar atrás un sistema con tendencia inquisitiva, entre las cuales se encuentra, la omisión por parte del legislador de fijar un control judicial previo de actos como los registros y allanamientos.

Es justificable dado que el escenario jurídico actual es un marco procesal de tipo acusatorio que conserva medidas de corte restrictivo como el control de legalidad posterior de los registros y allanamientos, medidas que van en contravía de un Estado social de derecho, siendo esto otro caso de vulneración a la supremacía constitucional.

Es importante mencionar que la contradicción normativa antes mencionada trae repercusiones para ley penal colombiana, especialmente en lo que concierne al procedimiento.

Al respecto la Procuraduría General de la nación ha manifestado que el artículo 219 no le da expresamente al Fiscal la función de capturar de acuerdo con su valoración subjetiva, este funcionario no podría hacerlo porque estaría extralimitándose en sus funciones. En segundo lugar, una interpretación sistemática y teleológica (Procuraduría, 2018).

Por lo anterior, es prudente establecer que el objeto jurídico de la investigación será la revisión de legalidad que realiza el juez de control de garantías a los allanamientos y

registros, en el marco de la audiencia de control de legalidad posterior que establece el artículo 237 de la ley 906 de 2004, el cual fue modificado por la ley 1456 de 2011, siendo lo anterior el marco legal vigente en Colombia desde el año 2004.

A partir de lo anterior se mencionará el concepto jurídico del término allanamiento desde el punto de vista de Vanesa Morales Nemez quien lo ha definido como el procedimiento ordenado por un juez mediante el cual se autoriza a la policía u otras fuerzas de seguridad a ingresar a una vivienda, un local, una oficina o edificio público o privado, en ocasión de motivos fundados para creer que allí podría haber personas o cosas relacionadas con un delito (2014).

Por otro lado, existen aquellos que a partir de una interpretación idiomática y jurídica afirman y definen de forma diferente. Se parte de la premisa que la Organización Fundéu ha mencionado al respecto, la cual indica que mencionar allanamientos ilegales corresponde a una redundancia dado que, por su naturaleza es un acto ilegal, la expresión correcta debería ser registro (2007).

Son diversas las formas en las cuales ha sido reglamentada la práctica de allanamiento en diferentes legislaciones, uno de los referentes constitucionales más importantes en la constitucionalización de los lineamientos básicos para la práctica de allanamientos y registros es la cuarta enmienda a la constitución de Estados Unidos, la cual consagro lo siguiente:

(...) El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas (1787).

En un ejercicio de derecho comparado se puede decir que en el caso colombiano la figura de un control de legalidad a dichos procedimientos se encuentra constitucionalizado de la siguiente forma. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (Constitucion, 1991).

Por su parte los controles legales que son definidos por Santiago López Acosta, indicando que el poder legislativo y el poder judicial realizan actos administrativos de manera adyacente a su función sustantiva, más éstos han quedado fuera de control legal (2009). Para el académico dichos controles parten de la aplicación del principio de legalidad en el derecho, el cual hace referencia a la imposibilidad de ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa (2009). Adicional frente ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Teniendo los conceptos anteriores se procede con el desarrollo del marco jurídico el cual estar dividido en cuatro partes para facilitar la comprensión y caracterización jerárquica del escenario jurídico

En ámbito jurídico internacional, la existencia formal del debido proceso y la reglamentación de la práctica de registros y allanamientos se les atribuye principalmente a los artículos 28 y 29 de la Constitución Política de 1991, en donde se destinó una garantía procesal para todo aquel que se encuentre inmerso en un proceso judicial o administrativo de ser juzgados conforme a las leyes preexistentes.

Al respecto la sentencia STP3050-2018 De la sala penal de la Corte Suprema de Justicia Estudio si Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de los procesados, al omitir el Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de

Bogotá, correr el traslado de manera simultánea para sustentar el recurso de apelación a la parte recurrente, tanto al defensor como a sus representados. La corte indicó que el correr traslado de manera simultánea conllevó a la afectación negativa de las garantías fundamentales de los acusados, en particular, la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa material y el correlato de debido proceso que lo contiene. En consecuencia, la Sala tuteló el derecho al debido proceso

Consecuente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos generan su aporte como antecedente de la figura del debido proceso a partir de su consagración en diferentes artículos.

En cuanto a la declaración Universal de los Derechos Humanos, formulada en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, el debido proceso se encuentra consagrado en los artículos 8, 10 y 11. Dicho articulado indica que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (1945), dada la trascendencia de dicho antecedente histórico-jurídico se puede considerar como el principal referente del debido proceso para la mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo, un verdadero acontecimiento para el derecho.

Al respecto, se puede mencionar el caso Martínez Coronado vs. Guatemala resuelto en la sentencia de 10 de mayo de 2019 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión indicó que el caso se relaciona con una serie de violaciones al debido proceso cometidas en el marco del proceso penal contra Manuel Martínez Coronado (en adelante también “señor Martínez Coronado” o “señor Martínez”) por el delito de asesinato de siete personas en la aldea El Palmar, el 16 de mayo de 1995. Dicho proceso culminó con una

sentencia condenatoria de 26 de octubre de 1995, en la cual se condenó a la pena de muerte por medio de inyección letal. El 10 de febrero de 1998 fue ejecutado. La Comisión determinó que la utilización del elemento de peligrosidad para sustentar la responsabilidad penal incumplió con el principio de legalidad, ya que dicha figura incorpora predicciones, especulaciones y constituye una expresión del derecho penal de autor, incompatible con la Convención Americana. La Comisión concluyó que, la defensa común del señor Martínez y su co-procesado violó el derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa y el derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado. Además, la Comisión determinó la violación al derecho a la vida en virtud de que se aplicó la pena de muerte, pese a las violaciones al debido proceso indicadas con anterioridad (CIDH, 2001).

Así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada indica que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Al caso se puede recordar la sentencia AHL5217-2017 En la cual Se resolvió sí se vulnera el derecho a la libertad del accionante, por falta de pronunciamiento administrativo del secretario ejecutivo de la JEP, después de transcurrido un mes de radicada la documentación para acceder a los beneficios del régimen de libertad para agentes del Estado. La sentencia de la sala indicó que refulge incontrastable la improcedencia de la acción intentada en el presente trámite, por ser claro que se está utilizando por el procesado como mecanismo alternativo y paralelo al procedimiento especial establecido para dirimir de menar definitiva la petición de libertad que ha de dirimir el juez de la causa en la etapa procesal en que se encuentra actualmente el proceso (CSJ, 2017).

En cuanto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en el marco de la Organización de los Estados Americanos, el debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 26, dicho artículo indica que todos los procesados se presumen inocentes, hasta que se pruebe que es culpable, además toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (1968).

Este pacto se encuentra ratificado por Colombia, mediante la promulgación de la Ley 16 de 1972, y actualmente hace parte del bloque de constitucionalidad, que se manifiesta al mismo nivel de las normas constitucionales. En síntesis, se puede decir que el marco jurídico referente a el debido proceso en la práctica de allanamientos y registros tiene como referente la declaración americana de derechos humanos ratificados en la ley antes mencionada, seguido por la Constitución política en el artículo referente al control posterior procedimientos y finalmente el código penal y código de procedimiento penal. Así las cosas, se podría decir que logró una “seguridad jurídica”, pues ya no podía intervenir ninguna fuerza incontrolable fuera del marco, como por ejemplo la apelación a la conciencia o al derecho natural (Sandoval, 2018). En conclusión, se requería de la existencia de la cláusula de reenvío del art. 93 para conectar la legislación interna con instrumentos internacionales, y que tales fundamentos reconocieran derechos humanos⁵⁹. Sobre este punto, aparecen sentencias expresas como las siguientes: C-295 de 1993; C-179/94; C-225 de 1995; C-578 de 1995 y C-327/9760.

En ámbito jurídico constitucional, inicialmente se puede decir que la práctica de allanamientos encuentra un espacio en el escenario constitucional, en diversos artículos. El primer artículo es el 28 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece 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 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Adicional, la constitución ordena la promulgación de una ley estatutaria la cual debe reglamentar la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, lo anterior cuando existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Así las cosas, se puede decir que el problema investigación es determinar si en ocasión de la práctica de allanamiento y registros cuáles son los límites existentes, para lograr una efectiva aplicación de la supremacía constitucional en ocasión de la antinomia entre la convención americana de derechos humanos y la Ley 906 de 2004.

Por otro lado, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que todo aquel que se encuentre inmerso en un proceso judicial o administrativo debe ser juzgado conforme a las leyes preexistentes, adicional a esto se contempla el proceso debe ser público y sin dilaciones injustificadas adicional toda prueba obtenida en ocasión de la violación al debido proceso se considera nula (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), a partir de este escenario se establecen dos vías de aplicación del artículo 29 es decir del debido proceso en lo relacionado a la práctica de allanamientos y registros.

El primer escenario es la exclusión de la prueba, el cual es un procedimiento llevado a cabo por un juez de control de garantías mediante el cual retira material probatorio obtenido por medio de la práctica de allanamientos sin las formalidades legales. Lo anterior, es un

desarrollo del artículo 29 de la constitución y representa una garantía y límite del poder coercitivo del Estado.

Al respecto en la sentencia: SP12158-2016 de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia un conflicto legal estableciendo si podría excluir una prueba de un proceso. A lo cual respondió que la Fiscalía no probó que lo acreditado con los hallazgos tomados de los computadores y concretado en los informes de policía que sirvieron para solicitar la captura del mencionado ciudadano, también se habría establecido a través de otros medios legales, estableciendo que eran pruebas ilícitas (CSJ, 2016).

Al respecto, cobra radical importancia la labor del juez de garantías que, como juez constitucional, está llamado a evitar que en el ejercicio de dichas labores el órgano de la persecución afecte, intolerablemente derechos fundamentales. En un ejercicio de revisión de otros marcos jurídicos se puede recordar el caso del juez de control de garantías chileno, el cual se encarga de realizar i) el control de legalidad de los procesos adelantados por la fiscalía, ii) tutelar el derecho de las víctimas, control procedimental del proceso. En síntesis, el control de legalidad de los procedimientos de allanamiento y registro no se encuentra constitucionalizado y corresponde a una herramienta reglamentado en una ley (UNICHILE, sf).

PRACTICA DE CONTROLES LEGALES

El segundo escenario es la práctica de controles legales a los allanamientos, los cuales son mediadas establecidas a partir de la constitucionalización del debido proceso de los cuales cualquier medida debe ser realizado conforme a la normatividad previamente promulgada. Al respecto se puede recordar el modelo garantista de Ferrajoli, quien estableció que un derecho penal de este tipo tendría que tener un carácter mínimo el cual se expresaría al menos

en dos sentidos como minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas un delito y que penas deben imponerse que le realicen por un lado y para establecer qué respuesta procesal puede dar el Estado frente al fenómeno delictivo por otro (Ferrajoli, 2004).

El último artículo de la constitución política que tiene relación con la práctica de allanamientos y registro es el 250, en el cual se consagraron las funciones de la Fiscalía General de la Nación. El cuerpo de profesores de derecho de la Universidad de Ibagué indicó que cuando la acción penal está radicada en la Fiscalía, esta se encuentra limitada legalmente, para suspenderla, interrumpirla o renunciar a su persecución penal (Universidad de Ibagué, 2010).

Dicho artículo consagro que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando existan suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. Se establecen excepciones dentro de las cuales los procedimientos estarían sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

Así mismo menciona las funciones de la Fiscalía General de las Nación de forma numerada, dentro de las cuales se encuentra, adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. Estableciendo que en estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Este marco constitucional establece una serie de garantías para los procesados sin embargo se evidencia que el control de legalidad posterior se encuentra consagrado en el cuerpo normativo superior dejando.

En ámbito jurisprudencial la Corte constitucional ha dispuesto jurisprudencia regulando lo referente a los allanamientos. Una de las sentencias más importantes es la C-336 de 2007, la cual hizo referencia al interés de la sociedad frente a la práctica de allanamientos, al respecto indico:

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución (2007). En síntesis, este comentario corresponde al argumento más relevante para admitir las excepciones a la hora de practicar allanamientos, la protección del derecho fundamental al debido proceso, fue la razón que sustentó la decisión de la corte en esta sentencia.

Cabe mencionar que el artículo 250 de la Constitución Política consagra como regla general que la afectación de derechos y garantías constitucionales para la obtención de elementos materiales probatorios u otro tipo de información debe ser autorizada previamente por el juez de control de garantías. La excepción la constituyen las diligencias de allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, interceptación de correspondencia y la de recuperación de información dejada al navegar por la Internet (Gómez, 2008).

Por otro lado, en la sentencia En la sentencia C-657 de 1996, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos del Código de Procedimiento Penal que regulaban los requisitos para la realización del allanamiento sin orden judicial escrita y los allanamientos especiales a lugares amparados por inmunidad diplomática (1996). En esa sentencia la Corte

puntualizó que los requisitos exigidos a las autoridades para el registro del domicilio son tres: la existencia de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, el respeto a las formalidades legales y un motivo previamente definido en la ley (Corte Constitucional, 1996).

De estos requisitos, se desprenden las siguientes consecuencias: el respeto al debido proceso que debe presidir la expedición de una orden de allanamiento y su práctica, la reserva legal pues sólo la ley puede establecer los eventos en los cuales es posible el registro del domicilio y por último, una reserva judicial ya que una orden de esta naturaleza proviene, según el nuevo ordenamiento constitucional, exclusivamente de las autoridades judiciales y cabe aclarar que, en el ámbito penal, esas autoridades son la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las Salas Penales de los Tribunales Superiores, los jueces de la República en lo penal, la Fiscalía General de la Nación y el Senado cuando ejerce las funciones de juzgamiento”.

En la sentencia C-519 de 2007, la Corte declaró inexecutable el numeral 4° del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, que establecía como excepción al requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento, el que este fuera realizado de manera concomitante o sucedánea de la captura.

En dicha sentencia, la Corte Constitucional señaló que autorizar la ley a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o con posterioridad a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, permite una injerencia indebida de quienes integran la policía judicial en la esfera jurídica privada de los habitantes del país, pues pueden ser sorprendidos con un registro y allanamiento de su domicilio, decidido no por la Fiscalía General de la Nación, ni por el juez de garantías, sino con amplitud para interpretar su procedencia pretextando que

se realiza con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, lo que hace nugatoria la garantía constitucional. (Corte constitucional, 2007).

Más recientemente, en la sentencia C-131 de 2009, la Corte declaró exequible la expresión la orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar, contenida en el artículo 222 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 14 de la Ley 1142 de 2007, por considerar que la exigencia de que la orden de allanamiento determine los lugares que van a ser objeto de registro era compatible con la protección constitucional del domicilio. Dijo entonces la Corte:

De ese modo, no se conculca el respeto exigido a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 28 de la Constitución, toda vez que en la orden de registro o allanamiento el Fiscal deberá determinar los lugares donde será efectiva la medida y de no poder hacerlo la descripción exacta de aquéllos hechos. A su vez, se guarda la reserva judicial que debe existir para esa clase de irrupción en los bienes sujetos a esa clase de medida, pues acorde con la norma constitucional debe mediar mandamiento escrito de autoridad competente, en este caso la Fiscalía, con las formalidades legales ya señaladas y por motivos previamente definidos en la ley.

En dichas sentencias se deja sin efecto las decisiones proferidas y se impone una carga a las entidades de llevar a cabo acciones reparatorias. Es importante destacar que las decisiones entorno al debido proceso son numerosas en la jurisprudencia colombiana.

En cuanto al ámbito legal los principales referentes en materia legislativa se destaca La Ley 906 de 2004, contiene todo lo concerniente a la regulación para el diligenciamiento de las órdenes de registros y allanamientos, mandato legal que debe estudiarse desde la perspectiva constitucional, ya que son varias normas superiores las que determinan cuando es posible limitar el derecho a la intimidad.

Al respecto la sala de casación civil y agraria estableció si en la sentencia STC9253-2017 Se vulneró los derechos a la intimidad, al buen nombre y a la honra del padre de la peticionaria, con las informaciones suministradas por la Fiscalía General de la Nación, relacionadas con su comportamiento como vigilante del edificio donde sucedieron los hechos que dieron lugar a la condena de Rafael Uribe Noguera. Para lo cual estableció que las garantías al buen nombre y honra, éstas son susceptibles de una amplia protección cuando las imputaciones no se derivan del “comportamiento” del presuntamente afectado. Por tanto, como lo indicó el Alto Tribunal Constitucional no es viable considerar conculcadas tales prerrogativas cuando es el mismo interesado “(...) quien le ha imprimido el desvalor a sus conductas y ha perturbado su imagen ante la colectividad (...)” (CSJ, 2017). En este asunto, al rompe, se infiere de lo aducido por la Fiscalía Décima Especializada, que no sólo de la investigación se concluyeron las faltas a la verdad en las cuales incurrió el fallecido Merchán Murillo; también fueron así catalogadas por el juzgado, fulminándole sentencia condenatoria a Rafael Uribe Noguera (CSJ, 2017).

Igualmente se referirán varias sentencias que apuntan a la legitimidad y constitucionalidad de los registros y allanamientos. Además, se abordarán las normas superiores que amparan el legítimo derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad de domicilio. El Código de procedimiento Penal Colombiano en su capítulo II, establece cuáles son las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, y a partir del artículo 219 desarrolla todo lo relacionado a las diligencias de registros y allanamientos:

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

Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por otro lado, el artículo 221 anuncia los motivos fundados que se deben tener para expedir la orden de registros y allanamientos, el cual debe ser respaldado al menos con elementos materiales probatorios, evidencia física y documentación legalmente obtenida de la cual se desprenda con verosimilitud la vinculación del inmueble por registrar con la comisión de la conducta investigada.

CONCLUSIONES

A partir del entramado teórico y la presentación del análisis de la contradicción a lo largo del documento permiten llegar a las siguientes conclusiones:

- En principio se puede decir que jurídicamente hablando existe un numeroso y detallado desarrollo legal, desde referentes internacionales hasta la normatividad y jurisprudencia nacional. Los principales antecedentes jurídicos que desarrollaron el debido proceso fueron la Convención Americana de Derechos Humanos, la constitución de Colombia, código de procedimiento penal ley 906 de 2004 y el código de procedimiento administrativo ley 1437 de 2011. Así las cosas, se debe recordar que según Urs Kindhäuser, una sociedad sufre cambios a partir de su progreso lo cual genera a sí misma múltiples peligros, lo cual debe en compensación, desarrollar los instrumentos de control social que le procuren seguridad. A tal efecto se recurre, también, cada vez más al Derecho penal, el cual, sin embargo, no puede ejecutar esa tarea sin acortar o incluso renunciar a elementos esenciales del más básico Estado liberal de derecho (2014). Lo anterior, para el caso representa una invitación a

cuestionar y seguir contribuyendo a la discusión teórica como lo hace este documento.

- En lo que se refiere al apartado constitucional vale la pena mencionar que el debido proceso en ocasión de allanamientos y registros ha sido tratado en escenarios constitucionales en diferentes momentos, primero en los espacios de la Asamblea Nacional constituyente, segundo en la promulgación de la Constitución política de 1991, tercero en la creación de la jurisdicción constitucional, cuarto en la constitucionalización del debido proceso, quinto en la ratificación de tratados internacionales que tengan relación con la materia y sexto las sentencias de la corte constitucional referentes a la materia. Así las cosas, una vez revisado los anteriores antecedentes se puede decir que la principal discusión constitucional frente al debido proceso en ocasión de los allanamientos y registros ha surgido a partir del momento en el que se debe realizar el control del procedimiento.
- En cuanto a la argumentación y la teoría jurídica se debe mencionar que el debido proceso a evolucionado a partir de la constitucionalización del mismo y del desarrollo normativo del artículo 250 constitucional. Lo anterior, estableció una serie de garantías para los procesados en materia penal, lo cual fue influenciado por la tendencia en los escenarios jurídicos internacionales de la defensa de los derechos humanos. No obstante, jurisprudencialmente se ha establecido que el interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la constitución lo cual corresponde al argumento más relevante para admitir las excepciones a la hora de practicar allanamientos.

- Finalmente se debe concluir que existe una contradicción entre la ley 906 de 2004, la cual establece que la Fiscalía puede realizar registros y allanamientos, con un control posterior por parte del juez de control de garantías. Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 16 de 1972, establece que nadie puede ser objeto en ningún caso de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en su domicilio, siendo lo anterior, evidencias de una clara contradicción de normas de diferentes jerarquías y un ejemplo de un límite procesal existente.

BIBLIOGRAFIA

- Asamblea General de Naciones Unidas. (1945). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Madrid, España: Editorial Universidad Carlos III
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Editorial Banco de la Republica
- Armenta, T. (2012). Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América, Marcia Pons. Madrid: Editorial Universidad Autonoma de Madrid.
- Balaguer, F. (2017), Consecuencias asimétricas de la europeización de los contra-límites. Madrid. España: Editorial Universidad Complutense de Madrid.
- Bayona, D., Gómez, A., Mejía, M., y Ospina H. (2016). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. Ciudad de México, México: Editorial Universidad Autónoma de México.
- Bernal, Jaime., y Montealegre, E. (1995). El Proceso Penal. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia Derecho Procesal Penal.
- Capella, J. (1989). El derecho como lenguaje. Madrid, España: Editorial Ariel
- Cartabia, M. (2015), Derecho Constitucional Europeo. Madrid. España: Editorial Universidad Complutense de Madrid.

- Castro, M. (1928). Curso de Procedimientos Penales. Buenos Aires: Editorial Biblioteca Jurídica Argentina.
- Charry, D. (2003). La prueba en el contencioso constitucional de tutela. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Cifuentes, M., Osorio, F. & Morales, M. (1993). Una perspectiva hermenéutica para la construcción de estados del arte. Cuadernillos de trabajo social. Manizales: Universidad de Caldas
- Climent, C. (1999). La prueba penal. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Cantor, E. (2008). Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos. Bogotá, Colombia: Editorial Porrúa.
- Capella, J. (1989). El derecho como lenguaje. Madrid, España: Editorial Ariel,
- Cartabia, M. (2015), Derecho Constitucional Europeo. Madrid. España: Editorial Universidad Complutense de Madrid.
- Caso Martínez Coronado. (2019). Sentencia del 10 de mayo de 2019. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_376_esp.pdf
- Corte constitucional. (1996). Sentencia C-657. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-657-96.htm>
- Corte constitucional. (2007). Sentencia C-336. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-336-07.htm>
- Corte constitucional. (2007). Sentencia C-519. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-519-07.htm>
- Corte constitucional. (2009). Sentencia C-131. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-131-09.htm>
- Corte suprema de justicia. (2016). Sentencia SP12158-2016. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/pe/b2sep2016/SP12158-2016.pdf>
- Corte suprema de justicia. (2017). Sentencia SP12158-2016. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/tutelas/B%20OC T2017/FICHA%20AHL5217-2017.docx>

- Constitución política de Colombia: [Const.] (1991) 2da Ed. Legis
- Espitia, M. (2014), Instituciones de derecho procesal penal. Bogotá. Colombia: Editorial Ibañez.
- Fundéu. (2007). El allanamiento de morada es siempre ilegal. Madrid, España: Editorial Fundéu BBVA
- Ferrajoli, L. (2004) Derecho y razón: teoría del garantismo penal, 6a edición, madrid, trota.
- Gómez, S. (2008). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Iniannello, P. (2017), Pluralismo Jurídico. Ciudad de México. México: Editorial Universidad Autónoma de México.
- Kindhäuser, U. (2014). Derecho penal de la seguridad. los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo, Colombia: Editorial Universidad Sergio Arboleda.
- Kelsen, H. (2009). Teoria pura del derecho. Madrid, España: Editorial Porrúa.
- Kelsen, H. (1956). Que es la justicia. Córdoba, Argentina: Editorial Universidad de Córdoba.
- Molinario, C. (1993), Dignity, human and fundamental rights: a new disruptive technology. Barcelona. España: Editorial Pontificia Universidad Catolica do Rio Grande do Sul.
- Montero, A. (2015), Proceso civil. Ciudad de Mexico. Mexico: Editorial Unam
- Morales, Y. (2014). Expectativa razonable de intimidad cateos, registros y allanamientos en el derecho comparado. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado.
- Noriega, A. (2012). Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos. Bogotá, Colombia: Editorial Porrúa.
- Noth, W. (2006). La imagen. Comunicación, semiótica y medios. Lund, Suecia: Editorial Universidad de Lund.
- Omeba, (2019), Diccionario jurídico. Madrid. España: Editorial Universidad Autonomía de Madrid.
- Organización de Estados Americanos. (1968). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad de Buenos Aires
- Petzold, M. (2012). Noción de supremacía constitucional. Justicia y jurisdicción constitucional. Maracaibo, Venezuela: Editorial Universidad del Zulia.

- Roche. (2012). Estudios sobre la interpretación jurídica. Madrid, España: Editorial Porrúa.
- Sandoval, J. (2017). La garantía criminal en el derecho penal y en el derecho penal. Bogotá, Colombia: Librería jurídica Dike internacional.
- Sandoval, J. (2017). Interpretación constitucional y legalidad penal de crímenes internacionales. Bogotá, Colombia: Editorial Tirant
- Santaella, L. (2001), ¿Por Qué La Semiótica De Peirce Es También Una Teoría De La Comunicación? Jujuy. Argentina: Editorial Universidad Nacional de Jujuy.
- Segura, J. (2007). La semiotica como teoría del discurso jurídico. Colombia, Bogotá: Editorial Pueblo Contt
- Universidad de Ibagué. (2010). Concepto de la Universidad de Ibagué al artículo 250. Ibagué, Colombia: Editorial Universidad de Ibagué.
- Uprymmy, R. (2014). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Bogotá, Colombia: Editorial Dejusticia.
- Valdez, J. (2009), Investigación Cualitativa. Caracas. Venezuela: Editorial Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez.
- Vecchio, F. (2017), Los Limites procesales En Serio” Y El Caso Taricco. Sevilla. España: Editorial Universidad de Sevilla.
- Universidad de Chile. (2013), canciones del control del juez de garantías, Santiago, Chile. Recuperado de: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2003/fjm829c/xhtml/TH.2.xml>