

Sentencia C-591/05

SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO- Características

Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus.

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Characterísticas

NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL-Armonía con la Constitución

El nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, la cual operó una constitucionalización del

derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos.

NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL-Aplicación del bloque de constitucionalidad

ACTO LEGISLATIVO QUE IMPLEMENTO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Modificaciones que introdujo en el sistema procesal penal

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Carta Política de 1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal basado en (i) la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad y (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior. Cabe asimismo señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, mas no en la dogmática. De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción. Aunado a lo anterior, en temas vinculados con la administración de justicia penal, tales como los mecanismos alternativos de solución de controversias, la jurisdicción indígena o los juicios adelantados ante la Corte Suprema de Justicia, el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno.

NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL-No corresponde exactamente a ningún modelo puro

MODELO ACUSATORIO NORTEAMERICANO-Características

MODELO PROCESAL DE ASCENDENCIA CONTINENTAL EUROPEA-Características

ACTO LEGISLATIVO QUE IMPLEMENTO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Abandona el principio de permanencia de la prueba

Las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral. En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Es un sistema de partes

El nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado.

PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA-Definición

PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA-Aplicación en el sistema penal acusatorio

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRUEBA-Aplicación en el sistema penal acusatorio

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA PRUEBA-Aplicación en el sistema penal acusatorio

PRINCIPIO DE CONTRADICCION DE LA PRUEBA-Aplicación en el sistema penal acusatorio

PRUEBA ANTICIPADA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Se ajusta al principio de contradicción/**PRUEBA**

ANTICIPADA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO- Excepción válida al principio de inmediación

*La regulación legal de la prueba anticipada también se ajusta al principio de contradicción por cuanto el artículo 284.4 del nuevo C.P.P. dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública “y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio”. De igual forma, de conformidad con el segundo párrafo de la misma norma, contra la decisión de practicar una prueba anticipada “proceden los recursos ordinarios”, y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que éste reconsidere la medida, no siendo su decisión objeto de recurso. Además, en atención al tercer párrafo del artículo 284 del C.P.P., de ser posible, el juez ordenará la **repetición** de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral. En el caso de la prueba anticipada regulada en el nuevo C.P.P. se tiene que el artículo 284.2 dispone que aquella podrá ser solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112 de la misma normatividad, es decir, en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. De tal suerte que, en materia de solicitud de práctica de pruebas anticipadas, las normas acusadas constituyen una excepción válida al principio de inmediación, ya que aseguran la vigencia del principio de igualdad de armas.*

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Alcance dado por la jurisprudencia constitucional

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Prohibición del superior jerárquico de no agravar la situación del apelante único/**PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS**-Aplicación en el nuevo sistema penal acusatorio

La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la reformatio in pejus, a cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso. En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de la no reformatio in pejus conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del ad quem en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto

menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación. En suma, el principio de la limitación al superior se potencia mucho más en la filosofía y dinámica del nuevo sistema procesal penal, pues tratándose de un sistema de partes adquiere mayor sentido un límite para el superior. Por lo tanto, la extensión que el legislador operó de la garantía de la no reformatio in pejus es conforme con uno de los principios básicos del sistema acusatorio, cual es, limitar las facultades del superior jerárquico en sede de apelación.

JURISDICCION PENAL ORDINARIA-Incompetencia para conocer de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo

Una interpretación sistemática del artículo 221 constitucional con la expresión “Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, del primer inciso del Acto Legislativo 03 de 2002 conduce a afirmar que la jurisdicción penal ordinaria es incompetente para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo, y que a su vez, en la justicia penal militar, si bien deben respetarse los principios generales consagrados en la Constitución en relación con el debido proceso y las garantías judiciales, no le resultan igualmente aplicables los principios enunciados en el primer inciso del artículo 250 constitucional, referidos de manera particular al sistema procesal penal con tendencia acusatoria. Ahora bien, el artículo 30 de la Ley 906 de 2004 se encuentra ubicado en el Libro I, Título I “Jurisdicción y competencia”, lo cual señala que se trata de una disposición mediante la cual se organiza el funcionamiento de la justicia penal ordinaria; por lo tanto, no guarda relación alguna, como lo pretende hacer ver la demandante, con el contenido del artículo 250 Superior, en lo que concierne a la aplicación o no del principio de oportunidad a los miembros de la fuerza pública. Por el contrario, se trata de un simple desarrollo del artículo 221 constitucional, según cual los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Funciones constitucionales

El Acto Legislativo 02 de 2003 creó la figura protagónica del juez de control de garantías asignándole competencia para (i) ejercer un control sobre la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía; (ii) adelantar un control posterior, dentro del término de treinta y seis

horas (36) siguientes sobre las capturas que excepcionalmente realice la Fiscalía; (iii) ejercer un control previo sobre las medidas restrictivas de la libertad individual y (iv) llevar a cabo un control posterior sobre medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones.

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-No puede ser considerado jerárquicamente dependiente de la Corte Suprema de Justicia

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS Desempeño por magistrado de la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá

Cuando el legislador dispuso que en los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, no se viola la Constitución, por cuanto, esta norma se aplica únicamente para la investigación de los funcionarios a que se refiere el numeral 4 del artículo 235 Superior, para los cuales, como ya se indicó anteriormente, la misma disposición les consagró un fuero sólo para la etapa del juzgamiento.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

ACCION PENAL-Causales de extinción

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Facultad para archivar actuaciones penales/**FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Facultad para declarar extinguida la acción penal

Al legislador le está vedado romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio, acordarle adicionales facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, como es aquella de decretar con efectos de cosa juzgada la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal y en consecuencia, ordenar el archivo de unas actuaciones, antes de la formulación de la imputación, cuya constatación no es meramente objetiva o automática, sino que, en todos los casos, requiere de una valoración ponderada. La disposición acusada lesiona los derechos de las víctimas a acceder ante un juez para efectos de que sea este último quien decida si efectivamente se encuentran presentes o no los presupuestos para decretar la extinción de la acción penal. En otros términos, el carácter litigioso de las causales de extinción de la acción penal, al igual que la trascendencia que la misma ofrece, por ejemplo, en los casos de leyes de amnistía, conducen a la Corte a considerar que tales decisiones únicamente pueden ser adoptadas por el juez de control de conocimiento, en el curso de una audiencia, durante la

cual las víctimas puedan exponer sus argumentos en contra de la extinción de la acción penal.

PROCESO PENAL-Línea jurisprudencial sobre juicios en ausencia

CONTUMACIA-Proceso penal acusatorio

PROCESAMIENTO EN AUSENCIA-Sindicado que se oculta

PROCESAMIENTO EN AUSENCIA-Sindicado que no se oculta

DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE EN PROCESO PENAL-Naturaleza residual

JUICIO EN AUSENCIA EN MATERIA PENAL-No se opone a la Constitución/**DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE EN PROCESO PENAL**-Requisitos de validez

En materia de juicios en ausencia, se tiene que los mismos no se oponen a la Constitución por cuanto permiten darle continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado, e igualmente, facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal. No obstante lo anterior, la vinculación del imputado mediante su declaración de reo ausente sólo es conforme con la Carta Política si (i) el Estado agotó todos los medios idóneos necesarios para informe a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; (ii) existe una identificación plena o suficiente del imputado, dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (iii) la evidencia de su renuencia.

JUICIO EN AUSENCIA EN MATERIA PENAL Y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

JUICIO EN AUSENCIA Y DERECHO COMPARADO-Sistema acusatorio norteamericano

En el derecho comparado el derecho a estar presente en el juicio oral se ha entendido en términos absolutos. Así, en el sistema acusatorio americano, en el caso Illinois vs. Allen, la Corte Suprema Federal resolvió que el derecho de un acusado a estar presente en el juicio no es impedimento para que, bajo determinadas circunstancias, el tribunal orden que se retire al acusado de la sala y continúe el juicio en su ausencia. De igual manera en el caso de Maryland vs. Bussman, se reconoció el derecho del acusado a renunciar libremente a su derecho a encontrarse presente durante el juicio oral.

DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE EN PROCESO PENAL-Procendencia en el sistema penal acusatorio

La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia

UNIDAD NORMATIVA-Integración

REGLA DE EXCLUSION DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS CON VIOLACION AL DEBIDO PROCESO-Prueba inconstitucional y prueba ilícita

REGLA DE EXCLUSION-Applicable durante todas las etapas del proceso

Una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física.

REGLA DE EXCLUSION DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS CON VIOLACION DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES-Applicación en sistema penal acusatorio

El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula

la cláusula general de exclusión, al disponer que [T]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

DILIGENCIA DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO- Presupuestos

CLAUSULA DE EXCLUSION EN MATERIA DE REGISTROS Y ALLANAMIENTOS-Elementos materiales probatorios y evidencia física afectados por invalidez/**CLAUSULA DE EXCLUSION EN MATERIA DE REGISTROS Y ALLANAMIENTOS**-Inconstitucionalidad de la expresión “directa y exclusivamente” en relación con los elementos materiales probatorios y evidencia física afectados por invalidez

La disposición acusada dispone, que tan sólo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera directa y exclusiva de ella carecen de validez y serán excluidos de la actuación, con lo que se restringe el alcance del artículo 29 constitucional para los efectos del registro y allanamiento. En otras palabras, de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente. Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad.

NULIDAD DERIVADA DE PRUEBA ILICITA EN PROCESO PENAL-Criterios para determinarla

*En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por **vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la **fuentes independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el **descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.*

NULIDAD POR VIOLACION DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES EN PROCESO PENAL-Prueba obtenida mediante la perpetración de crímenes de lesa humanidad

La Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto. En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar

una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud de la demanda por ausencia de cargo

CAPTURA EN FLAGRANCIA-Procedimiento

CAPTURA EN FLAGRANCIA-Autoridad a quien le corresponde decidir sobre la legalidad de la aprehensión/**CAPTURA EN FLAGRANCIA**-Posibilidad de la Fiscalía de dejar en libertad a quien haya sido ilegalmente capturado

*El procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal. No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. De igual manera, la medida es **razonable** ya que el fiscal se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario.*

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Ámbito personal de aplicación

MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA INDIGENAS-Reintegración al medio cultural propio/**MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA INDIGENAS**-Inexistencia en el ordenamiento jurídico penal colombiano

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Fines en el nuevo sistema procesal de tendencia acusatoria

Un examen sistémico de la reforma al proceso penal colombiano evidencia que la actividad investigativa Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines (i) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; (ii) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; (iii) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; (iv) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y (v) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10%, con el fin de no congestionar el sistema penal.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Papel que debe cumplir en relación con las víctimas en el nuevo sistema procesal de tendencia acusatoria

Cabe señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 asignó diversas responsabilidades a la Fiscalía General de la Nación en relación con las víctimas, tales como (i) solicitarle al juez de control de garantías las medidas necesarias para “la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”; (ii) solicitarle al juez de conocimiento las medidas judiciales indispensables para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; y (iii) velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y los demás intervinientes en el proceso penal.

CONCILIACION-Características

CONCILIACION EN LOS DELITOS QUERELLABLES-Realización ante Fiscal

Por tratarse de delitos querellables y por ende el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida admiten desistimiento, consideró el legislador como una medida de política criminal que surtieran una etapa de conciliación, sin que se oponga al nuevo esquema procesal penal que ella se surta ante un fiscal, a fin de que si hubiere acuerdo entre el querellante y el querellado, proceder a archivar las diligencias; y en caso contrario, ejercer la correspondiente acción penal, caso en el cual no podrá ser utilizado en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo conciliatorio.

Referencia: expediente D-5415.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 20, 30, 39, 58, 78, 80, 154, 242, 291, 302, 522 (parciales) y 127, 232, 267, 284, 455 y 470 de la Ley 906 de 2004, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”.

Demandante: Stella Blanca Ortega Rodríguez

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Stella Blanca Ortega Rodríguez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241 y 242-1 de la Constitución Política, solicita a esta Corporación que declare la inexequibilidad de algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004.

La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del 5 de octubre de 2004 admitió la demanda y en consecuencia ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, dispuso correr traslado al Jefe del Ministerio Público para que rindiera el respectivo concepto, al tiempo que ordenó comunicar la iniciación del asunto al Señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso y al Ministro de Justicia y del Derecho. De igual forma, invitó a intervenir en el proceso de la referencia a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Corporación Excelencia en la Justicia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Colegio Colombiano de Abogados Penalistas y a los Departamentos de Derecho Penal de las Universidades Nacional, Rosario, Javeriana y Externado de Colombia.

Mediante auto del 3 de noviembre de 2004, la Sala Plena de la Corte Constitucional aceptó los impedimentos presentados por el Señor Procurador General de la Nación y el Viceprocurador General de la Nación para emitir concepto en el presente caso. Así pues, mediante resolución 463 del 13 de diciembre de 2004, fue designada la Dra. Sonia Patricia Téllez Beltrán, Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, para que conceptuase en el presente asunto.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo el concepto rendido por la Procuraduría General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda de la referencia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Nacional.

2. Consideraciones preliminares.

Con el fin de facilitar el examen de constitucionalidad correspondiente se hará la transcripción literal de las normas acusadas, tal y como aparecen publicadas en el Diario Oficial No. 45.658 de 1° de septiembre de 2004, páginas 1 a 40, después de las correcciones que le hiciera el Presidente de la República al texto publicado en el Diario Oficial No. 45.657, mediante el decreto 2770 de 2004, publicado en el mismo Diario Oficial en las páginas 40 a 43, subrayando los apartes demandados, acompañada de una síntesis de las intervenciones, del concepto del Ministerio Público y de las consideraciones de la Corte Constitucional.

De igual manera, esta Corporación estima, que para ejercer el control de constitucionalidad sobre las disposiciones acusadas del nuevo Código de Procedimiento Penal, es necesario previamente hacer referencia a los siguientes aspectos: (i) Al Acto Legislativo 03 de 2002 y las modificaciones que introdujo en el sistema procesal penal; (ii) las características esenciales y propias del nuevo sistema procesal penal colombiano; y (iii) adelantará un parangón entre los sistemas acusatorios americano y continental europeo, con el propósito de evidenciar las particularidades que ofrece nuestro sistema acusatorio.

2.1. El Acto Legislativo 03 de 2002 y las modificaciones que introdujo en el sistema procesal penal.

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujeron modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal. Lo anterior, *“Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria.”*¹. En efecto, se diseñó un sistema de tendencia acusatoria, pero sin que pueda afirmarse que el adoptado corresponda a un sistema acusatorio puro.

En relación con los cambios introducidos al artículo 116 Superior, en la sentencia C-873 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa², la Corte consideró que si bien se mantuvo intacta la enumeración de los organismos que administran justicia, tanto en forma permanente como excepcional, y que la Fiscalía General de la Nación continuó incluida en ella, la principal modificación que se introdujo a este artículo *“... consistió en admitir la posibilidad de que los particulares actúen como “jurados en las causas criminales”, ejerciendo así, en forma transitoria, la función de administrar justicia.”*

Sobre los cambios introducidos al artículo 250 Superior, en la misma sentencia la Corte consideró lo siguiente,

“La formulación general de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación es sustancialmente distinta en el encabezado de uno y otro texto. Así, bajo el sistema original de 1991, la función de la Fiscalía era la de investigar y acusar ante los jueces competentes las posibles violaciones de la ley penal, salvo aquellas cobijadas por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales; se precisaba, además, que la iniciación de la investigación podía llevarse a cabo de oficio, en virtud de denuncia o por querrela.

Después de la reforma aprobada mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2003, la función de la Fiscalía es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación; precisa el texto constitucional que éste cometido general es una obligación de la Fiscalía, la cual no podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de oportunidad –el cual deberá haberse regulado en el

¹ Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 –Cámara, publicado en la Gaceta 134 de 2002.

²S.V. del Magistrado Jaime Araujo Rentarías. Salvamento y aclaración de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Alvaro Tafur Galvis.

marco de la política criminal del Estado colombiano, y tendrá control de legalidad por el juez de control de garantías -. Se señala, además, que los hechos objeto de investigación por parte de la Fiscalía pueden ser puestos en su conocimiento por denuncia, petición especial, querrela o de oficio; y que quedan excluidos de su conocimiento, tal como sucedía bajo el esquema de 1991, los delitos cobijados por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales.

De esta manera, **el Acto Legislativo que se estudia supone una modificación considerable en la enunciación de las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación.** Resalta la Corte, además, que este primer párrafo del nuevo artículo 250 Superior hace uso de diferentes categorías jurídicas cuyo alcance precisará el Legislador; entre ellas, son especialmente relevantes las siguientes nociones constitucionales: (i) ejercicio de la acción penal, (ii) investigación de los hechos que revistan las características de un delito, (iii) persecución penal, (iv) suspensión de la persecución penal, (v) interrupción de la persecución penal, (vi) renuncia a la persecución penal, (vii) principio de oportunidad, (viii) control de legalidad, y (ix) control de garantías.

3.4.2.2. La enumeración precisa de las funciones adscritas a la Fiscalía también es sustancialmente diferente en uno y otro texto constitucional. Se mantienen iguales, en lo esencial, algunas de ellas, pero con un significado que habrá de determinarse en el nuevo contexto; tal sucede con las funciones descritas en los numerales 3 y 4 del artículo 250 en su formulación inicial de 1991, que quedaron redactadas de manera similar en los numerales 8 y 7, respectivamente, del artículo 250 reformado; pero las atribuciones que contemplaban los numerales 1 y 2 ibídem, así como lo dispuesto en el último inciso del texto original de 1991, fueron objeto de varias reformas, que se indican a continuación:

(a) **Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias;** ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente. Respecto de éste último, precisa el nuevo texto constitucional que debe ser distinto al juez de conocimiento del proceso penal correspondiente.

A pesar de lo anterior, el mismo numeral 1 del nuevo artículo 250 permite que la Fiscalía, si es expresamente autorizada para ello por

el legislador, imponga directamente, en forma excepcional, un tipo específico de medida restrictiva de la libertad orientada a garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal: la captura, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley. Ahora bien, por tratarse de una medida restrictiva de los derechos del procesado, esta actuación excepcional de la Fiscalía está sujeta a control judicial por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Sin embargo, se reitera que esta es una excepción a la regla general según la cual éste tipo de medidas deben ser impuestas por decisión del juez de control de garantías, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

(b) El numeral 2 del artículo 250, con posterioridad a la reforma, permite a la Fiscalía General de la Nación imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones. No se requiere, en el nuevo texto constitucional, autorización judicial previa para ello; pero sí se someten a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

(c) El numeral 3 del nuevo artículo 250 constitucional asigna una función específica a la Fiscalía que no estaba prevista expresamente en el texto de 1991, a saber, la de “asegurar los elementos materiales probatorios”, para lo cual deberá garantizar **la cadena de custodia** mientras se ejerce la contradicción de tales pruebas. Asimismo, establece una regla general no prevista en el esquema de funciones original de 1991: en caso de requerirse medidas adicionales para asegurar tales elementos materiales probatorios, que impliquen afectación de derechos fundamentales, se deberá contar con autorización judicial por parte del juez que ejerza la función de control de garantías.

(d) Con posterioridad a la reforma, en el numeral 4 del artículo 250 Superior se mantiene la función de la Fiscalía de **acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento** de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un “juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” – acusación que no es vinculante para el juez.

(e) El numeral 5º, tal como fue modificado por el Acto Legislativo, despoja a la Fiscalía General de la Nación de la función de declarar precluidas las investigaciones penales en los casos en que no exista

mérito para formular una acusación, atribución que le había sido asignada por el numeral 2 del artículo 250 original, en virtud del cual era la Fiscalía la encargada de “calificar y declarar precluidas” dichas investigaciones. Ahora, **la función de decidir sobre la preclusión corresponde al juez de conocimiento** de la causa correspondiente, por regla general a petición de la Fiscalía; la reforma constitucional también deja en claro que la decisión de declarar la preclusión de una investigación penal únicamente podrá adoptarse de conformidad con lo dispuesto en la ley.

(f) **El numeral 6 del artículo 250 reformado también constituye una modificación importante del texto original de este artículo, puesto que corresponde al juez de conocimiento de cada proceso adoptar las medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas del delito, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados, a solicitud de la Fiscalía.** El texto original adoptado por el Constituyente de 1991 asignaba a la Fiscalía la función de adoptar directamente “las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”.

(g) **En el numeral 7 del artículo 250 enmendado se mantiene en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la función de velar por la protección de las víctimas, los testigos y las demás personas que intervienen en el proceso penal, pero se adiciona a esta lista a los jurados, que ahora intervendrán en la función de administrar justicia en el ámbito criminal.** Debe ser el Congreso quien precise cuál es la diferencia entre esta atribución de la Fiscalía, y la que consagra el numeral 6 del mismo artículo reformado, según se reseñó en el literal precedente. Asimismo, dispuso expresamente el Constituyente que es el Legislador quien está llamado a (i) fijar los términos en los cuales las víctimas de los delitos podrán intervenir en el curso del proceso, y (ii) diseñar los mecanismos de justicia restaurativa a los que haya lugar.”. (negritas agregadas).

A su vez, en el mencionado fallo, esta Corporación se refirió a los cambios introducidos al artículo 251 Superior de la siguiente manera,

“Se observa, en primer lugar, que los numerales 1 y 2 del artículo 251 quedaron, en lo esencial, idénticos, salvo que la expresión “funcionarios” del numeral 1, así como la expresión “empleados” del numeral 2, fueron sustituidas en ambos casos por el término “servidores”.

Así mismo, los numerales 3, 4 y 5 del texto original de 1991 se mantuvieron iguales en los numerales 4, 5 y 6, respectivamente, del artículo 251 reformado.

La modificación más significativa del artículo 251 radica en la introducción del nuevo numeral 3, en virtud del cual el Fiscal General de la Nación cuenta con la potestad constitucional de (i) asumir directamente la conducción de investigaciones y procesos penales, sea cual fuere la etapa procesal en la cual se encuentren, (ii) asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos penales que éstos lleven, y (iii) determinar, en aplicación de los principios institucionales de unidad de gestión y jerarquía - ahora aplicables por mandato constitucional al interior de la Fiscalía -, el criterio y la posición de la Fiscalía. Ello, precisa la norma constitucional, “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”.

De igual forma, en la mencionada providencia, la Corte analizó los cambios trascendentales introducidos por el Acto Legislativo 03 de 2002, adelantando algunas precisiones, no exhaustivas sino meramente enunciativas, sobre: (i) las fuentes del derecho aplicables; (ii) el *status* de los órganos estatales que intervienen en el proceso; (iii) los principios fundamentales que rigen el proceso; (iv) los actores que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal; (v) los rasgos estructurales del nuevo procedimiento penal; y (vi) los poderes atribuidos a quienes participan en el mismo. Al respecto dijo:

“3.4.4.1. En cuanto al *contexto jurídico* en el cual se desenvuelven las relaciones jurídico - penales, la Corte precisa lo siguiente:

(a) Las ***fuentes de derecho*** aplicables siguen siendo, en lo esencial, las mismas, con la diferencia de que existe, con posterioridad al Acto Legislativo, una regulación constitucional más detallada de los principales aspectos del procedimiento penal que configuran un nuevo sistema que se inscribe dentro de la Constitución adoptada en 1991. Ello implica que, en virtud del principio de unidad de la Constitución Política³, las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional.

(b) Los ***principios fundamentales que rigen el proceso*** (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las

³ Ver, entre otras, la sentencia SU-062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo Acto Legislativo, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.

(c) El *status* de los órganos estatales que intervienen en el proceso sigue siendo, esencialmente, el mismo del esquema de 1991, puesto que (i) la Fiscalía como órgano continúa incluida entre los que administran justicia (C.P., art. 116 reformado), a pesar de que sus funciones han sido sustancialmente modificadas, como ya se advirtió en el apartado 3.4.3.

3.4.4.2. Con respecto a los *actores* que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal, se resalta que el nuevo esquema constitucional prevé la intervención (a) del imputado, (b) del Fiscal, (c) del Juez de conocimiento de la causa, (d) del Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la Nación, (e) del juez de control de garantías, y (f) de los *jurados*, encargados ahora de administrar justicia en forma transitoria en los términos que señale la ley. Así mismo, el Acto Legislativo faculta al Legislador para fijar los términos precisos en los cuales (g) las *víctimas* del delito habrán de intervenir en el proceso penal.

3.4.4.3. Los *rasgos estructurales del procedimiento penal* han sido objeto de una modificación considerable a través del Acto Legislativo No. 3 de 2002, en la medida en que:

(a) En cuanto a las **etapas del procedimiento**, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación –encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a ésta última; ya se vio cómo el Constituyente derivado de 2002 caracterizó el juicio penal como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales. La etapa del juicio se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación⁴.

⁴ En este sentido, en la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo se expresó: “...mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. (sic) Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador- ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.// Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual...”

En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo. En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de *inmediación judicial* y *contradicción de la prueba*, (ii) se aplicará el principio de *concentración*, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado.

(b) los *podere*s atribuidos a quienes participan en el proceso fueron objeto de una regulación constitucional expresa que modificó su alcance en varios aspectos:

- (i) El poder de *señalamiento* de la posible comisión de una infracción se mantiene en cabeza del Estado, que podrá iniciar a través de la Fiscalía la investigación de las posibles violaciones a la ley penal. Los particulares y otras autoridades podrán, por mandato constitucional, poner en conocimiento de las autoridades competentes las infracciones penales de las que tengan conocimiento a través de denuncia, petición especial o querrela. El esquema constitucional de 1991 preveía la existencia de la denuncia y la querrela, pero no la de la *petición especial*, cuyo contenido será precisado por el Legislador.
- (ii) El poder de *investigación* se mantiene esencialmente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, ya que ésta continúa, con posterioridad al Acto Legislativo, investida de la responsabilidad de realizar la investigación de las posibles violaciones a la ley penal; no obstante, la formulación de este poder en cabeza de la Fiscalía es distinta en uno y otro texto constitucional, ya que en el artículo 250 original se le asignaba la función de “...*de oficio, mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes*”, mientras que en el artículo 250 reformado se le atribuye la obligación de “*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 medien suficientes motivos y circunstancias*

fácticas que indiquen la posible existencia del mismo". El texto enmendado introduce, así, una condición para el ejercicio del poder de investigación por parte de la Fiscalía: que existan motivos y circunstancias de hecho suficientemente sólidas como para apuntar hacia la posible comisión de un delito.

- (iii) El poder de *prueba* se mantiene en cabeza tanto de la Fiscalía como del acusado y del Juez; sin embargo, el numeral 4 y el último inciso del artículo 250 de la Carta, tal y como fueron modificados por el Acto Legislativo, establecen cambios trascendentales en materia probatoria. Cabe resaltar, por ejemplo, el nuevo alcance de los principios de inmediación y de contradicción, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción. En materia de pruebas, también es de resaltar que el Acto Legislativo permite específicamente la posibilidad de restringir el derecho a la intimidad, y otros derechos, durante el curso de las investigaciones penales que adelanta la Fiscalía General de la Nación, por medio de interceptaciones de comunicaciones, registros, allanamientos e incautaciones; éstos se podrán realizar sin que medie orden judicial previa, pero quedarán sujetos a un control judicial automático dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para efectos de determinar su validez en tanto pruebas (art. 250-2, modificado).
- (iv) El poder de *acusación* se mantiene en cabeza de la Fiscalía; no así el de declarar precluida la investigación, que ahora corresponde al juez de conocimiento de la causa, a solicitud de la Fiscalía (art. 250-5, modificado).
- (v) El poder de *contradicción*, es decir, un aspecto central del derecho de defensa por parte del acusado, mantiene plenamente su status de garantía fundamental de la persona, y se materializa con la sujeción constitucional de la etapa de juzgamiento a los principios de *oralidad y contradicción*.
- (vi) El poder de *coerción* sobre quienes intervienen en el proceso penal fue objeto de una clara reforma por el Constituyente derivado, en la medida en que bajo el nuevo sistema, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada por un funcionario judicial, a saber, el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente. Ahora bien, a pesar de que en el nuevo sistema la regla general es que sólo se podrá privar de la libertad a una persona por decisión judicial, se mantiene la posibilidad de que en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación realice

capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1, modificado); pero resalta la Corte que ésta es una hipótesis claramente excepcional. Así mismo, en el nuevo esquema se establece que las medidas que afecten la libertad solicitadas por el Fiscal al juez de control de garantías, únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales.

- (vii) El poder de *disposición del proceso* también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el *principio de oportunidad*, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no sólo que exista suficiente *mérito* para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de *oportunidad* para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los “casos que establezca la ley” y “dentro del marco de la política criminal del Estado”⁵. Se trata de una previsión constitucional de las hipótesis en las cuales procede archivar la investigación, las cuales serán reguladas en detalle por la ley. El Legislador también deberá regular el alcance del *control judicial de legalidad* previsto por el Acto Legislativo para las actuaciones en las que se aplique este principio, lo cual es especialmente relevante para proteger los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación⁶.

- (viii) El poder de *decisión*, finalmente, se mantiene en cabeza del juez de conocimiento, quien tendrá en cuenta el papel que la ley asigne a los jurados.”.

⁵ La Corte Constitucional aceptó el principio de oportunidad en tratándose de juicios ante el Congreso. Ver sentencia SU-062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se expresó: “(...) es posible que el Congreso se abstenga de formular acusación por razones de conveniencia, en aquellos casos en que la ponderación de bienes jurídicos constitucionales le permita concluir que resulta más benéfico para la estabilidad institucional una exoneración de responsabilidad, que un juicio de consecuencias imprevisibles. (...)”.

⁶ Ver sentencia C-228 de 2002, MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte ha señalado unas pautas generales para comprender el nuevo esquema procesal penal de tendencia acusatoria, avanzando algunas importantes precisiones que son fundamentales para su cabal entendimiento.

2.2. Características esenciales y propias del nuevo sistema procesal penal colombiano.

Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, *prima facie*, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo.

En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio.

En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.

Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso *adversarial* entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador,

quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de *habeas corpus*.

Así pues, en lo que concierne a la **ubicación constitucional** de la Fiscalía General de la Nación, cabe señalar que sigue siendo parte de la **Rama Judicial**, a pesar de que sus funciones han sido modificadas, en especial, en lo que concierne a las medidas restrictivas de los derechos fundamentales. De tal suerte que si bien en virtud del inciso tercero del artículo 251 Superior el Fiscal General de la Nación puede asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, al igual que determinar el criterio y posición que la Fiscalía deba asumir, dichas facultades se ejercerán “*sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley*”, y en consonancia con los artículos 228 y 230 constitucionales, según los cuales, las decisiones adoptadas por la administración de justicia son independientes, no encontrándose los jueces sometidos en sus providencias mas que “*al imperio de la ley*”.

De tal suerte que al momento de solicitar la imposición o no de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales, por ser decisiones de contenido judicial, y no de impulso o preparación del juicio, éstas deben regirse por el principio de autonomía, y por lo tanto los fiscales no pueden ser sometidos a presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de sus superiores jerárquicos. Así claramente lo dispuso la Constitución en el numeral 3 del artículo 251, al consagrar la autonomía de los fiscales en los términos y condiciones que fije la ley, como una excepción a los principios generales de unidad de gestión y jerarquía según los cuales le corresponde al Fiscal General de la Nación determinar el criterio y la posición que la Fiscalía debe asumir, *sin*

perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

Al respecto de la tensión que se genera entre el principio de jerarquía y la autonomía de los fiscales, en la sentencia C-1092 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, la Corte consideró lo siguiente:

“En particular, en lo que toca con la expresión *“sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”*, la Corte advierte que a través de ella se reafirmaron las consecuencias derivadas de la decisión de mantener a la Fiscalía General de la Nación como un órgano que hace parte de la rama judicial del poder público (C.P. arts. 116 –aprobado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002- y 249), lo que en sí mismo comporta que los fiscales, en su calidad de funcionarios judiciales y en ejercicio de las funciones judiciales que desempeñan, se sometan a los principios de autonomía e independencia predicables de la función judicial, de acuerdo con los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y al artículo 5 de la Ley 270 de 1996, lo que no implica necesariamente una contradicción con el principio de jerarquía⁷ sino más bien una precisión sobre su proyección y alcance.

De manera que, de acuerdo con lo dispuesto por el precepto superior acusado, será el legislador quien defina el alcance de los conceptos de autonomía y jerarquía, dentro de los lineamientos del nuevo sistema adoptado. Así, la referencia a la autonomía no constituye un cambio esencial del principio de jerarquía sino una delimitación de sus alcances respecto de un objeto específico, que se sujeta a los límites previstos en la propia Constitución Política, a los que se ha hecho referencia y a *“los términos y condiciones que fije la ley”*.”.

En lo que atañe a las **partes e intervinientes** en el proceso, es preciso indicar que se siguió el principio acusatorio o *“nemo iudex sine actore”*, según el cual existe una clara separación de funciones entre el órgano que acusa y aquel que juzga. En tal sentido, la **Fiscalía General de la Nación** es la titular de la acción penal; pero debe siempre solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso; y solo *excepcionalmente* podrá realizar capturas en los términos señalados por el legislador con sometimiento al control judicial dentro de las treinta y seis horas siguientes; adelanta registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones sometidas asimismo a control judicial posterior dentro del término de 36 horas; asegura los materiales

⁷ Cfr. Sentencia C-1643 de 2000

probatorios; en caso de requerirse medidas adicionales que implique afectación de derechos fundamentales deberá obtener la autorización del juez de control de garantías; suspende, interrumpe o renuncia al ejercicio de la acción penal mediante el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, sometido al control de juez de control de garantías; presenta escrito de acusación ante el juez de conocimiento con el propósito de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; solicita al mismo juez la preclusión de la investigación; dirige y coordina las funciones de policía judicial; e igualmente, demanda al juez de conocimiento la adopción de medidas judiciales para la asistencia a las víctimas, y asimismo, vela por la protección de éstas, de los testigos y jurados.

Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del **juez de control de garantías**, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

La Corte en sentencia C- 1092 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis⁸, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad por vicios de forma contra algunas disposiciones del Acto Legislativo 03 de 2002, examinó las características esenciales de la nueva y principal figura del juez de control de garantías, declarando inexecutable la expresión “*al solo efectos de determinar la validez*”, del numeral 2º del artículo 250 Superior. En palabras de esta Corporación:

⁸ Con aclaración de voto del Magistrado Rodrigo Escobar Gil y salvamento y aclaración parcial de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

“Por medio del acto Legislativo 03 de 2002 el Constituyente optó por afianzar el carácter acusatorio del sistema procesal penal colombiano, estructurando a la Fiscalía General de la Nación como una instancia especializada en la investigación de los delitos y estableciendo que, como regla general, las decisiones que restringen los derechos constitucionales de los investigados e imputados son tomadas por lo jueces y tribunales.

A pesar de ello, la Fiscalía General de la Nación conservó importantes funciones judiciales como aquellas a las que alude el numeral acusado, que en efecto son restrictivas de los derechos a la libertad, intimidad y la propiedad.

En esta circunstancias, el Constituyente, retomando la experiencia de la estructura básica del proceso penal en el derecho penal comparado, previó que la Fiscalía, en aquellos casos en que ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales, esté sometida al control judicial o **control de garantías** - según la denominación de la propia norma -, decisión que denota el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho.

En este contexto, la institución del **juez de control de garantías** en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.

Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.

Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa,

formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del **juez de control de garantías** no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.

Ante el **juez de conocimiento**, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas.

El **Ministerio Público**, que constituye una notoria particularidad de nuestro sistema procesal penal, “*continuará ejerciendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional*”, es decir, ejerce diversas funciones en tanto que garante de los derechos fundamentales y representante de la sociedad.

En sentencia C- 966 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra⁹, la Corte examinó el tema de la presencia del Ministerio Público en el escenario del nuevo sistema penal acusatorio, en los siguientes términos:

“Del anterior recuento esta Sala deduce que el parágrafo del artículo 250, adosado a la Constitución por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, es el resultado de una discusión planteada desde los orígenes del proceso de adopción de la reforma constitucional referida, y que giró en torno al papel de la Procuraduría General de la Nación en el desarrollo del nuevo sistema acusatorio del proceso penal.

En un comienzo, la idea consistía en replantear las funciones del Ministerio Público en el proceso penal, ya que, tal y como se defendía en el proyecto presentado por el Gobierno, al otorgarse a los jueces de garantías el control de la legalidad de las medidas limitativas de derechos, la presencia del Ministerio Público dentro del esquema propuesto era innecesaria.

No obstante, a lo largo de las discusiones legislativas, la posición del Congreso respecto del papel de la Procuraduría en el proceso penal

⁹ Con aclaración de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

varió al punto que en la segunda vuelta, durante el debate en el Senado de la República, dicha célula legislativa decidió permitir el ingreso del Ministerio Público al proceso penal con el fin de armonizar sus funciones con aquellas que le confiere el artículo 277 de la Carta y permitir, fundamentalmente, la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de los procesos penales tramitados en el país.

Esta decisión se plasmó posteriormente en el texto puesto a consideración de la Plenaria del Senado, en el último debate del Acto Legislativo, en la norma que actualmente conforma el párrafo del artículo 250 de la Carta Política.”.

La **víctima**, a su vez, tiene derecho a conocer la verdad, a acceder a la administración de justicia, a la reparación integral, así como a obtener medidas judiciales de protección, sin perjuicio de poder acudir ante la jurisdicción civil ordinaria para efectos de obtener la reparación del daño ocasionado con el delito. La intervención de la víctima en el proceso penal, constituye otra de las particularidades de nuestro sistema procesal penal.

La **defensa**, por su parte, estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado, o en su defecto, por aquel que le asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, cuya labor consistirá, entre otras, en asistir personalmente al imputado desde su captura, controvertir las pruebas, interponer los recursos de ley, interrogar y contrainterrogar testigos y peritos en audiencia pública. De igual forma, el **imputado** tiene derecho al ejercicio de todas las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por último, el Acto Legislativo prevé la creación de **jurados** en las causas criminales, quienes tendrán derecho a ser protegidos por la Fiscalía General de la Nación, sin que hasta el momento la figura cuente con un desarrollo legal.

De igual manera, en materia de investigaciones y **juicios en ausencia** el nuevo sistema procesal penal colombiano presenta determinadas particularidades. En efecto, por regla general, no se puede adelantar proceso penal alguno contra una persona ausente; tan sólo en los casos excepcionales de (i) declaratoria de persona ausente, siempre y cuando el Estado, por medio de la Fiscalía General de la Nación, haya agotado todos los recursos efectivos disponibles a su alcance y no haya sido posible dar con el paradero del sindicado, el juez de control de garantías procederá a realizar tal declaración, procediéndose a nombrar un abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, lo cual no obsta para que durante la etapa de juicio oral el juez de conocimiento verifique si el

órgano de investigación ha continuado empleando mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, so pena de decretar la nulidad de lo actuado; (ii) cuando la persona se declara en rebeldía o contumacia; y (iii) cuando el imputado renuncia a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de la imputación.

Por otra parte, en lo que concierne al **ejercicio de la acción penal**, el nuevo sistema procesal consagra, como regla general, la aplicación del **principio de legalidad**, según el cual la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento “*cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo*”. De tal suerte que el Estado realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrelables, interviniendo en la investigación de todos los hechos punibles de que tenga noticia.

Con todo, de manera excepcional, la Constitución faculta a la Fiscalía General de la Nación para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, en los casos que establezca la ley para “*la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías*”. Así pues, se trata de un principio de oportunidad reglado sometido a control judicial.

De igual manera, se trata de un proceso conformado por las **etapas** de indagación, investigación y juicio; basado en el principio de oralidad, adelantado mediante la sucesión de diversas audiencias públicas; contradictorio; diseñado de forma tal que la persona sea juzgada sin dilaciones injustificadas, respetándosele todas sus garantías procesales, en el cual las intervenciones al ejercicio de los derechos fundamentales deben encontrarse previamente autorizadas mediante una orden escrita y motivada, bien sea del fiscal, en los casos que expresa y restrictivamente la Constitución prevé encontrándose sometidas a control judicial posterior, o del juez. En otros términos, la afectación de derechos fundamentales es de reserva judicial.

Así pues, en **materia probatoria**, se considera como prueba sólo aquella producida en el transcurso del juicio oral, lo cual no significa que los elementos probatorios y la evidencia física no queden sometidos a la cláusula de exclusión, en tanto que garantía del respeto de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, el nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, la cual operó una constitucionalización del derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la

libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos.

Por lo tanto, una labor hermenéutica del procedimiento penal, deberá tener en cuenta no sólo las normas contenidas en el Código respectivo, sino que además es fundamental en dicha tarea, tener en cuenta no sólo las normas del Acto legislativo 03 de 2002, sino las demás disposiciones pertinentes de la Constitución, incluidas aquellas que se integran al bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 Superior, en especial, con los artículos 8, 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que con los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cabe recordar, que de manera expresa el artículo 3 del nuevo Código de Procedimiento Penal, consagró la prelación en la actuación procesal penal, de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción. Lo anterior por cuanto *“Los principios fundamentales que rigen el proceso (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo Acto Legislativo, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.”*¹⁰.

De igual manera, para efectos de interpretar la normatividad procesal penal se puede acudir, como criterio auxiliar, a las opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a ciertas resoluciones expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial, las referentes a los derechos de las víctimas, la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales y los derechos de las personas privadas de la libertad, al igual que a las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales encargados de velar por el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, no comparte la Corte las apreciaciones de algunos intervinientes que argumentan que la Corte debe dejar de lado las diversas líneas jurisprudenciales que ha venido sentado a lo largo de más de una década, en aspectos de derechos fundamentales relacionados con el proceso penal, por cuanto se trata de un *“nuevo modelo acusatorio”*.

Como ya se advirtió anteriormente, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Carta Política de

¹⁰ Sentencia C-873 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal basado en (i) la aplicación del principio “*nemo iudex sine actore*”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad y (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior.

Sin lugar a dudas, se trata de cambios importantes que imponen unos nuevos parámetros hermenéuticos de la Carta Política. No obstante, en virtud del principio de unidad de la Constitución¹¹, aquéllos “*deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional*”¹².

Cabe asimismo señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, mas no en la dogmática. De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción.

Aunado a lo anterior, en temas vinculados con la administración de justicia penal, tales como los mecanismos alternativos de solución de controversias, la jurisdicción indígena o los juicios adelantados ante la Corte Suprema de Justicia, el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno.

En tal sentido, en cada caso concreto, la Corte deberá examinar si su jurisprudencia anterior al Acto Legislativo 03 de 2002 en materia de debido proceso penal y derechos fundamentales, en especial, en lo que concierne a libertad personal e intimidad, resulta o no vinculante en términos de *ratio decidendi* o, al menos, tiene carácter de *obiter dictum*.

2.3. Los sistemas procesales penales de origen anglosajón y continental europeo.

Es importante recordar que, en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal, se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios

¹¹ Sentencia SU 062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹² Sentencia C- 873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal, sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal.

Así pues, el **modelo acusatorio norteamericano** presenta las siguientes características fundamentales:

a. Los fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General de los Estados Unidos o “*Attorney General*”, quien fija las pautas básicas que van a orientar a sus subalternos en la persecución de delito¹³ y responde políticamente por las actuaciones del órgano de investigación¹⁴. Se trata, por tanto, de una estructura rígida y jerarquizada.

b. Las órdenes de arresto son emitidas por un juez con base en una “*causa probable*”, la cual, según exigencia de la Cuarta Enmienda constitucional, debe estar apoyada en una declaración jurada. Una vez la persona es capturada, en el menor tiempo posible, es llevada ante el juez para la realización de una vista preliminar, durante la cual es informada de sus derechos constitucionales, se le hace saber que tiene derecho a reclamar la realización de una audiencia preliminar, el fiscal o “*prosecutor*” expone los motivos que justifican privar de la libertad al ciudadano, y finalmente, el juez decide si concede o no, bajo fianza, la libertad al indiciado¹⁵.

c. Dentro del término de 15 días se debe realizar una audiencia preliminar o “*preliminary hearing*”, cuyo objeto consiste en que el fiscal someta a consideración del juez los cargos que considera suficientes para llevar al ciudadano a juicio. Al término de la audiencia, el funcionario judicial decide si el Estado ha satisfecho o no el requisito de demostrar, *prima facie*, que existen razones para considerar al imputado responsable del delito en cuestión, caso contrario ordenará retirar los cargos y la inmediata libertad de aquél.

d. Antes del juicio, la defensa tiene el derecho a requerirle al fiscal que descubra las pruebas exculpatorias, figura conocida como “*discovery*”¹⁶, con el propósito de garantizar la vigencia del principio de igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o “*plea bargaining*” al sindicado, a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen

¹³ Paul W. Tappan, *Criminal Procedure*, Boston , 1990.

¹⁴ E. Hendler, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

¹⁵ Robert Carp, *Judicial Process in America*, Universidad de Houston, 1990.

¹⁶ A partir del caso *Brady vs. Maryland*, la cláusula constitucional del debido proceso obliga al fiscal a revelar a la defensa toda evidencia que tenga en su poder, así sea favorable al acusado. Ver al respecto, Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Brady vs. Maryland*, 373, U.S. 83 (1963).

consistir en una rebaja de pena o en la imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación debe serle comunicada al juez.

e. La siguiente etapa procesal, es decir, el juicio oral y público, tiene su fundamento en la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “*en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito*”. Este derecho se extiende no sólo al acto del juicio propiamente sino a otras etapas procesales similares a éste¹⁷; pero, desde hace más de un siglo ha quedado establecido que dicha cláusula constitucional no se aplica para delitos menores o “*petty crimes*”¹⁸.

f. El juicio se inicia con los alegatos del fiscal y continúan con aquellos de la defensa. Se trata, simplemente, de presentarle al juez y a los miembros del jurado, el respectivo caso. Posteriormente, cada una de las partes aportará sus pruebas, tendrá derecho a contrainterrogar o “*cross examination*”, y además, de conformidad con la Enmienda Sexta constitucional “*en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos*”.¹⁹ Cabe señalar que el juez preside el debate, ya que se entiende que son las partes quienes deben presentar sus pruebas y argumentaciones. Luego de la rendición del veredicto²⁰, el juez pronunciará inmediatamente su fallo, en el sentido de absolución o culpabilidad.

g. Se trata de un proceso adversarial o “*adversarial system*”²¹ entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un acusador, quien pretende demostrar la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia.

h. En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la **regla de exclusión** entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio²², de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol

¹⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Waller vs. Georgia*, U.S. 39 (1984).

¹⁸ Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Edit. Forum, 1995, p. 187.

¹⁹ Ver al respecto, Corte Suprema Americana, asunto *Chambers vs. Mississippi*, 410 U.S. 204 (1973).

²⁰ Reid Hastie, *La institución del jurado en los Estados Unidos*, Madrid, Civitas, 1983.

²¹ William Pizzi, *Trials without Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, Tecnos, 1999., p. 60.

²² Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *United States vs. Calandra*, 414, U.S. 338 (1974).

envenenado o “*fruits of the poisonous tree*”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado²³, fuente independiente²⁴ y descubrimiento inevitable²⁵.

i. En lo que concierne al principio de oportunidad, en el sistema americano el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, por razones tales como la causa probable, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido²⁶.

A su vez, los modelos procesales penales de **ascendencia continental europea**, si bien presentan ciertas particularidades, se rigen por ciertos principios comunes del sistema acusatorio, como pasa a explicarse.

a. En algunos países, la Fiscalía hace parte de la rama judicial. En Alemania, por el contrario, es una autoridad independiente, es decir, no hace parte de la rama ejecutiva ni de la judicial²⁷. De allí que, como afirma Roxin²⁸, la Fiscalía no puede ser equiparada, de manera alguna, a un juez; pero tampoco es una autoridad administrativa. Así pues, dado que se le confía la administración de justicia penal, su actividad, al igual que la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino que se encuentra vinculada a los valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia. En consecuencia, un fiscal no puede ser obligado por su superior jerárquico a sostener una acusación o a dejar de perseguir a un sindicado.

b. En consonancia con lo anterior, el fiscal no es técnicamente una “*parte procesal*”. De allí que no sólo debe reunir material de cargo contra el imputado, sino que es su obligación “*investigar las circunstancias que sirvan de descargo*”²⁹.

c. De igual manera, la Fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la ocurrencia de hechos punibles, en virtud del **principio de legalidad**. En consecuencia, es el principio de legalidad y no criterios de conveniencia, el que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal. De igual forma, aquél sólo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión pueda depender de la

²³ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Nardone vs. United States*, 308, U.S. 388 (1939).

²⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Silverthorne*, 251 U.S. 385 (1920).

²⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Nix vs. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

²⁶ Claudio Vitalone, *La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad*, Nápoles, 1991, citado por O.J. Guerrero, *Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005, p. 143.

²⁷ Claus Roxin, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Bogota, 2004.

²⁸ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 53.

²⁹ *Ibidem*, p. 53.

discrecionalidad de funcionario alguno³⁰. No obstante, en países como Alemania, con fundamento en el **principio de oportunidad**, la Fiscalía puede decidir sobre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aún cuando la investigación conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicado cometió un delito. Con todo, es la **ley**, la que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio³¹.

d. Existe una clara distinción de las funciones de acusación y juzgamiento en órganos distintos. Así, el sistema se estructura sobre una contienda entre dos partes, acusador y acusado, resuelta por un funcionario judicial independiente e imparcial.

e. Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “*igualdad de armas*”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “*que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación*”³².

f. El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad. Así, todo lo que sucede en el proceso, bien sea el interrogatorio del testigo, la producción de la prueba o los alegatos, deben ser llevados a cabo oralmente. De igual manera, la etapa de juzgamiento es pública, con determinadas restricciones, con el propósito de consolidar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia; e igualmente, el juicio se debe llevar a cabo en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que un proceso penal afecta severamente los derechos fundamentales del sindicado, y asimismo, la efectividad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo³³.

g. En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.

³⁰ Faustino Cordón Moreno, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 2002, p. 21.

³¹ La StPO de 1987 (Ordenanza del Proceso Penal) establece las siguientes causales de procedencia del principio de oportunidad cuando (i) el reproche por el hecho es insignificante y no existe interés alguno en la persecución penal; (ii) el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo; (iii) el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal; y (iv) existen intereses estatales prioritarios.

³² Tribunal Constitucional Español, STC 90/ 1994.

³³ Claus Roxin, *ob. cit.* p. 116.

h. En lo que concierne a los juicios en ausencia, el Código Procesal Penal Alemán, en su artículo 276 dispone “*Un inculpado se considera ausente si su residencia es desconocida o si reside en el extranjero y su comparecencia ante el tribunal competente no es factible o apropiada*”, y más adelante, el artículo 285 reza “*Contra el ausente no tendrá lugar ninguna vista oral*”³⁴.

En suma, la realización de un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo evidencia, una vez más, que el nuevo modelo procesal penal colombiano no se adscribe a ninguno de los anteriores sino que por el contrario presenta numerosas e importantes particularidades, que es preciso tener en cuenta al momento de interpretar la Ley 906 de 2004.

3. Examen material de las normas acusadas.

1. ARTÍCULOS 16, 154 (PARCIALES) Y 284.

Artículo 16. *Inmediación.* En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.”

“**Artículo 154. Modalidades.** Se tramitará en audiencia preliminar:

(...)

2. La práctica de una prueba anticipada.

Artículo 284. Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.

³⁴ Código Penal Alemán StGB y Código Procesal Penal Alemán StPO, Emilio Eiranova Encinas (Coord.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 186.

2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.

3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Parágrafo 1°. Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento.

Parágrafo 2°. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

Parágrafo 3°. En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.

a) Cargos de la demanda

La demandante argumenta que los apartes y artículos subrayados vulneran el principio de inmediación de la prueba en juicio, porque *“lo que se desarrolla es que antes del juicio y en presencia del juez de control de garantías, que no puede ser nunca el juez que va a dirigir el juicio, se puedan practicar pruebas, que además tengan vocación de permanencia”*. Agrega, que fue la voluntad del constituyente que en presencia del juez de conocimiento se practicaran todas las pruebas, y luego de escuchar a las partes, se entrara a decidir; por el contrario, las disposiciones acusadas conducen a que se tengan en cuenta pruebas en el juicio oral que no fueron practicadas en presencia del juez de conocimiento.

b) Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público considera que la práctica de pruebas anticipadas, en casos excepcionales y ante el juez de control de garantías, no vulnera el principio de inmediación probatoria, motivo por el cual solicita a la Corte declarar exequibles los artículos y expresiones acusadas, por las siguientes razones.

Existen dos parámetros constitucionales para el resolver el cargo de inconstitucionalidad planteado: el artículo 29 según el cual todo sindicado tiene derecho a presentar y controvertir pruebas; y el artículo 250, conforme al cual corresponde a la Fiscalía General de la Nación solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la conservación de la prueba, así como presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

Agrega que el principio de inmediación probatoria, en un sistema acusatorio, tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar un juicio lo más justo posible, en donde el funcionario judicial que deba dictar sentencia, de una parte tenga el conocimiento directo de la prueba y ejerza el control sobre la forma como la misma se produce; y de otro lado, no sea contaminado con ella antes de iniciarse el juicio oral, de modo que se acerque a la prueba de la forma más imparcial posible. De hecho, según el literal k del artículo 8 del C.P.P. el sindicado puede renunciar a tal garantía.

No obstante lo anterior, es preciso reconocer que determinados elementos materiales probatorios, imprescindibles para descubrir la verdad, pueden desaparecer por circunstancias ajenas al querer de las partes antes de ser llevadas a juicio, motivo por el cual el legislador, de manera excepcional, facultó a que tales pruebas pudiesen ser valoradas por el juez de conocimiento. Se trata, por supuesto, de una excepción al principio de inmediación, en la medida en que no es practicada y controvertida ante el juez de conocimiento.

Agrega que el derecho a pedir pruebas anticipadas también es un derecho de renuncia a una garantía, en la medida en que el legislador ha señalado que la realización de un juicio oral, público, con inmediación de la prueba es un derecho del imputado cuyo ejercicio es renunciabile.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar exequibles las disposiciones demandadas por cuanto la práctica de la prueba anticipada surge como un mecanismo excepcional sometido a la concurrencia de ciertas condiciones objetivas y con una finalidad específica: que sea fundada sobre motivos de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

Aunado a lo anterior, la práctica de la prueba anticipada está rodeada de todas las garantías propias del debido proceso, a saber, posibilidad de ser solicitada por la Fiscalía General de la Nación, por la defensa o por el Ministerio Público en algunos casos, se practica ante el juez de garantías y

en audiencia pública, procediendo los recursos pertinentes contra la decisión de practicar la prueba.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación solicita a la Corte declarar exequibles las normas acusadas por cuanto el nuevo proceso penal se orienta, entre otros aspectos, a la búsqueda de la verdad real y a la realización de la justicia material, con el propósito de obtener una pronta y cumplida justicia.

En la materialización de este propósito resulta plenamente válida la práctica de pruebas anticipadas, teniendo en cuenta que las mismas no constituyen la regla general, sino una circunstancia excepcionalísima prevista por el legislador. Cita como ejemplo, el caso de una persona que ha sido testigo de un hecho punible y se encuentra en riesgo de muerte, no siendo posible esperar ante la audiencia de juzgamiento. En tales situaciones se debe practicar una prueba anticipada.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo considera que la Corte debe declarar exequibles las disposiciones acusadas por cuanto la prueba anticipada reúne todos los requisitos consagrados en el artículo 29 Superior, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, como quiera que presenta las siguientes características:

1. Principio de legalidad: la prueba anticipada es practicada por un juez de control de garantías.
2. Principio de publicidad: la prueba es practicada en audiencia pública, o sea, no es secreta ni reservada.
3. Principio de contradicción: la prueba es practicada con participación de las partes, las cuales pueden interponer recursos.
4. Principio de garantías procesales: la prueba se practica con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Agrega que las normas son conformes con la filosofía que inspira al Estado Social de Derecho, por cuanto procura la efectividad de los derechos y la prevalencia del derecho sustancial.

Por último, considera que debe tratarse de una medida realmente excepcional por cuanto a la Fiscalía le queda más fácil practicar pruebas anticipadas que al investigado, pues aquella dispone de una infraestructura y de personal especializado en materia probatoria.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar exequibles las disposiciones acusadas por cuanto la práctica de pruebas anticipadas es una excepción aplicable a los eventos en los que se presenten situaciones extremas, como por ejemplo, cuando un testigo padece una enfermedad terminal. En nada se contraría, en consecuencia, el espíritu del sistema acusatorio.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas. Fundamenta su solicitud en que el principio de inmediación de la prueba no es absoluto y por lo tanto debe admitir excepciones, puesto que sólo así podrán garantizarse en algunos casos la práctica de ciertas pruebas que no pueden esperar hasta el momento en que el juez de conocimiento las practique.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

El ciudadano comienza su intervención afirmando que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la demanda de inconstitucionalidad debe cumplir con el requisito de razones ciertas, el cual permite concluir que la norma demandada existe como tal en el mundo jurídico. La demandante en el primer punto de la demanda, al transcribir la norma que considera inconstitucional, esto es, el artículo 16 de la ley 906 de 2004 reproduce una norma que no corresponde al texto definitivo del artículo tal como quedó después de que el Presidente de la República expidiera el decreto 2770 de 2004 por medio del cual se corrigen los yerros de la ley en mención; en efecto, este decreto excluyó del artículo 16 el aparte “*o ante el juez de conocimiento, según el caso*” debido a que de acuerdo con el esquema proyectado para el nuevo sistema, sólo se permite la práctica de la prueba anticipada en audiencia ante el juez de control de garantías y no ante el juez de conocimiento como fue aprobado en el Congreso de la República.

A continuación explica porqué el conjunto de las normas demandadas lejos de vulnerar el principio de inmediación está diseñado para que entre otros aspectos pueda verse cumplido el mandato del artículo 29 de la Constitución al garantizarle al imputado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Así, uno de los cambios radicales del nuevo sistema es el que se le otorga al juicio la dimensión de eje sobre el cual gira el proceso, lo cual significa que es este momento procesal el escenario privilegiado y exclusivo de la práctica de la prueba. Este punto tiene implicaciones trascendentales ya que tal eventualidad genera la desjudialización de la prueba durante la investigación. A diferencia de lo que ocurre bajo la vigencia de la

normatividad procesal de tendencia inquisitiva en la que la práctica de la prueba realizada en la etapa de la investigación tiene plena validez en el juicio y el juez cuenta con plena libertad para valorarla y decidir con fundamento en ella, en el nuevo esquema sólo es prueba la que se practica en el juicio, eliminándose así el principio de permanencia de la prueba de acuerdo a lo establecido en el acto legislativo 03 de 2002.

Argumenta que, a pesar de que el diseño de la nueva sistemática excluye la práctica de pruebas al margen del juicio oral, se han tenido en cuenta algunas circunstancias que pueden presentarse antes de la formulación de la acusación e incluso antes de la formulación de la imputación que pueden provocar la pérdida o alteración del medio probatorio en desmedro del derecho de defensa del imputado o acusado y del desarrollo efectivo del juicio.

Agrega que las normas acusadas son desarrollos directos del acto legislativo 03 de 2002 y contiene los elementos más característicos de un sistema con clara tendencia acusatoria. En primer término le otorga rango jurídico de prueba a aquella practicada en la audiencia de juicio oral el cual se llevará a cabo con todas las garantías para las partes y cumpliendo con los principios de contradicción, inmediación, concentración y publicidad. Antes de la iniciación del juicio oral no existe prueba como tal.

En segundo lugar, se prohíbe expresamente comisionar la práctica de la prueba, instrumento jurídico característico de los sistemas inquisitivos que obvian el principio de inmediación o lo consagran sin garantizar su aplicación efectiva.

En suma, concluye el ciudadano afirmando que la prueba anticipada en nuestro medio y en cualquier otro, no sólo resulta necesario por las circunstancias, sino también constitucional porque responde a los requerimientos del derecho de defensa del artículo 29 superior, artículo que no debe ser obviado a la hora de analizar el artículo 250 de la Constitución.

i) Problemas jurídicos que debe resolver la Corte Constitucional.

La Corte examinará si la práctica de pruebas anticipadas, en circunstancias excepcionales, durante una audiencia ante el juez de control de garantías, vulnera o no el principio según el cual se debe llevar un juicio público, oral con inmediación de la prueba, teniendo en cuenta que de ser posible las mismas serán repetidas en el curso de aquél.

k) Consideraciones de la Corte.

1. Asunto procesal previo.

Un ciudadano interviniente sostiene que la demandante no cumplió con el requisito de transcribir adecuadamente la norma legal acusada, por cuanto mediante el decreto 2770 de 2004 se corrigió un yerro de publicación, suprimiéndose la expresión “o ante el juez de conocimiento, según el caso”, habiendo sido publicada, por segunda vez, la Ley 906 de 2004 en el Diario Oficial núm. 45.658 del 1º de septiembre de 2004, lo cual conduciría a un fallo inhibitorio de la Corte por inepta demanda.

Al respecto, esta Corporación considera que, independientemente de si el Presidente de la República se encuentra o no facultado para hacer correcciones como las que introdujo mediante el decreto 2770 de 2004 a la Ley 906 de 2004, en el presente caso, tal discusión resulta irrelevante para fallar por cuanto lo cierto es, con base en el segmento normativo transcrito en la demanda, la ciudadana planteó un cargo global de inconstitucionalidad, según el cual en un sistema acusatorio son inadmisibles las pruebas anticipadas, por cuanto desconocen el principio de inmediatez.

2. La práctica de pruebas anticipadas, en circunstancias excepcionales no vulnera el principio de inmediación de la prueba en un sistema acusatorio.

La ciudadana demanda la inconstitucionalidad de las expresiones “*Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías*” y “*la práctica de una prueba anticipada*”, de los artículos 16 y 154 del C.P.P. respectivamente, así como la totalidad del artículo 284 de la misma normatividad, por cuanto, a su juicio, constituyen vulneraciones al principio de inmediación de la prueba, consagrado en el nuevo artículo 250.4 constitucional, ya que “*lo que el constituyente quiso al constitucionalizar esa expresión es que en presencia del juez de conocimiento desfile toda la prueba y sobre esa universalidad, luego de oír a las partes, decida. Y en cambio con la prueba anticipada, propuesta por el legislador, se propone que prueba que no ha sido practicada de frente al juez que decide, la tenga en cuenta para fundamentar su decisión final*”. En otras palabras, la demandante plantea un cargo de inconstitucionalidad global según el cual la figura de la prueba anticipada es inconcebible en un sistema procesal acusatorio, y por ende, los artículos legales que la regulan resultarían ser contrarios a la Constitución.

La totalidad de los intervinientes, al igual que la Vista Fiscal, consideran que las normas legales acusadas deben ser declaradas exequibles, por cuanto, en determinados casos excepcionales, se justifica la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías. En igual sentido se pronunciará la Corte, por las razones que pasan a explicarse.

En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de **permanencia de la prueba**, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e intermediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

Además es preciso tener en cuenta, que el nuevo modelo acusatorio es un *sistema de partes*, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado.

En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente “*pruebas*”, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros. En el escrito de acusación, el cual se presenta ante el juez de conocimiento en el curso de una audiencia de formulación de acusación, el fiscal deberá descubrir las pruebas de cargo, incluyendo los elementos favorables al acusado. A su vez, podrá solicitarle al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Posteriormente, en el curso de la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la defensa deberán enunciarle al juez de conocimiento la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral, pudiendo solicitársele la aplicación de la regla de exclusión. Finalmente, en virtud del principio de intermediación de la prueba en el juicio

oral, se practicarán las pruebas que servirán para fundamentar una sentencia.

En efecto, el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquella posibilidad “*que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal*”³⁵. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin³⁶, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales³⁷.

Ahora bien, el examen de constitucionalidad de las pruebas anticipadas en el nuevo C.P.P. debe realizarse, no sólo frente a la expresión “*con inmediación de las pruebas*” del artículo 250.4 Superior, como lo pretende la demandante, sino además tomando en consideración otros artículos de la Constitución como el 29 y el 250.1.

En tal sentido, el artículo 29 dispone que toda persona tiene derecho a “*presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*”, e igualmente que “*es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. De allí que, en materia probatoria, rigen los principios de legalidad de la prueba, contradicción y publicidad, los que se cumplen respecto de la práctica de pruebas anticipadas según lo dispone el artículo 284 del C.P.P., y por lo tanto, la posibilidad de la práctica de éstas pruebas anticipadas es una particularidad de nuestro sistema procesal penal, que se ajusta a la Constitución como pasa a explicarse.

De conformidad con el **principio de legalidad**, cualquier prueba debe ser decretada y practicada por una autoridad competente. En tal sentido, el artículo 284.1 de la Ley 906 de 2004 dispone que durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá

³⁵ Gerd Pfeiffer, *Libro homenaje a Bemmman*, Munich, 1997, citado por O.J. Guerrero, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005.

³⁶ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, p. 395.

³⁷ En palabras de Lorenzo Bojosa Vadell “Las exigencias del principio de contradicción y el de inmediación exigen distinguir entre actos sumariales y actos de prueba y conlleva la necesidad de dar valor probatorio únicamente a la prueba practicada en la fase de juicio oral, con la estricta excepción de las **pruebas anticipadas** y preconstituidas, siempre que se hayan llevado a cabo las debidas garantías, principalmente el cumplimiento del deber de información e ilustración de sus derechos al imputado con el fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y esta sea obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales”, en “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, dic. 2004, p. 58.

practicar cualquier medio de prueba pertinente, a condición de que “*sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías*”.

En relación con el **principio de publicidad**, la prueba no puede ser practicada de manera secreta u oculta, sino de cara al imputado y a la sociedad. En concordancia con lo anterior, en un sistema de tendencia acusatoria, dicha prueba deberá ser practicada durante una audiencia pública, requisito que expresamente se encuentra consagrado en el artículo 284.4 del nuevo C.P.P.

Así mismo, en virtud del **principio de contradicción**, el sindicado en el proceso penal acusatorio debe contar con la facultad de controvertir, en el curso de una audiencia, las pruebas que se alleguen en su contra y de interponer los recursos de ley correspondientes.

Pues bien, siendo el principio constitucional de contradicción de la prueba una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo, es preciso señalar que la Corte se refirió al contenido de aquél en sentencia C- 830 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, en los siguientes términos:

“Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.”

Más recientemente, la Corte en sentencia C- 798 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño³⁸, ahondó en la ausencia de contradicción entre el principio de contradicción de la prueba y la procedencia de pruebas anticipadas, de la siguiente manera:

“Ahora bien, como lo indica el actor, para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer. Pero, esta garantía del principio de contradicción de

³⁸ S.V. del Magistrado Rodrigo Escobar Gil. Salvamento parcial de voto y aclaración del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

la prueba no se opone a la procedencia y legitimidad de las pruebas anticipadas, aún si se obtuvieron sin la citación de la futura contraparte, dado que la determinación de la validez y la eficacia de la prueba anticipada no asisten al juez que la practica sino al juez que conoce de la controversia o ante quien se pretenda hacerla valer. (subrayas agregadas).

En tal sentido, la regulación legal de la prueba anticipada también se ajusta al principio de contradicción por cuanto el artículo 284.4 del nuevo C.P.P. dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública “y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio”. De igual forma, de conformidad con el segundo párrafo de la misma norma, contra la decisión de practicar una prueba anticipada “*proceden los recursos ordinarios*”, y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que éste reconsidere la medida, no siendo su decisión objeto de recurso.

Además, en atención al tercer párrafo del artículo 284 del C.P.P., de ser posible, el juez ordenará la **repetición** de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.

Más allá del sometimiento de la regulación legal de la prueba anticipada a los mencionados principios constitucionales, la misma resulta ser conforme con la Constitución por cuanto (i) a la Fiscalía General de la Nación le fue asignada, en el artículo 250.1, la función de “*conservación de la prueba*”; (ii) por el carácter **excepcional** y **urgente** de la práctica de aquella; y (iii) ya que garantiza la vigencia de un equilibrio procesal inherentes a cualquier sistema acusatorio.

En efecto, la Fiscalía General de la Nación debe tomar las medidas necesarias para preservar la prueba, lo cual implica facultarla para acudir ante el juez de control de garantías con el propósito de que sea practicada de manera urgente una prueba que, por diversas circunstancias, corre inminente riesgo de desaparecer, imposibilitándose de esta manera el cumplimiento de los deberes estatales consagrados en el artículo 2 Superior, y en especial, haciéndose nugatorios los derechos fundamentales de las víctimas.

De igual manera, el **carácter excepcional** de la prueba anticipada constituye una salvedad justificada constitucionalmente aceptable al principio de inmediatez de la prueba en el juicio oral. Al respecto, en el texto de la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, se argumenta lo siguiente en relación con aquella variedad de prueba:

“Teniendo en cuenta que **desde la perspectiva del derecho**

comparado, incluyendo los sistemas acusatorios más puros, se reconoce la posibilidad de practicar de manera excepcional alguna prueba anticipada a la realización del juicio oral, se consagra el instituto de la prueba anticipada como una excepción al principio de inmediación. (negrillas agregadas).

Por consiguiente, podrá solicitarse ante el juez de conocimiento la práctica de una prueba anticipada al juicio oral, siempre y cuando sea indispensable hacerlo de manera inmediata para evitar su pérdida o la alteración misma del medio probatorio.

Para que la prueba anticipada pueda ser tenida en cuenta se requiere como requisito *sine qua non*, so pena de exclusión, que su práctica sea fácticamente imposible de repetir durante la vista pública y se lleve a cabo con intervención del juez, dando plena oportunidad de ser controvertida³⁹.

De hecho, en el actual artículo 284.3 de la Ley 906 de 2004 se establece que la prueba anticipada se decretará y practicará cuando existan “*motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio*”, lo que evidencia la naturaleza excepcional de aquélla. Se trata de casos, por ejemplo, en los cuales un testigo se encuentra padeciendo una enfermedad terminal, y por ende, se teme que no alcance a rendir su testimonio durante el juicio oral.

Aunado a lo anterior, el **juez de control de garantías** debe verificar que efectivamente exista una situación excepcional y urgente que justifica la práctica de una prueba anticipada, que de ser posible será repetida durante el juicio oral. En caso de no presentarse tal situación, el juez deberá negar la petición que le fue elevada en tal sentido.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional foránea ha considerado que la existencia de pruebas anticipadas no se contrapone a la naturaleza de un sistema procesal con elementos de corte acusatorio, entre ellos, el juicio oral con inmediación de la prueba, a condición de que se cumplan ciertos requisitos (i) que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (*elemento material*); (ii) que sean practicadas por autoridad competente (*elemento subjetivo*) y (iii) que se garantice el ejercicio del derecho de contradicción (*elemento objetivo*)⁴⁰.

En el caso de la prueba anticipada regulada en el nuevo C.P.P. se tiene que el artículo 284.2 dispone que aquella podrá ser solicitada por el Fiscal

³⁹ Gaceta del Congreso núm. 339 de 2003.

⁴⁰ Tribunal Constitucional español, STC 141/2000. Ver sobre el mismo tema Manuel Jaen Vallejo, *Derechos fundamentales del proceso penal*, Bogotá, 2004.

General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112 de la misma normatividad, es decir, en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. De tal suerte que, en materia de solicitud de práctica de pruebas anticipadas, las normas acusadas constituyen una excepción válida al principio de inmediación, ya que aseguran la vigencia del principio de igualdad de armas.

En este orden de ideas, la Corte considera que no está llamado a prosperar el cargo global que dirigió la ciudadana contra ciertas expresiones de los artículos 16 y 154 del C.P.P. y la totalidad del artículo 284, en el sentido de vulnerar el principio de inmediatez de la prueba, motivo por cual serán declarados exequibles pero únicamente por el estudiado cargo global.

2. ARTÍCULO 20 PARCIAL.

“Artículo 20. *Doble instancia.* Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.

El superior no podrá agravar la situación del apelante único.

a) Cargos de la demanda

A juicio de la demandante el aparte subrayado vulnera el inciso segundo del artículo 31 Superior, porque la prohibición de reformar en contrario está consagrada constitucionalmente a favor del condenado, “*mientras que el legislador la ha ampliado a cualquiera de los intervinientes, con tal de que sea apelante único*”.

b) Concepto del Ministerio Público.

La Vista Fiscal considera que la prohibición de *reformatio in pejus* constitucionalmente se reconoce a favor del condenado, pero nada impide que tal garantía se extienda a las demás partes e intervinientes en la actuación penal.

En tal sentido, conceptúa que la interdicción de reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal que vincula al *ad quem* de una parte con las pretensiones del apelante único, pero además lo limita en cuanto no puede afectar en mayor medida la condición de éste, que es quien por virtud del recurso lo ha investido de competencia para conocer de la actuación.

Agrega que la Carta Política consagra unos parámetros mínimos de protección que pueden ser superados por el Congreso de la República, mientras no afecte la integridad de la Constitución. En otros términos, la Constitución no prohíbe reconocer la prohibición de *reformatio in pejus* a otros impugnantes únicos y frente a otras decisiones distintas a la sentencia. Piénsese, por ejemplo, en el fiscal, el Ministerio Público y la víctima.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la disposiciones demandada por cuanto, a su juicio, no se estructura un cargo de inconstitucionalidad. De manera subsidiaria, demanda a esta Corporación declarar exequible el segmento normativo acusado por cuanto la alusión que realizó el constituyente al concepto de condenado no puede ser observada bajo un tenor literal. Cita al respecto las sentencias T- 082 de 2002 y SU 327 de 1995.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación interviene en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la norma, argumentando que la demandante se equivoca cuando considera que el espectro de la expresión apelante único cobija a todas las demás partes. Agrega que “*Se arriba a esta conclusión con el sentido constitucional que sobre el mismo ha expresado la Corte y que esta intervención considera oportuno recordar para enervar la incorrecta hermenéutica que se realiza de la demanda*”. A continuación se cita la sentencia T- 105 de 2003.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo considera que la norma es conforme con la Constitución por cuanto la ampliación que operó de la prohibición de la *reformatio in pejus* constituye un desarrollo del artículo 94 Superior. Agrega que si en materia civil y laboral aplica el mencionado principio, no se entiende por qué la víctima de una delito, al iniciar el incidente de reparación integral para el reconocimiento de los perjuicios, no pueda apelar con tranquilidad el auto que los tase, en el entendido de que el *ad quem* no los va a rebajar.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión acusada por cuanto la garantía constitucional de la no reforma en perjuicio la consagra la Carta para aquellos eventos en que el recurrente sea el procesado.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar exequibles la expresión acusada. Fundamenta su solicitud en las siguientes apreciaciones.

El artículo 20 de la Ley 906 de 2004 no se refiere únicamente a las sentencias sino también a los autos que se profieran a lo largo del proceso penal y que afecten la libertad, la práctica de pruebas o que tengan efectos patrimoniales. Así pues, el principio de la no *reformatio in pejus* se hace extensivo a todo sujeto procesal y no sólo a la sentencia, lo cual no vulnera, de manera alguna, el artículo 31 constitucional.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente, el cargo se plantea sin detenerse en la lectura total del artículo, ya que, si bien es cierto que el inciso segundo del artículo 20 de la ley 906 señala que el superior no podrá agravar la situación del apelante único, no puede concluirse de esto que se le haya extendido el beneficio contenido en la disposición a todos los intervinientes ya que el contexto integral de la norma presenta el derecho a interponer el recurso de apelación en ciertos casos a favor del procesado ratificándose en esos eventos la prohibición constitucional de agravar su situación cuando sea apelante único.

La razón está relacionada con lo se ha entendido por la jurisprudencia y la doctrina de la garantía de la no *reformatio in pejus*, beneficio que está concebido para amparar al condenado o al acusado, o como se consagra en el primer inciso del artículo 20 al imputado, y no como erróneamente piensa la actora a favor también de los otros intervinientes. Si así lo hubiera querido la Comisión redactora y el Congreso de la República se tendría constancia al respecto, sin embargo no hay tal. La norma como fue aprobada en el último debate en la plenaria del Senado de la República no difería en nada de la presentada casi dos años antes por la Corporación Excelencia en la Justicia en el borrador del proyecto sobre el cual trabajó la Comisión Redactora Constitucional. Por lo tanto se debe concluir que la norma no extiende a los intervinientes la protección de la garantía que tal como ha sido concebido por la doctrina y la jurisprudencia es un desarrollo del principio de congruencia.

En este orden ideas, observa que la garantía aquí brevemente reseñada ha sido diseñada para salvaguardar el debido proceso del condenado evitando que las decisiones sean revisadas y revocadas en contravía del interés del sentenciado siempre que sea demandante único, es decir que exista único interés o bien se presenten múltiples intereses pero no confrontados. El fundamento es lógico ya que la intervención del superior es dispositiva pues depende de la voluntad del actor, lo que significa que el juzgador de segunda instancia no puede ir más allá de la pretensión formulada.

El interviniente concluye que la esfera de protección de la garantía de la no *reformatio in pejus* permanece intacta en el nuevo código de procedimiento penal, es decir, es el condenado el único que puede verse beneficiado por la institución. Además, como se sostuvo en la parte inicial de este punto, la lectura que hace la demandante no es integral pues sólo tiene en cuenta el inciso segundo del artículo 20, obviando el primero que hace referencia a los derechos del imputado o acusado para imponer el recurso de apelación; por esta razón, al estar claro que estas garantías se predicán del procesado, no se incluyó en el segundo inciso el término condenado contenido en el artículo 31 de la Constitución Política sin que esto convierta la norma en inconstitucional.

i) Problema jurídico.

Debe establecer la Corte si el legislador vulneró o no el artículo 31 constitucional por el hecho de haber dispuesto que el superior no podrá agravar la **situación** del apelante único, es decir, de cualquier interviniente, y no sólo del condenado.

j) Consideraciones de la Corte Constitucional.

La demandante alega que la expresión “*el superior no podrá agravar la situación del apelante único*”, del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, vulnera el artículo 31 Superior por cuanto el legislador amplió a los demás intervinientes en el proceso penal, y no sólo al condenado, la garantía de la interdicción de la *reformatio in pejus*.

Un interviniente sostiene que no se estructuró un cargo de inconstitucionalidad, por cuanto no se cumplió con los requisitos de especificidad y claridad; otros que la demandante está acordándole a la norma legal un significado que no tiene, ya que de la lectura de la misma no se deriva que los demás intervinientes en el proceso penal gocen de la garantía de la no *reformatio in pejus*; la Defensoría del Pueblo y la Vista Fiscal, por su parte, consideran que la disposición acusada, efectivamente, amplió dicha garantía al fiscal, al Ministerio Público y a la víctima, pero que no por ello se vulnera la Constitución, debido a que la misma establece sólo unos parámetros mínimos superables por el legislador. Por último, un interviniente sostiene que le asiste razón a la demandante, y que por ende, la expresión debe ser declarada inexecutable.

La Corte considera que una interpretación exegética de la disposición legal acusada arroja como resultado una aparente discordancia entre aquella y el texto del artículo 31 constitucional. En efecto, mientras que la Carta Política alude al agravamiento de una **pena** cuando el **condenado** sea apelante único, la norma acusada se refiere a la **situación** de un **apelante** único.

Ahora bien, desde un punto de vista material, resulta evidente que la norma legal abarca la situación de hecho descrita por la norma constitucional, y en tal sentido, no estaría contradiciéndola, tal y como lo sostienen algunos intervinientes. El problema jurídico surge cuando (i) se entiende que la norma legal no sólo comprende la imposición de una **pena**, mediante la cual se da por terminado en primera instancia un proceso penal, sino que abarca un espectro mucho más amplio de supuestos procesales comprendidos en el concepto amplio de “*situación*”; y (ii) por cuanto según la expresión acusada la garantía de la interdicción de la *reformatio in pejus* se extiende no sólo al **condenado**, como lo establece la Constitución, sino a cualquier apelante único.

En tal sentido la Corte examinará, en el contexto del sistema acusatorio, cada uno de los elementos que conforman la disposición acusada, es decir, qué se entiende por “*superior*”, “*situación*” y “*apelante único*”. A continuación, dado que la puesta en marcha de un nuevo modelo procesal penal no implica, *per se*, que la Corte no pueda tomar en consideración la jurisprudencia que venido sentando en materia de garantías procesales, en este caso la interdicción de la *reformatio in pejus*, pero que, al mismo tiempo, aquélla debe armonizarse con los principios rectores del nuevo sistema procesal penal, esta Corporación (i) examinará brevemente las líneas jurisprudenciales constitucionales existentes en relación con los límites a la competencia del superior jerárquico y (ii) analizará si la extensión de dicha prohibición a favor de todos los intervinientes en el proceso penal, que sean apelantes únicos, no sólo para efectos del agravamiento de la pena, sino también para una determinada “*situación*”, se ajusta o no a la Constitución, dada la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, y en especial, los derechos de las víctimas en el proceso penal.

1. Examen de los términos empleados por la norma acusada.

En relación con el término “*superior*” es preciso tomar en cuenta que en el nuevo sistema procesal acusatorio se eliminó la segunda instancia en la Fiscalía General de la Nación; en tanto que se creó la figura del juez de control de garantías, y se conservó aquella del juez de conocimiento, aunque con un papel distinto a cumplir durante el juicio oral.

Así las cosas, la alusión al superior, en los términos del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, es una clara referencia a los respectivos superiores de los jueces de control de garantías y de conocimiento, es decir, para los primeros serán los jueces penales del circuito⁴¹; en tanto que para los segundos serán los jueces penales del circuito, la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

⁴¹ Art. 39 de la Ley 906 de 2004.

Mayor dificultad conlleva la interpretación del término “agravar la situación del apelante único”. En efecto, mientras que la Constitución hace referencia al agravamiento de una “pena”, es decir, a la sanción impuesta por un juez al término de un proceso penal, la ley alude a agravar la situación de un apelante único, lo cual presupone, de entrada, que la garantía de la interdicción de la *reformatio in pejus* se extendería a cualquier otra decisión judicial, diferente de aquella de imponer la pena por el juez de conocimiento, adoptada por el juez de control de garantías durante una audiencia, a condición de que la misma fuese apelable, es decir, en los términos del artículo 176 de la Ley 906 de 2004, aquellos “autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias y contra la sentencia condenatoria o absolutoria”.

Debe por tanto examinar la Corte si una norma legal según la cual, la garantía procesal de la interdicción de la *reformatio in pejus* se extiende a cualquier decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento, que sea susceptible del recurso de apelación, así el apelante único no sea el condenado, es o no conforme con la Constitución.

2. Líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte en materia de límites a la competencia del superior jerárquico.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha venido interpretando de manera amplia la garantía procesal de la interdicción de la *reformatio in pejus*. Así, en sentencia T- 474 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, esta Corporación estimó que aquella se trataba de un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho al debido proceso, ínsita en la máxima latina “*tantum devolutum quantum appellatum*”, en virtud de la cual la competencia del superior jerárquico se encuentra limitada en los términos de la impugnación y de las pretensiones que ésta involucra, garantía esta que, en materia penal, constituye una protección al ejercicio del derecho de defensa por parte del condenado. De igual forma se estimó que la expresión “*apelante único*”, requisito necesario para limitar las facultades del juez de segunda instancia, no hace relación exclusiva al número de recurrentes de la sentencia condenatoria, sino a la naturaleza de sus pretensiones. En palabras de la Corte:

*"En el proceso penal actual son claramente distinguibles cuatro partes procesales: el acusado, la parte civil, el Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación. Cualquiera de las tres últimas mencionadas puede pretender legítimamente la condena del acusado; sin embargo, cuando las pretensiones de una de las partes se restringen al plano o interés económico y son, por lo tanto, pretensiones de carácter civil, el ejercicio de recursos en contra de la sentencia condenatoria no conduce a inobservar la interdicción peyorativa o **reformatio in peius**, salvo en lo relacionado con dicha pretensión. No basta que el juez ad-quem se limite a contabilizar el*

número de partes recurrentes para concluir, eo ipso, la inexistencia de la prohibición constitucional por registrarse una pluralidad de apelantes. Por el contrario, el juzgador debe establecer la naturaleza de las pretensiones esgrimidas y conformar sus facultades decisorias a lo estrictamente permitido por la Constitución. Sería absurdo, y a la vez inconstitucional, acabar agravando la condena de privación de la libertad del procesado, si habiendo apelado la sentencia, el juez decide finalmente aumentar la pena principal por efecto de la pretensión concurrente, pero de naturaleza estrictamente económica, elevada por la parte civil."

Dado que la interdicción de la *reformatio in pejus* es un principio general del derecho procesal, la Corte en sentencia C- 055 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, consideró que el término "**la pena impuesta**" no podía ser entendida únicamente en materia penal, ya que "*la prohibición de fallar en mayor perjuicio del apelante único cobija a toda clase de decisiones judiciales -salvo las excepciones que contemple la ley- e impide que el juez de segundo grado extienda su poder de decisión a aquellos aspectos de la sentencia apelada que no han sido materia de alzada por la otra o las otras partes dentro del proceso y que, de entrar a modificarse, darían lugar a unas consecuencias jurídicas más graves para el apelante de las que ya de por sí ocasiona la sentencia objeto del recurso."*

Posteriormente, la Corte en sentencia SU- 327 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, estimó que la prohibición de la *reformatio in pejus* operaba exclusivamente a favor del condenado y no de los demás sujetos procesales. En palabras de esta Corporación:

*"Por último, valga mencionar que **el principio opera sólo en favor del imputado, y no de los demás sujetos procesales**; por eso, aunque el condenado no recurra y la sentencia sólo sea apelada por la parte acusatoria, el Ministerio Público o la parte civil, el juez de segundo grado debe dictar sentencia absolutoria si encuentra que el hecho no constituye delito o no existe certeza sobre la existencia del mismo o sobre la responsabilidad del procesado (negrillas agregadas).*

(...)

La no interposición oportuna del recurso de apelación por el Fiscal o el Ministerio Público, revelan la conformidad del titular de la pretensión punitiva con los términos del fallo, e implican la preclusión de la oportunidad que el Estado tenía de revisar su propio acto.

Ahora bien, el alcance que la Corte le ha dado a la garantía de la no *reformatio in pejus* es tan amplio que incluso limitaba la operancia del grado jurisdiccional de consulta. Así, en sentencia T- 533 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño⁴², esta Corporación consideró lo siguiente:

“Las amplias facultades del superior que decide la consulta, como un grado de jurisdicción de naturaleza constitucional y cuya limitación ha sido configurada por la ley, deben armonizarse con el principio acusatorio que orienta el proceso penal. Luego, el superior no puede desconocer que cuando sólo el condenado ha apelado el fallo emitido en su contra en un proceso sometido a consulta, la armonización de esta institución con ese principio hace que su oficiosidad se vea restringida y que ante ello opera el principio de limitación que afecta su competencia para circunscribirla a los puntos impugnados y sin que pueda, en manera alguna, agravar la pena impuesta por el a quo. De acuerdo con ello, la competencia ilimitada del superior que decide la consulta tampoco constituye argumento para agravar la pena del condenado que, como apelante único, ha impugnado la sentencia dictada en un proceso para el que se ha previsto ese grado de jurisdicción.

De igual manera, la Corte ha considerado que la prohibición de la *reformatio in pejus* se aplica incluso a actuaciones administrativas. Así, en sentencia T- 033 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se consideró lo siguiente:

*“Se pregunta la Sala si la prohibición de la no “reformatio in pejus” tiene aplicación en la actuación administrativa?. La Corte, en múltiples pronunciamientos ha dado respuesta afirmativa a este interrogante. A este respecto, ha considerado que por ser la **no “reformatio in pejus” un principio general de derecho y una garantía constitucional del debido proceso es aplicable a todas las actividades del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionatorio.** Por ello, esta garantía tiene plena vigencia en las distintas jurisdicciones reconocidas por el ordenamiento jurídico - penal, civil, laboral, administrativo, constitucional-, e incluso, en las actuaciones administrativas. (negrillas agregadas).*

Luego, en sentencia T- 408 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte reiteró sus líneas jurisprudenciales en relación con la prohibición de

⁴² Sentencia reiterada en C- 740 de 2003.

la *reformatio in pejus*, aludiendo además no al término “condena” sino agravamiento de la “*situación del apelante único*”, en los siguientes términos:

*El accionante considera que con su actuación, la Sala de Decisión Civil vulneró el principio de la no reformatio in pejus y, sin duda, en ello se equivoca, porque este principio, que como lo ha dicho la Corte en forma reiterada no sólo es aplicable en el ámbito penal sino en todas las ramas del derecho y también en el campo administrativo, e inclusive en forma restringida cuando se trata de procesos de tutela, se **quebranta cuando el superior adopta una decisión que agrava la situación del apelante único**, pero tal situación se predica en relación con decisiones que comportaron **una sanción** contra el que recurre en apelación y, sólo en ese caso el superior no puede decidir el recurso agravándole la sanción al recurrente, de modo que, si en el caso concreto a la firma, como demandante, no se le había impuesto sanción alguna por parte del Juzgado Doce Civil del Circuito, mal podría hablarse de la violación del principio de la no reformatio in pejus en relación con aquella empresa respecto de la decisión tomada por el juez colegiado de segundo grado.*

Adviértase entonces que, de conformidad con el anterior fallo, la Corte no sólo extiende la prohibición de la *reformatio in pejus* a todas las ramas del derecho, sino que además (i) prefiere emplear el término “*agravar la situación del apelante único*” a aquel de “*condenado*”; y (ii) no utiliza el vocablo “*pena*” sino aquel de “*sanción*”.

Más recientemente la Corte en sentencia T- 105 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, interpretó los conceptos de “*apelante único*” y “*condenado*”, en los siguientes términos:

*“Para poder entender el **concepto de apelante único**, se hace necesario atender no solamente a su sentido formal sino también y en primer lugar a un sentido material, pues puede presentarse el caso en que la sentencia condenatoria sea apelada por varios sujetos procesales y el ad-quem carezca de competencia para agravar la situación del condenado. En este sentido, para determinar en un caso concreto si nos encontramos frente a un apelante único, es **necesario tener en cuenta el interés que tengan los sujetos procesales para recurrir y la situación jurídica en que se encuentren los apelantes**. Por tanto, es necesario distinguir la impugnación a favor y en contra del condenado. Así por ejemplo, si al recurrente en contra del condenado no le asiste interés jurídico para impugnar, el superior que por competencia funcional deba*

desatar el recurso interpuesto, no puede de ninguna manera hacer más gravosa la situación del condenado, que también ha impugnado.

*Con respecto a la identidad de status que deben ocupar los sujetos procesales, hace referencia a que el término “condenado” que estatuye el artículo 31 de nuestra Carta Política **debe entenderse como el sujeto procesal integrado por todos los acusados o sus defensores debidamente reconocidos, sin importar su número.** En esta medida, cuando todos los condenados o sus defensores, y solo ellos, recurran la sentencia de condena, están amparados por el principio constitucional de la prohibición de reformar en perjuicio, pues ostentan la calidad de apelante único.*

Situación diferente a la anterior se presenta cuando la sentencia condenatoria es recurrida por el Ministerio Público o por el Fiscal, en contra del condenado, y por el condenado o su defensor, pues en esta hipótesis el superior sí está autorizado para hacer una revisión integral a la decisión, toda vez que en este caso no está atado a la prohibición de reforma en perjuicio del apelante (negrillas agregadas).

Del examen de las anteriores líneas jurisprudenciales se concluye que la Corte ha considerado que la prohibición de la *reformatio in pejus* (i) va más allá del ámbito estrictamente penal; (ii) su finalidad es aquella de asegurar el ejercicio del derecho de defensa del apelante único; (iii) es una manifestación del principio de congruencia de los fallos y constituye un límite a la competencia del *ad quem*; (iv) el término “pena” abarca cualquier sanción; (v) en algunos casos, el vocablo “condenado” ha cobijado la “situación del apelante único”, y en otros, ha aclarado que el mismo debe entenderse como el sujeto procesal integrado por todos los acusados o sus defensores debidamente reconocidos, sin importar su número; y (vi) a efectos de comprender el alcance del término “apelante único” es necesario tener en cuenta el interés que tengan los sujetos procesales para recurrir y la situación jurídica en que se encuentren los apelantes, siendo indispensable distinguir entre la impugnación a favor y en contra del condenado.

3. El nuevo sistema penal acusatorio, así como los derechos de las víctimas en el proceso penal, amparan la constitucionalidad de la expresión “el superior jerárquico no podrá agravar la situación del apelante único”.

La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la *reformatio in pejus*, a cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de

conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso.

En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de la no *reformatio in pejus* conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del *ad quem* en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.

En efecto, en los sistemas acusatorios existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como los sostiene Maier⁴³, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el *a quo*. Por el contrario, en un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico.

De igual manera, extender la prohibición de la *reformatio in pejus* a cualquier situación es conforme con un principio esencial de los sistemas acusatorios, cual es, la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. En efecto, la imparcialidad del órgano jurisdiccional que se pretende garantizar con el principio acusatorio exige que se impida condenar por hechos distintos de los acusados o a persona distinta de la acusada, es decir, debe existir una correlación entre el acto de acusación y la sentencia⁴⁴.

Así mismo, ampliar la garantía de la interdicción de la *reformatio in pejus* constituye un medio para asegurar en mejor medida los derechos de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación, ya que cuando ésta se constituya en apelante único, el superior jerárquico no podrá desmejorar la situación en relación con el disfrute de tales derechos amparados por la Constitución y por los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

⁴³ Julio Maier, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2002, p. 446.

⁴⁴ Lorenzo Lujosa Vadell, "Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal", *Derecho Penal Contemporáneo*, 2004. p. 55.

En suma, el principio de la limitación al superior se potencia mucho más en la filosofía y dinámica del nuevo sistema procesal penal, pues tratándose de un sistema de partes adquiere mayor sentido un límite para el superior. Por lo tanto, la extensión que el legislador operó de la garantía de la no *reformatio in pejus* es conforme con uno de los principios básicos del **sistema acusatorio**, cual es, limitar las facultades del superior jerárquico en sede de apelación.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión “*El superior no podrá agravar la situación del apelante único*”, del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

3. ARTÍCULO 30 PARCIAL.

“Artículo 30. *Excepciones a la jurisdicción penal ordinaria. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*, y los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena.

a) Cargos de la demanda

Argumenta la demandante que la disposición acusada vulnera el artículo 250 Superior por cuanto el mismo estaría dividido en tres grandes partes (i) la primera según la cual la Fiscalía investiga los hechos que revistan la calidad de delito; (ii) la segunda consagra el principio de legalidad y a renglón seguido aquel de oportunidad; y (iii) finalmente, se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo. A continuación sostiene que “*por la forma de construcción del inciso entiendo que la parte final, donde se refiere a los miembros de la Fuerza Pública es una excepción a la parte inmediatamente anterior, es decir, a que respecto de estos delitos no es posible aplicar la oportunidad. Pero en cambio el legislador lo excepciona para la primera parte, es decir, para que la Fiscalía no pueda investigar delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública y por eso creo que el legislador ha contradicho al constituyente*”.

b) Concepto del Ministerio Público.

Considera la Vista Fiscal que el cargo se fundamenta en una errada interpretación del artículo 250 Superior, y por ende, deberá desestimarse y en consecuencia declararse exequible.

Sustenta su concepto en que el artículo 221 de la Carta Política, establece que de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes

Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Por tal razón, el artículo 250 constitucional, al ocuparse de delimitar el ámbito de competencia de la Fiscalía General de la Nación excluye en su parte final los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

A juicio del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia la Corte debe declararse inhibida para fallar, toda vez que el supuesto cargo no se sustenta en un cuestionamiento jurídico sino en la comprensión y alcance que al mismo da la actora.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte se declare inhibida para adoptar una decisión de fondo puesto que la construcción del cargo de inconstitucionalidad se basa en una interpretación del precepto legal que en modo alguno se deduce de su texto ni de la ley demandada. Agrega que *“En efecto, el artículo 250 constitucional es claro y contundente al excluir los delitos cometidos por miembros activos de la fuerza pública en actos del servicio y con ocasión del mismo, del ámbito de competencia de la fiscalía general de la nación (sic), lo cual es concordante con el fuero militar establecido en el precepto 221 superior”*.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

A juicio de la Defensoría del Pueblo la expresión demandada se ajusta a la Constitución por cuanto repite textualmente lo establecido en el artículo 221 Superior. Agrega que la demandante compara la norma acusada con una sola disposición superior, olvidando realizar una lectura integral de la Carta. En últimas, mal podría interpretarse que la expresión autorice al fiscal a aplicar el principio de oportunidad cuando claramente prohíbe que la jurisdicción ordinaria conozca, mucho menos decida, sobre conductas de competencia de la justicia penal militar.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar exequible la expresión acusada por cuanto la misma se limita a repetir lo dispuesto en las normas constitucionales que regulan el fuero penal militar.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar exequibles la expresión acusada bajo el entendido de que de que el ámbito de la

jurisdicción penal militar debe ser interpretado de manera restrictiva, como e advierte en la sentencia C- 358 de 1997.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente, el cargo no debe prosperar porque la Constitución es clara al exceptuar del ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación los delitos cometidos por los Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, situación que impide que sobre estos casos se aplique el principio de oportunidad; por tal razón no es acertada la lectura que sobre el artículo constitucional hace la actora, la excepción no recae en primera medida en la aplicación del principio de oportunidad sino en el ejercicio de la acción penal por parte de la fiscalía ya que el asunto central de la norma es el principio de legalidad en la persecución penal y como consecuencia de dicha excepción se explica la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad.

i) Problema jurídico.

La Corte debe establecer si el legislador violó el artículo 250 constitucional por cuanto determinó que la Fiscalía General de la Nación no puede investigar a miembros de la Fuerza Pública, cuando lo que realmente señala la norma constitucional, a juicio de la demandante, es que respecto a los delitos cometidos por estos funcionarios públicos no es posible aplicar el principio de oportunidad.

j) Consideraciones de la Corte Constitucional.

La ciudadana alega que la expresión “*Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*” del artículo 30 de la Ley 906 de 2004 vulneraría el nuevo artículo 250 Superior por cuanto, a su juicio, este último estaría significando que en relación con los miembros de la fuerza pública se exceptúa es la aplicación del principio de oportunidad más no, como lo hizo el legislador, la facultad que tiene la Fiscalía para investigarlos.

La totalidad de los intervinientes, al igual que la Vista Fiscal, le solicitan a la Corte declarar exequible la expresión acusada por cuanto la demandante estaría interpretando de manera errónea e incompleta la Constitución, olvidando por completo lo prescrito en el artículo 221 de la misma. Adicionalmente, la Comisión Colombiana de Jurista demanda a esta Corporación declarar exequible la norma acusada, en los términos de la sentencia C- 358 de 1997.

De igual manera, la Corte considera que el cargo no está llamado a prosperar, por las razones que pasan a explicarse.

El artículo 221 de la Constitución dispone que “*De los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro*”. A su vez, el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, luego de establecer que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito; disponer que no podrá suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución de la acción penal, salvo aplicación del principio de oportunidad sometido a control de legalidad a cargo del juez de control de garantías, agrega que “*Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*”.

A primera vista se podría pensar que la expresión final del primer inciso del artículo 3 del Acto Legislativo 03 de 2002 resultaría ser repetitiva o inocua, dado que el artículo 221 de la Constitución excluye del ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. No obstante lo anterior, estima la Corte que en virtud del principio del efecto útil según el cual “*debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias*”⁴⁵, es preciso acordarle un sentido a la mencionada expresión en el contexto de la reforma al sistema procesal penal.

Cabe recordar, que la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades al respecto de los delitos de que conoce la justicia penal militar en los términos del artículo 221 de la Constitución. Es así, como en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó lo siguiente:

“10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta

⁴⁵ Sentencia C- 569 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la

función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.”.

En la misma sentencia, la Corte consideró que “La Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos. Lo anterior no significa que toda diferencia adquiera validez por el simple hecho de que se inserta en una norma especial”.

En efecto, en relación con la expresión “*Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*” contenida en el artículo 250 Superior, al encontrarse ubicada luego de la enunciación de los pilares básicos sobre los cuales se edifica el nuevo sistema de tendencia acusatoria, se constituye en una excepción constitucional a la aplicación del nuevo sistema procesal penal para el caso de los delitos de conocimiento exclusivo de la justicia penal militar.

En otras palabras, una interpretación sistemática del artículo 221 constitucional con la expresión “*Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*”, del primer inciso del Acto Legislativo 03 de 2002 conduce a afirmar que la jurisdicción penal ordinaria es incompetente para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo, y que a su vez, en la justicia penal militar, si bien deben respetarse los principios generales consagrados en la Constitución en relación con el debido proceso y las garantías judiciales, no le resultan igualmente aplicables los principios enunciados en el primer inciso del artículo 250 constitucional, referidos de manera particular al sistema procesal penal con tendencia acusatoria. Es decir, el Acto Legislativo 03 de 2002 no modificó los criterios sentados por la Corte en la citada sentencia C- 358 de 1997, para delimitar las competencias entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar

Ahora bien, el artículo 30 de la Ley 906 de 2004 se encuentra ubicado en el Libro I, Título I “*Jurisdicción y competencia*”, lo cual señala que se trata de una disposición mediante la cual se organiza el funcionamiento de la justicia penal ordinaria; por lo tanto, no guarda relación alguna, como lo pretende hacer ver la demandante, con el contenido del artículo 250 Superior, en lo que concierne a la aplicación o no del principio de oportunidad a los miembros de la fuerza pública. Por el contrario, se trata de un simple desarrollo del artículo 221 constitucional, según cual los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión “*Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*” de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

4. ARTÍCULO 39 PARCIAL.

“Artículo 39. **De la función de control de garantías.** La función de control de garantías será ejercida por un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito.

Si más de un juez penal municipal resultare competente para ejercer la función de control de garantías, esta será ejercida por el que se encuentre disponible de acuerdo con los turnos previamente establecidos. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para conocer del mismo caso en su fondo.

Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y solo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, del municipio más próximo.

Parágrafo 1°. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Parágrafo 2°. Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces de esa categoría, uno de estos ejercerá la función de control de garantías.

a) Cargos de la demanda.

Considera la demandante que la disposición subrayada es contraria a la Carta Política por cuanto el constituyente ha establecido que personas que ocupen determinados cargos deben ser juzgados por el máximo organismo de la justicia ordinaria, como lo es la Corte Suprema de Justicia. Carece por tanto de sentido que *“el Constituyente eleve las categorías de Ministros, Procurador, Defensor, Gobernadores, Magistrados de los Tribunales, pero que los degrade y decida que el juez de control de garantías será un magistrado del Tribunal Superior, Tribunal Superior que es inferior jerárquico de la Corte Suprema de Justicia”*.

b) Concepto del Ministerio Público.

A juicio de la demandante, el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por que el juez de control de garantías no es ni puede asimilarse al juez natural del conocimiento, es decir, al juez o corporación judicial sobre la que recae la responsabilidad de tomar la decisión sobre la causa. En tal sentido, la función del mencionado juez es la de ejercer un control sobre la actividad del fiscal durante la investigación, particularmente cuando se afectan derechos fundamentales.

En este orden de ideas, el juez de control de garantías no investiga a los funcionarios indicados en el numeral 4° del artículo 235 Superior, porque esta competencia fue asignada al Fiscal General de la Nación; ni tampoco los juzga ya que tal labor está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

Agrega que la función que está llamado a cumplir el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá no implica un análisis de la responsabilidad del investigado con base en el material probatorio, pues esta función corresponde realizarla durante la etapa de juicio. De allí que su competencia se limita a ejercer un control judicial previo y en audiencias preliminares sobre las actividades desplegadas por la Fiscalía General de la Nación, autorizarla o no para que tome medidas encaminadas a la conservación de la prueba y la protección de víctimas y testigos, aplicar el principio de oportunidad, así como ejercer un control, dentro de las 36 horas siguientes respecto de la imposición de medidas que afecten los derechos fundamentales.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declararse inhibida para fallar de fondo por cuanto “*se denota en el libelo la ausencia de norma constitucional presuntamente vulnerada por dicha disposición*”.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto no hay que confundir las funciones de juzgamiento, que se mantienen en cabeza de la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria con relación a las personas aforadas, con el control de legalidad formal y material de ciertos actos o medidas adoptadas en una investigación de su competencia.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo considera que la norma es conforme con la Constitución por las razones que pasan a explicarse.

La estructura del nuevo sistema penal acusatorio se encuentra cimentada, entre otras, en la presencia de diferentes actores como son: el fiscal, la policía judicial, el imputado, el defensor, el Ministerio Público, el juez de control de garantías, el juez de conocimiento, los testigos, los peritos, el juez de ejecución de penas y las entidades encargadas de ejecutar físicamente las penas y medidas de seguridad.

Al respecto, cabe señalar que de conformidad con los artículos 174, 175, 178-3, 186, 199 y 235 constitucionales, le corresponde a la Corte Suprema

de Justicia actuar como juez de conocimiento no como juez que ejerce la función de control de garantías, *“esta última función la ejerce otro juez que es el juez de control de garantías, para lo cual no existe fuero constitucional alguno”*.

Agrega que la norma demandada hace realidad el principio de la doble instancia, ya que el nuevo ordenamiento penal dispone que el recurso de apelación procede, entre otras, contra el auto que resuelve sobre la imposición de la medida cautelar y contra el aquel que mediante el cual se decide sobre la imposición de una medida de aseguramiento en el efecto devolutivo. Tanto la medida cautelar como la de aseguramiento son de competencia del juez que ejerce la función de control de garantías. De tal suerte que la decisión que sobre estos asuntos adopte un Magistrado del Tribunal Superior puede llegar por apelación a un Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues el juez de control de garantías es unipersonal.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar exequible la expresión acusada por cuanto los Magistrados del Tribunal Superior ostentan la calidad de jueces, por lo que se les protege su independencia y se trata de funcionario idóneos para cumplir con dicha labor. Es más, de acceder a las pretensiones de la demandante, no queda claro quien cumplirá con las funciones de control de garantías en este tipo de procesos.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar exequible la expresión acusada por cuanto, dentro del proceso penal acusatorio, el juez de garantías actuará en la etapa de investigación, a cargo de la Fiscalía. Una vez proferida la acusación, el proceso pasará al juez de conocimiento, y por lo tanto en esa etapa no actuará el juez de garantías. De esa manera, la relación jerárquica que debe existir es entre la fiscalía y el juez de garantías y no entre el juez de conocimiento y el juez de garantías. Para los procesos penales contemplados en el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución, la ley 906 de 2004 estableció un juez de control de garantías de alta jerarquía, quien asumirá su función mientras dure el proceso ante la Fiscalía. Por lo tanto, sí se estableció un juez de control de garantías de alto nivel, acorde con los funcionarios investigados.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente, el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por varias razones. Así, el juez de control de garantías es una figura creada por el acto legislativo 03 de 2002 y su

finalidad es la de intervenir en aquellas actuaciones que adelanta la Fiscalía durante la investigación y que afectan derechos fundamentales. Este juez de garantías por señalamiento expreso del acto legislativo queda impedido para ejercer como juez de conocimiento con el fin de preservar la imparcialidad de este último quien es el encargado de resolver el asunto en el juicio oral.

En principio se debatió cual debía ser el diseño de la figura del juez de control de garantías; si era apropiado crear para tal fin una categoría especial de funcionarios o asignar la función en cabeza de determinados jueces. Esta última opción triunfó lo cual puede constatarse en el parágrafo primero del artículo 31 (órganos de la jurisdicción) que consagra que también ejercerán jurisdicción penal las autoridades judiciales que “*excepcionalmente cumplen funciones de control de garantías*”. En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 39 pone en cabeza del juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito la función de control de garantías. La norma también establece algunas otras reglas de competencia subsidiarias.

No obstante lo anterior, agrega el ciudadano, el legislador en atención del fuero constitucional que ampara a algunos funcionarios del Estado estableció una razonable excepción a la regla general de competencia.

i) Problema jurídico.

La Corte debe examinar si el legislador vulneró la Constitución al haber establecido que la función de juez de control de garantías en los procesos penales que adelante la Corte Suprema de Justicia la cumple un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

j) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana alega que es contraria a la Constitución la función que el legislador le atribuyó a un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para ejercer como juez de control de garantías en los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia.

La totalidad de los intervinientes, al igual que la Vista Fiscal, consideran que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto el juez de control de control de garantías no juzga realmente al funcionario aforado, sino que tan sólo controla la actividad desplegada en la etapa investigativa por la Fiscalía General de la Nación. Algunos agregan que, la atribución de competencia a un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá constituye una garantía del principio de la doble instancia, por cuanto la decisión desfavorable es apelable ante la Corte Suprema de Justicia.

En este orden de ideas, la Corte examinará (i) el contenido y alcance de la disposición acusada; (ii) las funciones que ejerce el juez de control de garantías; y (iii) si el respeto por los diversos fueros constitucionales se opone o no a que, en los casos de investigaciones y juzgamientos que adelante la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías sea ejercida por un funcionario judicial de inferior jerarquía.

1. Contenido y alcance de la disposición acusada.

La Corte ha considerado que, por regla general, no le corresponde fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control⁴⁶.

Así pues, la disposición acusada se encuentra ubicada en el Capítulo II, “*De la competencia*” del nuevo C.P.P.. En tal sentido dispone que, en **todos** los casos, que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías será ejercida por el un magistrado de la Sala Penal

Ahora bien, en materia de competencias de la Corte Suprema de Justicia, el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo modificación alguna, con lo cual, de conformidad con el artículo 235 de la Constitución, aquella instancia judicial sigue siendo competente para: (i) **juzgar** al Presidente de la República, o a quien haga sus veces, por cualquier hecho punible que se le impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3; (ii) **juzgar** a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3; (iii) **investigar y juzgar** a los miembros del Congreso; y, (iv) **juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación**, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefes de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen. En otras palabras, el Acto Legislativo 03 de 2002 no modificó ninguno de los tres fueros constitucionales de investigación y juzgamiento existentes.

En tal sentido, cuando la disposición acusada alude a que “*En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia*”, debe entenderse en el contexto del Acto Legislativo 03 de 2002, es decir, que la figura del juez

⁴⁶ Sobre la relación entre control constitucional e interpretación legal, ver, entre otras, las sentencias C-109 de 1995, C-496 de 1994, C-389 de 1996, C-488 de 2000 y C-1255 de 2001

de control de garantías interviene sólo en aquellos procesos con características de sistema acusatorio, es decir, en aquellos en que la investigación es adelantada por la Fiscalía General de la Nación, para los cuales no está previsto un procedimiento constitucional especial.

En efecto, la intervención del juez de control de garantías se prevé para los casos en que el juzgamiento por parte de la Corte Suprema se realiza previa acusación del fiscal, es decir, específicamente para aquellos funcionarios determinados en el numeral 4 del artículo 235 Superior, cuyo fuero está consagrado, en ésta disposición, solo para la etapa del juzgamiento.

Cabe recordar, que el procedimiento para el juzgamiento de los funcionarios a que alude el artículo 174 Superior esta previsto directamente por la Constitución en el artículo 175, que consagró de tal manera para éstos un fuero para todo el procedimiento, así como también para los Congresistas, para los que por disposición del numeral 3 del artículo 235 Superior, su investigación y juzgamiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, no es a éstos casos a que se refiere la disposición acusada.

2. Funciones constitucionales que ejerce el juez de control de garantías.

El Acto Legislativo 02 de 2003 creó la figura protagónica del juez de control de garantías asignándole competencia para (i) ejercer un control sobre la aplicación del **principio de oportunidad** por parte de la Fiscalía; (ii) adelantar un **control posterior**, dentro del término de treinta y seis horas (36) siguientes sobre las capturas que excepcionalmente realice la Fiscalía; (iii) ejercer un **control previo** sobre las medidas restrictivas de la libertad individual y (iv) llevar a cabo un **control posterior** sobre medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones.

En efecto, el juez de control de garantías, al momento de realizar cada uno de los mencionados controles⁴⁷, deberá ponderar entre el interés legítimo del Estado y la sociedad por investigar comportamientos que atentan gravemente contra bienes jurídicos garantizados constitucionalmente, y en tal sentido, acordarle a las autoridades competentes los medios efectivos para verificar las sospechas, buscar la verdad de los hechos y acopiar el material probatorio necesario para encausar a un ciudadano; los derechos y garantías constitucionales consagrados a favor de la persona procesada; al igual que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

⁴⁷ Sobre las funciones del Juez de control de garantías ver sentencias C-873 de 2003 y C-1092 2003.

En este orden de ideas, la Corte considera que las importantes funciones constitucionales que tiene asignadas el juez de control de garantías, no implican ni interfieren la labor propia que realizar el juez de juzgamiento, la que, de conformidad con el Acto legislativo 03 de 2002, debe estar a cargo de un funcionario distinto. Cabe recordar además, que el juez de control de garantías es de creación constitucional y por lo tanto cumplen una función determinada por la norma Superior, y en éste sentido no pueden ser considerados subalternos o jerárquicamente dependientes de la Corte Suprema de Justicia.

2. La función de juez de control de garantías, en los procesos que adelante la Corte Suprema de Justicia, puede ser desempeñada por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

La Corte considera que la función de juez de control de garantías, en los procesos que adelante la Corte Suprema de Justicia, puede ser desempeñada por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, sin que por ello se esté vulnerando disposición constitucional alguna.

En efecto, en forma reiterada la jurisprudencia de esta Corporación señalado que con fundamento en lo dispuesto por los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, que consagran la llamada cláusula general de competencia, corresponde al legislador regular los procedimientos judiciales y administrativos. Con base en tal facultad general, puede el Congreso Nacional definir las ritualidades propias de cada juicio, la competencia de los funcionarios que deben conocer de los asuntos, los recursos que proceden contra las decisiones, los términos procesales, el régimen de pruebas, los mecanismos de publicidad de las actuaciones, etc.

Ahora bien, al ejercer esta competencia en materia procesal el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración, que se encuentra limitado tan sólo por aquellas disposiciones constitucionales relativas a la garantía de los derechos fundamentales, en especial las referentes al derecho al debido proceso. Razones de política legislativa, cambiantes circunstancias sociales, o diferentes objetivos superiores perseguidos en cada caso por el legislador, pueden dar lugar a regulaciones diversas, de manera que por ello no todas las normas de procedimiento deben ser idénticas. En este sentido, para citar un ejemplo, la Corte ha dicho lo siguiente:

“Como lo ha señalado esta Corporación en numerosas decisiones⁴⁸, en las materias en las que compete al Congreso de la República “expedir códigos en todos los ramos de la legislación,” este goza de

⁴⁸ Véase las Sentencias C-38 DE 1995; C-032 y C-081 de 1996; C-327, C-429 y C-470 de 1997;y, C-198 de 1998.

una importante “libertad de configuración legislativa,” a la que son inherentes mayores prerrogativas de valoración y de regulación normativa, pues, sin ella, no sería posible que, mediante el desarrollo de la función de “expedir las leyes,” pudiese atender los requerimientos y particularidades propias de las cambiantes exigencias de la realidad nacional.

“Esto no significa obviamente que el Congreso pueda configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos, pues -ciertamente- la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a la igualdad (CP art. 13), por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias⁴⁹.

“Ahora bien, en la medida en que la propia Constitución atribuye al órgano legislativo la atribución de legislar en esta materia, es entendido que el Congreso tiene amplia discrecionalidad para regular los procesos y procedimientos judiciales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política.

Así, pues, corresponde a ese órgano político evaluar y definir las etapas, características, términos y demás elementos integrantes de los procedimientos mediante los cuales se adelanten los procesos judiciales.”⁵⁰

Por lo tanto, cuando el legislador dispuso que en los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, no se viola la Constitución, por cuanto, esta norma se aplica únicamente para la investigación de los funcionarios a que se refiere el numeral 4 del artículo 235 Superior, para los cuales, como ya se indicó anteriormente, la misma disposición les consagró un fuero sólo para la etapa del juzgamiento.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el parágrafo primero del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, en el entendido que se refiere a los casos previstos en el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución.

5. ARTÍCULO 58 PARCIAL.

⁴⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-537 de 1993 y C-373 de 1995.

⁵⁰ Sentencia C-135 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz

“Artículo 58. *Impedimento del Fiscal General de la Nación.* Si el Fiscal General de la Nación se declarare impedido o no aceptare la recusación, enviará la actuación a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva de plano.

Si prosperare el impedimento o la recusación, continuará conociendo de la actuación el Vicefiscal General de la Nación.

a) Cargos de la demanda

A juicio de la demandante, la Fiscalía General de la Nación se gobierna por el principio de jerarquía, de tal suerte que todos los fiscales, incluyendo al Vicefiscal, deben acatar las órdenes y directrices del Fiscal General. Si ello es así, agrega, no tiene sentido que norma demandada disponga que de prosperar el impedimento, continúe conociendo el caso el Vicefiscal, “*se estaría cambiando la persona, pero las órdenes las seguiría dando el Fiscal, eso es completamente inmoral*”.

b) Concepto del Ministerio Público.

A juicio de la Vista Fiscal la Corte debe declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la expresión legal atacada por cuanto la demandante no configuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad. En efecto, la disposición se cuestiona por ser “*inmoral*”, mas no por vulnerar directamente ninguna norma constitucional.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

En concepto del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia la Corte declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la expresión legal acusada por cuanto la demandante no configuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

En opinión del Señor Vicefiscal de la Nación el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto el artículo 251 Superior claramente señala que los fiscales delegados gozan de autonomía, por lo que mal puede inferirse desde ya que se presente intromisión por parte del Fiscal General de la Nación en las actuaciones de sus delegados, como es el caso del Vicefiscal. Agrega que, si bien la Fiscalía General de la Nación tiene un esquema piramidal, en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General y que su actividad está sometida a un control jerárquico de natural administrativa, tal circunstancia no afecta la independencia de los fiscales en ejercicio de sus funciones judiciales.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

Para la Defensoría del Pueblo la disposición acusada debe ser declarada inexecutable. En efecto, la Fiscalía General de la Nación se gobierna por el principio de jerarquía, de tal forma que el Vicefiscal está obligado a seguir las directrices fijadas por el Fiscal General, *“lo que implica que el criterio de este último, a pesar de declararse impedido, le sería impuesto en la práctica al Vicefiscal, agente suyo de libre nombramiento y remoción”*. Agrega que la norma acusada vulnera los artículos 29 y 228 constitucionales, así como el numeral 1° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales consagran los principios de independencia e imparcialidad, *“cualidades que no pueden predicarse del Vicefiscal en el caso que nos ocupa”*.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar executable por cuanto la demandante parte de la mala fe de los funcionarios públicos, en tanto que la Constitución presume lo contrario. Agrega que, las aseveraciones de la demandante son insuficientes para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la norma acusada.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión acusada por cuanto en una estructura jerarquizada, como la del ente acusador, el Vicefiscal no podrá actuar de manera autónoma, pues tiene una relación de subordinación con el fiscal. De allí que cuando el Fiscal General de la Nación no puede seguir conociendo de un asunto, lo que debe hacerse es nombrar un Fiscal General *ad hoc* que pueda actuar autónomamente.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente, en el presente punto no se cumplen los requisitos para que pueda configurarse un cargo de constitucionalidad en contra de una norma. Si bien se relaciona el inciso y el artículo demandado no se dice que artículo de la Constitución se está vulnerado ni tampoco se expresan las razones de la violación. La demandante se limita a exponer de manera muy somera un argumento de inconveniencia en contra del artículo relativo al impedimento del Fiscal General de la Nación sin sustentar en ningún momento el motivo de la supuesta inconstitucionalidad.

i) Problema jurídico.

Debe determinar la Corte si vulnera o no la Constitución que el legislador hubiese dispuesto que en caso de que prospere un impedimento o recusación contra el Fiscal General de la Nación, continuará conociendo de la actuación el Vicefiscal General de la Nación.

j) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana alega que, de conformidad con el artículo 251.3 la Fiscalía se gobierna por un principio de jerarquía, de tal forma que todos los fiscales, incluyendo al Vicefiscal, dependen del Fiscal General de la Nación, debiendo acatar sus órdenes y directrices. Si ello es así, *“no tiene sentido que la norma demandada exprese que si prospera el impedimento contra el Fiscal, quien siga conociendo sea el Vicefiscal, quien es subordinado de aquél. Se estaría cambiando la persona, pero las órdenes las seguiría dando el Fiscal, eso es completamente inmoral”*.

Algunos intervinientes, incluyendo al Ministerio Público, consideran que la Corte debe declararse inhibida para pronunciarse de fondo, por cuanto la demandante no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad; otros coadyuvan la demanda ya que, en su concepto, la norma acusada vulnera los artículos 29 y 228 constitucionales, así como el numeral 1º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales consagran los principios de independencia e imparcialidad de los jueces.

Frente al presente artículo la Corte considera que procede un fallo inhibitorio por inepta demanda, por las razones que pasan a explicarse.

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el ciudadano que ejerza la acción pública de inconstitucionalidad debe referir con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Se trata del cumplimiento de unos requisitos esenciales desarrollados por el artículo 2º del decreto 2067 de 1991. Sobre el particular esta Corte se pronunció en sentencia C- 1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en los siguientes términos:

“La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra “la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional”.”

La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues

aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”.

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría

ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.

Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

En el presente asunto, la demandante no estructura un verdadero cargo de inconstitucionalidad por cuanto se limita a considerar como “*inmoral*” que en los casos en los cuales el Fiscal General de la Nación se declare impedido o sea recusado para conocer de un asunto, el mismo lo asuma el Vicefiscal. No se trata, por tanto, de un reproche de naturaleza constitucional sino de meras valoraciones subjetivas de la ciudadana.

En tal sentido, la demandante no explica suficientemente los motivos por los cuales tal competencia del Vicefiscal se opondría de manera clara, directa y específica contra lo prescrito en el artículo 3° del Acto legislativo 03 de 2002, dentro del nuevo contexto del sistema procesal penal acusatorio, ni tampoco la relación existente entre el principio de jerarquía y aquel de autonomía de los fiscales.

Por las anteriores razones, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse en relación con la expresión “*si prosperare el impedimento o la recusación, continuará conociendo de la actuación el vicefiscal general de la nación*”, del artículo 58 de la Ley 906 de 2004, por inepta demanda.

6. ARTÍCULO 78 Y 80 PARCIALES.

Artículo 78. *Trámite de la extinción.* La ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse la imputación el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación.

A partir de la formulación de la imputación la Fiscalía deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Parágrafo. El imputado o acusado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del archivo de la investigación. Si se tratare de solicitud de preclusión, el imputado podrá manifestar su renuncia únicamente durante la audiencia correspondiente.

Artículo 80. *Efectos de la extinción.* La extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada. Sin embargo, no se extenderá a la acción civil derivada del injusto ni a la acción de extinción de dominio.

a) Cargos de la demanda

Considera la demandante que el artículo 78 de la Ley 906 de 2004 es contraria al artículo 250 Superior, por cuanto la modificación trascendental que se adelantó con el Acto Legislativo 03 de 2002 consistió en quitarle facultades judiciales a la Fiscalía y trasladárselas a los jueces. Si ello es así, el Fiscal no puede tener facultades para decretar y ordenar el archivo de la actuación, y menos, como lo preceptúa el artículo 80 del C.P.P. producir efectos de cosa juzgada “*porque si produce dicho efecto es porque es una decisión judicial y la Fiscalía ya no es juez*”.

b) Concepto del Ministerio Público.

La Vista Fiscal considera que el artículo 78 de la Ley 906 de 2004 debe ser declarado exequible por la Corte bajo el entendido de que cuando la extinción proceda por prescripción o caducidad de la querrela la decisión del fiscal debe adoptarse en audiencia preliminar, en la que el juez de control de garantías pueda intervenir en defensa de los derechos del implicado y de las víctimas. A su vez, en relación con el artículo 80 de la misma ley, la Procuraduría considera que la Corte debe declararse inhibida para fallar por cuanto la demandante no configuró un cargo de inconstitucionalidad concreto contra aquella.

Así las cosas, según el Ministerio Público, el Acto Legislativo 03 de 2002 en ninguno de sus apartes impide a los funcionarios de la Fiscalía dictar las decisiones que como autoridades administradoras de justicia pueden dictar, por cuanto la misma sigue siendo parte de la rama judicial. En tal sentido, el constituyente autorizó al órgano de investigación a continuar profiriendo ciertas decisiones como la interceptación de comunicaciones, realizar allanamientos, registros e incautaciones.

Ahora bien, es necesario examinar si el legislador podía o no facultar a la Fiscalía para dictar una decisión sobre extinción de la acción, teniendo en cuenta que dicho acto debe poder ser objeto de control, respetar los derechos de las víctimas y redundar en una eficaz administración de justicia penal.

Para tales efectos, es preciso tener en cuenta que el fiscal es quien, en nombre del Estado, tiene la titularidad de la acción penal y quien da inicio al proceso penal con la formulación de la imputación, momento a partir del cual pierde toda competencia para declarar la terminación de la actuación investigativa que viene adelantando, adquiriéndola el juez de conocimiento, quien decide sobre las preclusiones y el juez de control de garantías respecto de la aplicación del principio de oportunidad.

Acto seguido, la Vista Fiscal examina cada una de las causales de extinción de la acción penal. Así, cuando el indiciado fallece antes de la imputación, no se advierte oposición constitucional para que el fiscal decrete la extinción de la acción. De igual manera, la concesión de una amnistía por parte del Congreso no ofrece reparo alguno de constitucionalidad. Otro tanto sucede cuando se trata de desistimiento del querellante, a condición de que sea informado.

Distinta es la situación cuando la causal de extinción que se invoca es la prescripción, pues aunque de acuerdo con el parágrafo del artículo 78 de la Ley 906 de 2004 debe comunicarse acerca del archivo al implicado para pueda ejercer su derecho a renunciar a la prescripción y de la misma forma habrá de comunicársele a la víctima en cuanto concluye “*el trámite dado a su denuncia o querella*”. Así pues, las normas relativas a la extinción de la acción no prevén ningún mecanismo de control de esa decisión judicial que permita resolver las controversias que pueden suscitarse sobre el conteo del término prescriptivo. La misma falencia se presenta frente a la extinción de la acción por caducidad de la querella.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

En concepto del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia el segundo inciso del artículo 78 de la Ley 906 de 2004 no se opone a la Constitución por cuanto correspondiéndole a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal es coherente con la naturaleza del sistema acusatorio que de concurrir, previo a la formulación de la

imputación una causal de extinción de la acción penal, se proceda a decretarla y ordenar el archivo de lo actuado.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto es equivocado lo señalado por la demandante en el sentido de que las actividades desarrolladas en el artículo censurado conlleven actos jurisdiccionales, pues para que se reputen como tales ha de entenderse una limitación a un derecho fundamental que no se da en el caso en concreto, sino que estamos ante situaciones objetivas que impiden la continuación de la acción penal y carecería de sentido acudir a un juez de control de garantías cuando no se ha formulado una imputación.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

A juicio de la Defensoría del Pueblo la disposición acusada no se opone a la Carta Política por cuanto no existe una razón constitucional clara para exigir que las causales de extinción de la acción penal sean monopolio del juez. En cambio existe la facultad constitucional para que el legislador configure de manera razonable pero amplia el procedimiento penal colombiano. En cuanto a la cosa juzgada, si bien es cierto *“que la decisión de la extinción de la acción por parte del Fiscal goza de esa calidad, hay que anotar que la Constitución no dispone por parte alguna que la cosa juzgada sea monopolio de las decisiones judiciales, ya que no es garantía de naturaleza orgánica sino material”*.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar inexecutable por cuanto las decisiones que ponen fin al proceso se encuentran reservadas al juez.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión acusada ya que el artículo 78 demandado no es acorde con las funciones de la Fiscalía ni con el papel del juez de garantías en los términos del artículo 250 constitucional.

En efecto, la garantía del principio acusatorio recae sobre una clara delimitación y separación de las tareas o responsabilidades decisorias y de la persecución. La clara separación de esas dos funciones, decisorias y persecutorias, debe realizarse en relación con las facultades de la Fiscalía General de la Nación. El ente acusador no debería tener poderes, ni siquiera excepcionalmente, para tomar decisiones que son consecuencia de su interés persecutorio en una causa particular.

En tal sentido, en la medida en que la Fiscalía no es imparcial, y adicionalmente no debe cumplir funciones judiciales, no puede tomar una decisión como la de archivar o no una investigación. Esta clase de decisiones produce efectos de cosa juzgada, con lo cual se afectan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente, el cargo de inconstitucionalidad no debe prosperar por las siguientes razones.

Como se puede concluir de la lectura del acto legislativo 03 de 2002, el fiscal no fue despojado de todas las funciones judiciales. La intención, como se dijo, desde que se presentó el proyecto de acto legislativo fue eliminar gran parte de las funciones judiciales, no todas, porque algunas de ellas resultaban necesarias para llevar a cabo una investigación efectiva y contundente. Entonces, el fiscal puede además de las capturas en flagrancia eventos en los cuales puede actuar como cualquier ciudadano, el acto legislativo estableció la posibilidad de realizar capturas excepcionales en las que se ejercerá el control de legalidad posterior a más tardar dentro de las 36 horas siguientes (C.P. art. 250 Ord.1. inc. 3; Ley 906 art. 297 par. Art. 300). El artículo 300 del nuevo código señala que el fiscal en casos en los cuales proceda la detención preventiva podrá expedir excepcionalmente órdenes de captura siempre y cuando en desarrollo de la investigación se tengan motivos fundados para concluir que la persona ha participado de la conducta investigada y que no sea posible obtener inmediatamente orden judicial siendo indispensable la concurrencia de cualquiera de las siguientes causales: 1. Que exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia. 2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

Agrega que el numeral quinto del artículo 250 de la Constitución señala que el fiscal debe solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar. Como puede observarse, el Constituyente derivado restringió la facultad del fiscal en el decreto de la preclusión de la investigación y estableció que le corresponde respecto a tal fenómeno la solicitud de su decreto al juez de conocimiento cuando existan causas legales para ello, pero no se eliminó en manera alguna la posibilidad de que el fiscal en aquellos eventos que evidencien la extinción de la acción penal pueda disponer del archivo de la actuación si se da antes de la formulación de la investigación.

Así mismo es totalmente posible y es coherente con el sistema que el fiscal archive las diligencias si constata que no existen motivos o circunstancias que permitan caracterizar la conducta como delito (art. 79); en este último evento tal como lo señala el inciso segundo de este artículo no hace tránsito a cosa juzgada y permite que la investigación se reanude

posteriormente si surgieren nuevos elementos probatorios y que no se haya extinguido la acción penal.

Se tiene entonces que el fiscal en el nuevo código puede decretar el archivo de las diligencias cuando previo a la formalización de la imputación se da alguna de las causales de la extinción de la acción penal (art. 77) y cuando no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización como delito (art. 79), eventos en los cuales el fiscal no excede las funciones delimitadas por el acto legislativo que circunscribió el decreto de la preclusión al juez de conocimiento a petición del fiscal.

La preclusión debe considerarse como una institución típica de sistemas con características inquisitivas porque su decreto requiere de la existencia previa de una etapa de investigación judicializada, es decir una instrucción con práctica de pruebas, tal como ocurre con la ley 600 de 2000. En el nuevo sistema la preclusión si bien no va a responder a una investigación con práctica de pruebas, si requiere la formalización de la investigación en la que se parte de la base de la existencia de evidencia física o de elementos materiales probatorios que permiten inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, lo cual implica la individualización del imputado y la estructuración de cargos que posibiliten una acusación. Antes de la formulación de la imputación no se amerita una intervención del juez porque no se ha dado la vinculación de persona alguna al proceso. Por otro lado, siendo la preclusión una figura que se decreta a favor de alguien, esta no puede darse si aún no se ha podido individualizar al posible autor del hecho punible.

De lo anterior puede decirse que la preclusión se justifica en la medida de que previamente se haya formulado la imputación con las consecuencias que tal evento supone.

Aunado a lo anterior, las casuales de extinción de la acción penal pueden suceder antes o después de la formulación de la imputación; antes de la vinculación lo hace el fiscal, en la otra hipótesis se convierte en una casual de preclusión lo cual desplaza al fiscal y coloca en cabeza del juez de conocimiento su decreto.

Así las cosas es necesario concluir que el fiscal todavía cumple funciones judiciales sin que esto se pueda predicar del archivo de la actuación en los casos de extinción de la acción penal antes de la formulación de la imputación ni en los otros casos previstos porque, se insiste, la indagación no es judicializada y al no existir vinculación del imputado no se hace necesario la intervención del juez. Obligar al fiscal a formular la imputación cuando todavía no ha estructurado los cargos ni ha individualizado para que el juez precluya, desdibujaría el sistema y convertiría el nuevo proceso en una instrucción sacrificando los postulados garantistas y de eficacia que inspiraron la reforma.

i) Problema jurídico.

La Corte debe determinar si la declaración de extinción de la acción penal y el archivo de las diligencias, dictada por un fiscal, mediante orden sucintamente motivada antes de la imputación de cargos, con efectos de cosa juzgada, vulnera o no el artículo 250 constitucional.

j) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana demanda las expresiones “*Si la causal se presentare antes de formularse la imputación el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación*”, y “*La extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada*”, de los artículos 78 y 80 del nuevo C.P.P respectivamente, argumentando que mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se le quitaron facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, trasladándoselas a las jueces, y que en consecuencia, no puede un fiscal decretar el archivo de una investigación “*y menos, si como lo preceptúa el artículo 80 del C. de P.P. produce efectos de cosa juzgada*”.

La Vista Fiscal considera que la demandante no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad contra el aludido segmento normativo del artículo 80 de la Ley 906 de 2004, en tanto que frente a la expresión acusada del artículo 78 de la Ley 906 de 2004, solicita a la Corte declararlo exequible, bajo el entendido de que cuando la extinción proceda por prescripción o caducidad de la querrela la decisión del fiscal debe adoptarse en audiencia preliminar, en la que el juez de control de garantías pueda intervenir en defensa de los derechos del implicado y de las víctimas

Algunos intervinientes estiman que la expresiones acusadas no contrarían la Constitución por cuanto la Fiscalía General de la Nación no fue despojada, por el Acto Legislativo 03 de 2002, de todas sus facultades judiciales. De hecho, argumentan, sigue siendo parte de la rama judicial. Por el contrario, la Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas por cuanto en el nuevo modelo acusatorio, la Fiscalía no puede actuar como un juez decidiendo el archivo de investigaciones penales.

En este orden de ideas, la Corte debe examinar si vulnera o no la Constitución la facultad que el legislador le otorgó a la Fiscalía General de la Nación para decretar, mediante orden sucintamente motivada, el archivo de una actuación con efectos de cosa juzgada cuando se presente una causal de extinción de la acción penal antes de la imputación de cargos.

La Corte estima que, aunque el cargo de inconstitucionalidad de la demanda se dirige exclusivamente contra la expresión “*Si la causal se presentare antes de formularse la imputación el fiscal será competente*

para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación”, del artículo 78 de la Ley 906 de 2004, y la expresión “*La extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada*” del artículo 80 *ejusdem*, el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional no puede limitarse a tomar en consideración, de manera aislada, el enunciado invocado en este caso por la demandante sino que es preciso situarlo en un contexto determinado, el cual será objeto del respectivo control de constitucionalidad. Quiere ello decir, que en el presente asunto, la Corte estima necesario examinar además la constitucionalidad de las expresiones “*mediante orden sucintamente motivada*” del primer inciso del artículo 78 de la Ley 906 de 2004; “*a partir de la formulación de la imputación*”, del inciso segundo del mismo; y “*a partir de la formulación de la imputación el fiscal*”, del artículo 331 del nuevo C.P.P..

1. Examen de constitucionalidad de la facultad que le otorgó el legislador a la Fiscalía General de la Nación para archivar actuaciones antes de la imputación de cargos mediante orden sucintamente motivada y con efectos de cosa juzgada.

El artículo 78 de la Ley 906 de 2004 regula el trámite de la extinción de la acción penal, en el sentido de que la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación mediante una **orden sucintamente motivada**, es decir, en los términos del artículo 77 *ejusdem*, debido a la muerte del imputado o acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento “*y en los demás casos contemplados en la ley*”.

A continuación, la norma distingue entre dos situaciones: si la causal se presenta antes de la audiencia de formulación de la imputación de cargos ante el juez de control de garantías, el fiscal será competente para decretarla y ordenar el archivo de la actuación; por el contrario, si aquella tiene lugar con posteridad a la mencionada audiencia, la Fiscalía deberá solicitarle al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, en los términos del artículo 331 del nuevo C.P.P.. En ambos casos, de conformidad con el artículo 80 *ejusdem*, la extinción de la acción penal producirá **efectos de cosa juzgada**.

De igual manera, dispone la norma que el imputado o acusado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del archivo de la investigación; y si se tratare de solicitud de preclusión, el imputado podrá manifestar su renuncia únicamente durante la audiencia correspondiente.

En este orden de ideas, la extinción de la acción tiene como finalidad la terminación del proceso con efectos de cosa juzgada definitiva, y su decreto exige, en todos los casos previstos por la ley, una constatación de la ocurrencia del hecho mediante una valoración ponderada.

Cabe recordar, que el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 establece como causales de extinción de la acción penal las siguientes: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y los demás casos contemplados en la ley.

La **muerte del indiciado**, no en pocas ocasiones, ofrece dificultades de constatación, como por ejemplo en los casos de suplantación de cadáver, de desaparición de persona, muerte presunta etc.

De igual manera, la causal de extinción de la acción penal de **prescripción** ofrece también múltiples complejidades teóricas y probatorias. En efecto, se podría pensar que, a primera vista, la prescripción es una causal objetiva de improseguibilidad de la acción penal⁵¹ que, en virtud del principio de legalidad, conlleva necesariamente a que el respectivo funcionario judicial proceda a su declaratoria, ya que, deviene improcedente cualquier pronunciamiento diferente al de reconocer que por haberse cumplido el máximo de la sanción imponible al respectivo hecho punible, el Estado no puede continuar con su potestad punitiva. Tal determinación no implica el análisis de fondo del proceso, sino la simple verificación de los términos transcurridos a partir de la fecha en que se produjo el hecho.

No obstante lo anterior, como lo sostiene la Vista Fiscal, en la práctica suelen presentarse controversias acerca del conteo del término prescriptivo. En efecto, antes de la formulación de la imputación, puede no existir certeza acerca de la fecha exacta de consumación del delito, a partir de la cual, precisamente, se comienza a contar el término de prescripción; o igualmente, en los delitos continuados, puede no existir claridad alguna acerca de cuando tuvo lugar la perpetración del último acto. De igual forma, para efectos de contabilizar la prescripción, de conformidad con el artículo 83 del Código Penal, puede llegar a tener incidencia la calidad de servidor público o la prueba acerca de si la conducta punible se inició o consumó en el exterior.

Cabe asimismo señalar que en delitos como la desaparición forzada de personas, el conteo del término de prescripción ha suscitado dificultades tanto en tribunales internacionales sobre derechos humanos, así como en la Corte Constitucional. Al respecto esta Corporación, en sentencia C- 580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil⁵², se pronunció en los siguientes términos:

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de marzo de 2003, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁵² Con S.V parcial de los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

*“Con todo, podría pensarse que existen otros motivos que hacen innecesaria la imprescriptibilidad de la acción penal en relación con este delito y además restan fundamento constitucional a una posibilidad semejante. En efecto, de conformidad con el artículo 3 de la presente Convención, con el ordenamiento interno colombiano, y con la jurisprudencia internacional, el delito de desaparición forzada es de carácter continuo hasta tanto no se establezca el paradero de la persona desaparecida.⁵³ Por tanto, el término de prescripción de la acción empezaría a correr cuando esto ocurra. Así, como en los casos de desaparición forzada es posible que la suerte de la persona jamás se conozca, en la práctica es raro que la acción prescriba. **Por otra parte, la iniciación del término de prescripción presupone el conocimiento de la suerte de la persona.** Por lo tanto, la imprescriptibilidad no serviría para satisfacer el interés en establecer tal circunstancia.*

Aunado a lo anterior, de conformidad con el párrafo del artículo 78 del nuevo C.P.P., la orden sucintamente motivada de la Fiscalía, mediante la cual declara la ocurrencia de la prescripción, deberá serle *comunicada* al indiciado, quien podrá renunciar a la misma dentro de los cinco (5) días siguientes a dicha comunicación.

En lo que concierne a la aplicación del **principio de oportunidad**, es claro que dicha causal de extinción de la acción penal, de conformidad con el artículo 250 constitucional, está sometida al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, el que de conformidad con el artículo 327 del nuevo C.P.P. no puede comprometer la presunción de inocencia y sólo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Por otra parte, en relación con la **amnistía**, igualmente se requiere de la valoración por parte de un juez en relación con su aplicación para los delitos que se investigan.

En lo que atañe a la **oblación** esta consiste, en los términos del artículo 87 del Código Penal, en que el procesado por un delito que sólo tenga pena de unidad multa, previa tasación de la indemnización cuando a ello haya

⁵³ Según lo dispuso esta Corporación mediante Sentencia C-317/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), en el artículo 165 del nuevo Código Penal que tipifica la desaparición forzada, la expresión “*seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley,*” debe entenderse que la conjunción ‘y’ no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad”. Por su parte, el artículo 26 del mismo estatuto dispone que “[l]a conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado.” Por lo tanto, la conducta se continúa realizando entre tanto no se tenga información sobre el paradero de la persona, independientemente de que se omita reconocer la privación de la libertad. En el mismo sentido, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Blake ya citado. Ver Nota 9 supra. Requiriendo también el esclarecimiento de los hechos, el numeral 1º del artículo 17 de la Declaración de la AG ONU 47/133. Ver *Ibíd.*.

lugar, “*podrá poner fin al proceso pagando la suma que el juez le señale, dentro de los límites fijados por el artículo 39*”. Al respecto, la Vista Fiscal sostiene que no se puede recurrir a esta figura, para efectos del artículo 87 del nuevo C.P.P., antes de que exista un imputado conocido. La Corte comparte la anterior posición por cuanto, la oblación presupone la existencia de un procesado, es decir, de una persona a quien se le haya realizado una imputación ante el juez de control de garantías.

En lo que concierne a la **caducidad de la querrela**, que el nuevo C.P.P. establece en seis (6) meses siguientes a la comisión del delito⁵⁴, la Vista Fiscal considera que se trata de un asunto litigioso, en especial, porque el querellante podrá alegar que por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no tuvo conocimiento de su ocurrencia, el término de caducidad se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso pueda ser superior a seis (6) meses. La Corte comparte tales aseveraciones por cuanto el cómputo de la caducidad en los delitos querrelables puede suscitar controversias.

Por último, el **desistimiento de la querrela** consiste en una manifestación verbal o escrita de la voluntad del querellante de no continuar con el proceso. Si al momento de presentarse no se ha formulado imputación, el fiscal deberá verificar que aquél sea voluntario, libre e informado, antes de proceder a aceptarlo y archivar las diligencias. Por el contrario, si ya se formuló la imputación, el juez de conocimiento, luego de escuchar el parecer de la Fiscalía, determinará si acepta o no el desistimiento. En cualquier caso el desistimiento se hará extensivo a todos los autores y partícipes del delito investigado, y una vez aceptado, no admitirá retractación.

En suma, las conocidas doctrinariamente como “*causales objetivas de extinción de la acción penal*”, mediante las cuales cesa por completo, con efectos de cosa juzgada, el ejercicio de cualquier actividad estatal investigativa del supuesto delito, no siempre son de fácil constatación empírica y con frecuencia se presentan controversias sobre la ocurrencia o no de alguna de ellas.

Cabe recordar, que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante en afirmar que, con fundamento en lo dispuesto por los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, que consagran la llamada cláusula general de competencia, corresponde al legislador regular los procedimientos judiciales y administrativos, y con base en tal facultad general, puede el Congreso Nacional definir las ritualidades propias de cada juicio, la competencia de los funcionarios que deben conocer de los asuntos, los recursos que proceden contra las decisiones, los términos procesales, el régimen de pruebas, los mecanismos de publicidad de las actuaciones, etc.

⁵⁴ Art. 73 del nuevo C.P.P.

Ahora bien, tal y como lo consideró la Corte en sentencia C- 296 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, *“al ejercer esta competencia en materia procesal el legislador goza de un amplio **margen de libertad de configuración**, que se encuentra limitado tan sólo por aquellas disposiciones constitucionales relativas a la garantía de los derechos fundamentales, en especial las referentes al derecho al debido proceso. Razones de política legislativa, cambiantes circunstancias sociales, o diferentes objetivos superiores perseguidos en cada caso por el legislador, pueden dar lugar a regulaciones diversas, de manera que por ello no todas las normas de procedimiento deben ser idénticas”*.

Con todo, ese margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador para configurar los diversos procesos no es absoluto ya que el Congreso no puede *“configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos, pues -ciertamente- la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a la igualdad (CP art. 13), por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias⁵⁵. De allí que, “en la medida en que la propia Constitución atribuye al órgano legislativo la atribución de legislar en esta materia, es entendido que el Congreso tiene amplia discrecionalidad para regular los procesos y procedimientos judiciales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política”⁵⁶.*

Al respecto cabe señalar que la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002 fijó nuevos parámetros al legislador al momento de establecer las ritualidades del proceso penal, en especial, por la creación del juez de control de garantías; el establecimiento de un juicio oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; la consagración del principio de oportunidad con control judicial, al igual que la preservación de precisas facultades judiciales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación⁵⁷.

⁵⁵ Ver, entre otras, las sentencias C-537 de 1993 y C-373 de 1995.

⁵⁶ Sentencia C-135 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz

⁵⁷ Ver sentencia C-1092 de 2003, en la que la Corte consideró que: “Por medio del acto Legislativo 03 de 2002 el Constituyente optó por afianzar el carácter acusatorio del sistema procesal penal colombiano, estructurando a la Fiscalía General de la Nación como una instancia especializada en la investigación de los delitos y estableciendo que, como regla general, las decisiones que restringen los derechos constitucionales de los investigados e imputados son tomadas por los jueces y tribunales. **A pesar de ello, la Fiscalía General de la Nación conservó importantes funciones judiciales como aquellas a las que alude el numeral acusado, que en efecto son restrictivas de los derechos a la libertad, intimidad y la propiedad.** En esta circunstancia, el Constituyente, retomando la experiencia de la estructura básica del proceso penal en el derecho penal comparado, previó que la Fiscalía, en aquellos casos en que ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales, esté sometida al control judicial o control de garantías - según la denominación de la propia norma -, decisión que denota el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las **facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía** se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.

En tal sentido, al legislador le está vedado romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio, acordarle adicionales facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, como es aquella de decretar con efectos de cosa juzgada la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal y en consecuencia, ordenar el archivo de unas actuaciones, antes de la formulación de la imputación, cuya constatación, como quedó visto anteriormente, no es meramente objetiva o automática, sino que, en todos los casos, requiere de una valoración ponderada.

En efecto, en los casos previstos para la extinción de la acción, se trata de la toma de una medida preclusiva, acto de contenido jurisdiccional asignado por la Constitución, numeral 5 artículo 250, al juez de conocimiento por solicitud del fiscal; por lo tanto, tal facultad no le fue asignada por la norma Superior a la Fiscalía.

Aunado a lo anterior, la facultad que el legislador le acordó a la Fiscalía General de la Nación para archivar unas actuaciones con efecto de cosa juzgada cuando se presente una causal de extinción de la acción penal, mediante una orden sucintamente motivada que escapa a cualquier control judicial, y antes de la formulación de la imputación, vulnera gravemente los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

En efecto, la disposición acusada lesiona los derechos de las víctimas a acceder ante un juez para efectos de que sea este último quien decida si efectivamente se encuentran presentes o no los presupuestos para decretar la extinción de la acción penal. En otros términos, el carácter litigioso de las causales de extinción de la acción penal, al igual que la trascendencia que la misma ofrece, por ejemplo, en los casos de leyes de amnistía, conducen a la Corte a considerar que tales decisiones únicamente pueden ser adoptadas por el juez de control de conocimiento, en el curso de una audiencia, durante la cual las víctimas puedan exponer sus argumentos en contra de la extinción de la acción penal.

Sin lugar a dudas, la decisión de archivar unas actuaciones con efectos de cosa juzgada no puede ser considerada un mero trámite sino que se trata de un asunto de carácter sustancial. De allí que no sea de recibo la distinción que estableció el legislador en el sentido de que si el hecho generador de la extinción de la acción tiene lugar antes de la imputación de cargos el fiscal pueda *motuo proprio* decretarla; en tanto que si la misma se produce con posterioridad a la mencionada audiencia, únicamente lo pueda hacer el juez de conocimiento, previo requerimiento de la Fiscalía. De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión.

En efecto, en los casos de ocurrencia de una causal de extinción de la acción, le corresponde a la Fiscalía solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, salvo el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que tiene una reglas particulares definidas en el artículo 250 de la Constitución, que asignó su control de legalidad al juez de control de garantías y definió para el efecto unas reglas especiales en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

En este orden de ideas, la Corte declarará inexecutable las expresiones “*mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse la imputación, el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación*”, del primer inciso del artículo 78 de la Ley 906 de 2004; “*a partir de de la formulación de la imputación*” del inciso segundo de la misma disposición. De igual manera, declarará executable la expresión “*La extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada*” del artículo 80 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

Ahora bien, considera la Corte que en lo que concierne a la preclusión de la investigación, en los términos del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, acusa el mismo problema constitucional advertido, en cuanto esta norma prevé la intervención del juez de conocimiento para su adopción sólo a partir de la imputación, existiendo la posibilidad de que en la etapa previa esta determinación sea tomada por el fiscal respectivo. Así las cosas, para guardar plena armonía con las decisiones adoptadas respecto de la extinción de la acción, considera la Corte necesario un pronunciamiento en relación con el artículo 331 mencionado.

En efecto, la solicitud de preclusión deberá ser siempre presentarla por el fiscal ante el juez de conocimiento; es decir, *en cualquier momento*, y no solamente a partir de la formulación de la imputación. En otros términos, la declaratoria de preclusión de la acción penal debe ser siempre adoptada por el juez de conocimiento a solicitud del fiscal.

En consecuencia, se declarará Inexecutable la expresión “*a partir de la formulación de la imputación*” del artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

7. ARTÍCULO 127 Y 291 PARCIAL.

“Artículo 127. Ausencia del imputado. Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco

(5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local.

Cumplido lo anterior el juez lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el sistema nacional de defensoría pública que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación.

El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.

Artículo 291. **Contumacia.** Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación.

a) Cargos de la demanda

Alega la demandante que las disposiciones subrayadas contrarían lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual garantiza, como mínimo, que la persona se encuentre presente en el proceso. Agrega que *“para las autoridades colombianas es más importante presentar resultados de eficiencia, condenando a personas ausentes, que posibilitar todos los medios para encontrarlos y en su presencia juzgarlos”*.

b) Concepto del Ministerio Público.

A juicio de la Vista Fiscal el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar, si se entiende que el Estado tiene la carga de agotar todos los medios a su alcance para lograr la comparecencia del imputado.

En apoyo a su concepto, la Procuraduría cita las sentencias C- 627 y C- 657 de 1996 y C- 040 de 1997, según las cuales la necesidad de administrar justicia penal ante la comisión de un delito pero salvaguardando los derechos del implicado, en tanto que se haga presente, mediante un defensor designado de oficio.

Agrega que la reforma constitucional no modificó en nada el panorama constitucional en la materia. No obstante lo anterior, dentro de un sistema

procesal de tendencia marcadamente acusatoria, cobra mayor vigencia el criterio expuesto por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero en el salvamento de voto a la sentencia C- 040 de 1997, según la cual el derecho a hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente es un derecho al cual, quien se ausenta ha renunciado. En efecto, si el imputado se resiste a la acción de la justicia y se oculta deliberadamente, debe entenderse que renuncia a ese derecho reconocido en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por lo tanto, el Estado puede declararlo persona ausente.

De igual forma, sostiene que una la declaratoria de persona ausente surge por la imposibilidad, luego de haberse realizado todos los esfuerzos posibles, para localizar al indiciado y ponerse en contacto con él, mientras que la contumacia se presenta cuando ni el implicado ni su defensor, a pesar de haber sido citados conforme a la ley, comparecen a la audiencia de formulación de la imputación, sin justificación alguna.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

En concepto del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia los cargos de inconstitucionalidad no están llamados a prosperar ya que la declaratoria de persona ausente opera cuando al fiscal no le haya sido posible formular directamente la imputación, advirtiéndolo, en todo caso, que la defensa del imputado estará debidamente garantizada por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto los fines de las figuras de declaratoria de persona ausente y contumacia se s contraen básicamente en conciliar los derechos de quienes son procesados en estas circunstancias y la función principalísima de todo Estado Social de Derecho de garantizar la correcta administración de justicia, la cual se vería entorpecida si hubiera que esperar indefinidamente a que el investigado, una vez agotadas todas las instancias o mecanismos de notificación procesal, tuviera a su capricho la comparecencia ante el operador jurídico que lo solicita.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo estima que la Corte debe declarar exequibles las expresiones acusadas ya que no hay que confundir la incapacidad fáctica del Estado de hacer comparecer a los imputados a un proceso penal con la renuncia teórica y de principio a perseguir a estos delincuentes. Agrega que, de prosperar la tesis de la demandante, en Colombia no se enjuiciaría nunca a cabecillas de las autodefensas, de la guerrilla ni del narcotráfico, quienes casi siempre son imputados ausentes. Aunando a lo anterior, no

existe el derecho constitucional a la fuga sino el deber de no abusar de los derechos propios.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar exequible por cuanto es claro que así como asistir a un proceso penal es un derecho que tiene la persona, también lo es que el Estado no puede, ante la comisión de un hecho delictivo, abstenerse de investigarlo, y si es del caso sancionarlo, por el hecho de que el sindicado no concurra al proceso.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión acusada. Al respecto argumenta que de conformidad con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene derecho a *“Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección”*.

En igual sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 63, establece como derecho de la persona a estar presente durante el juicio. Así mismo, el proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia, marca una tendencia en igual sentido al disponer que *“El juicio oral no se celebrará contra un acusado ausente involuntariamente. Si se trata de un delito grave, la presencia del mismo será imprescindible”*.

En este orden de ideas, para la Comisión, la posibilidad de adelantar juicios en ausencia se presenta como algo excepcional, que requiere suficientes razones para hacerlo, y en todo caso, respetando las garantías mínimas procesales.

En síntesis, la interviniente solicita a la Corte que establezca que la declaratoria de persona ausente, además de ser excepcional, requiere de un auto motivado, y que a pesar de la declaratoria, el funcionario judicial debe continuar desplegando los máximos esfuerzos para que la persona comparezca.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente el cargo no debe prosperar por las siguientes razones.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos dispone que toda persona acusada tiene derecho en plena igualdad a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor. La

norma establece la obligación a los Estados de establecer las posibilidades de cumplimiento efectivo de tales garantías. La legislación procesal penal de un país será respetuosa de estos imperativos si permiten la posibilidad de que una persona acusada este presente en el proceso penal y se le respete su derecho de defensa. En este sentido, la ley 906 ha establecido un amplio repertorio de normas rectoras que desarrollan los mandatos de la Constitución y de los Tratados Internacionales en lo que tiene que ver con el derecho a la defensa y al debido proceso (Arts 1- 27 del Nuevo código).

La presencia del imputado en el proceso penal representa la forma teórica correcta de proceder en ejercicio de la acción penal, sin embargo en la normatividad procesal penal se debe contemplar la posibilidad en la que el imputado se margina del proceso por su propia voluntad sin que esta eventualidad paralice la investigación del delito. Por esto se recurre a la figura de la persona ausente, instituto que se encuentra en la mayoría de los códigos de procedimiento penal y permite que el ejercicio de la acción penal no se vea entorpecido por el ocultamiento del indiciado. Este instituto requiere para su viabilidad constitucional de ciertos requisitos. Primero que sea la excepción a la regla, es decir, que el funcionario encargado de formular la imputación haya agotado todos los medios disponibles para ubicar al indiciado. Además se necesita que una vez se haya hecho la declaración de persona ausente se proceda a nombrarle un abogado de oficio para garantizar así el derecho de defensa.

Es necesario aclarar que la declaratoria de persona ausente puede tener dos circunstancias generadoras. La primera está referida a la falta de voluntad del indiciado para concurrir al proceso con el fin de evadir la acción de la justicia o por otra razón imputable exclusivamente al sujeto investigado. Esta circunstancia justifica la existencia de la declaratoria de persona ausente, figura que aleja los nocivos efectos de la impunidad, pues permite la consecución del proceso penal sin sacrificar el derecho de defensa. La segunda circunstancia generadora es la conducta negligente u omisiva del funcionario encargado de formular la imputación. Si se procedió en forma irregular la actuación procesal estaría viciada de nulidad por violación de las garantías fundamentales (Artículo 457). Este segundo punto se conjura estableciendo en forma clara y precisa el carácter excepcional de la mediada y los controles judiciales a la declaración de persona ausente.

i) Problema jurídico.

La Corte debe establecer si de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se pueden o no adelantar investigaciones y juicio contra personas ausentes, en un contexto de sistema acusatorio.

j) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana alega que las normas acusadas vulneran el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a...hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección”*, por cuanto aquéllas permiten que se adelanten que se condenen personas en ausencia.

Los intervinientes, así como la Vista Fiscal, consideran que la Corte debe declarar exequibles las expresiones demandadas por cuanto concilian el interés legítimo que tiene el Estado de investigar y sancionar los comportamientos delictivos con las garantías de quien es investigado y juzgado. La Comisión Colombiana de Juristas, por su parte, solicita a esta Corporación declarar exequibles las normas acusadas, bajo entendido de que se trata de un mecanismo excepcional, que requiere de un auto motivado, y que a pesar de la declaratoria, el funcionario judicial debe continuar desplegando los máximos esfuerzos para que la persona comparezca.

En este orden de ideas, la Corte (i) analizará el contenido de las normas legales acusadas; (ii) examinará las líneas jurisprudenciales que ha sentado en materia de juicios en ausencia; y (iii) si las nuevas disposiciones mediante las cuales se regula el sistema acusatorio modifican o no aquéllas.

1. Contenido de las normas legales acusadas.

Las disposiciones acusadas regulan dos figuras procesales distintas, que deben ser entendidas dentro del nuevo esquema del proceso penal.

Así, la **declaratoria de persona ausente** se presenta cuando al fiscal no le ha sido posible localizar para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, caso en el cual deberá acudir ante el **juez de control de garantías** para que lo declare persona ausente, adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. Acto seguido, el imputado será emplazado mediante edicto que se fijará en lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local.

Cumplidos los anteriores requisitos, el juez de control de garantías lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, quien lo asistirá en todas las actuaciones procesales, y con quien se surtirán todos los avisos o notificaciones. De igual manera, el juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.

Por el contrario, la figura de la **contumacia** tiene lugar cuando el indiciado, *habiendo sido citado*, sin causa justificada, así sea sumariamente, no comparece a la audiencia de formulación de imputación, caso en cual ésta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su ausencia, el juez de control de garantías procederá a designar un defensor de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación. Se trata, en consecuencia, de un **acto de rebeldía** del imputado frente a la administración de justicia, por cuanto, se insiste, tiene conocimiento del adelantamiento de un proceso penal en su contra.

Aunado a lo anterior, el nuevo C.P.P. dispone en su artículo 339 que durante la audiencia de formulación de acusación se requerirá de la presencia del juez, del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad *“a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado. También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez”*.

En suma, la Ley 906 de 2004 establece tres excepciones a la regla general según la cual no se pueden adelantar investigaciones y juicios en ausencia como son (i) la declaratoria de persona ausente cuando se hayan agotado los mecanismos de búsqueda y citación suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado y ésta no ha sido posible; (ii) la rebeldía o contumacia a comparecer al proceso; y (iii) la renuncia a hallarse presente durante la audiencia de formulación de cargos.

2. Líneas jurisprudenciales en materia de juicios en ausencia.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha examinado la compatibilidad de la realización de juicios en ausencia con el artículo 29 Superior. En tal sentido, esta Corporación en sentencia C- 488 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, estableció una clara diferencia entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso:

*“En el caso del **procesado ausente**, debe distinguirse entre el procesado que se **oculta** y el **sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia** del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas,*

aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela⁵⁸, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado.

De igual manera, la Corte en sentencia C- 627 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, estimó que no se presentaba vulneración alguna al derecho a la igualdad entre el imputado presente y el ausente:

“Aun cuando se trata de situaciones diferentes, la del imputado presente físicamente en el proceso y la del imputado ausente, a ambos se les asegura el derecho a la igualdad, en el sentido de que se les garantiza el debido proceso; es cierto que el primero puede designar defensor libremente, lo cual indudablemente representa ciertas ventajas, pero igualmente el segundo no está huérfano de defensa, pues ésta se hace efectiva a través del defensor de oficio.

Ese mismo año, esta Corporación en sentencia C- 657, M.P. Fabio Morón Díaz, analizó la conformidad de la figura de la declaración de persona ausente con la Constitución, en los siguientes términos:

*“La declaración de persona ausente está, necesariamente, antecedida por el adelantamiento de las diligencias y la utilización de los recursos y medios con el fin de comunicarle al absuelto la existencia de la acción de revisión. En primer lugar, entonces, es preciso intentar la notificación personal y en caso de no ser posible la presencia del absuelto, luego del surtimiento de los trámites encaminados a obtenerla, procede la declaración de persona ausente que, en esas condiciones es una garantía que opera en favor del absuelto a quien se le designará defensor de oficio que lo represente y vele por el respeto de sus derechos mediante el ejercicio de las pertinentes facultades. **La declaración de ausencia***

⁵⁸Mediante sentencia T-039 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte amparó los derechos sustanciales y procesales reclamados por el actor, en contra de quien se adelantó un proceso penal al cual fue completamente ajeno por culpa imputable a los funcionarios del Estado encargados de comunicarle la existencia del mismo.

permite armonizar los derechos del absuelto y el cumplimiento de la función confiada a la administración de justicia, que se vería entabada si hubiera que esperar, indefinidamente, a que el absuelto se entere o decida comparecer. (negrillas agregadas).

Cabe asimismo señalar que en fallos de tutela, la Corte ha considerado que constituye una vulneración al derecho de defensa del imputado, la ausencia de actividad del Estado para informarle, por medios idóneos, el adelantamiento de un proceso penal en contra de aquél. Así por ejemplo, en sentencia T- 266 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, esta Corporación amparó el derecho al debido proceso de un indígena por cuanto “*ni el Juzgado de Instrucción, ni el de juzgamiento, ni el defensor de oficio, ni el representante del Ministerio Público intentaron localizarlo por esos medios, que son los disponibles y que para el efecto resultan eficaces.*” Así mismo, en sentencia T- 945 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte se pronunció nuevamente sobre la conformidad de la figura de la declaratoria de persona ausente con la Carta Política, en los siguientes términos:

“Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los juicios en ausencia son procedimientos íntegramente válidos a la luz del ordenamiento constitucional, pues a pesar de que se tramitan -como se infiere de su denominación - sin la presencia del sindicado, se encuentran rodeados de los mecanismos necesarios para garantizar el respeto por los derechos del procesado, los cuales se pretenden garantizar a través de la designación de un defensor de oficio. Cabe precisar, no obstante, que ésta modalidad de procedimiento se aplica por excepción, cuando no existe información adecuada sobre el paradero del presunto responsable, o a los organismos de seguridad del Estado les ha sido imposible su localización.”

Posteriormente, en sentencia C- 100 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte insistió en el carácter residual de la declaratoria de persona ausente, ya que ésta sólo procede “*frente a la imposibilidad de ubicar a la persona comprometida en una investigación penal y no la regla general en la vinculación de los individuos a los procesos penales. Adicionalmente, tal como lo establece el inciso final del propio artículo 344, la declaración de persona ausente únicamente procede cuando el imputado se encuentra plenamente identificado.*” De igual forma, el juez constitucional en sentencia C- 330 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, consideró que “*La existencia del mecanismo de declaratoria de persona ausente, no impide la conducción de quien ha sido notificado personalmente de la citación para rendir indagatoria.*”

Más recientemente, la Corte en sentencia C- 248 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, examinó *in extenso* la vinculación a un proceso penal de una persona, en los siguientes términos:

“Desde esta perspectiva, la validez de la declaratoria de persona ausente se sujeta, entre otros, al cumplimiento de los siguientes requisitos materiales y formales, a saber:

*En el **orden formal** se destacan: (i) El adelantamiento de las diligencias necesarias para lograr la práctica de la indagatoria como forma de vinculación personal, ya sea en todos los casos mediante la orden de citación, o eventualmente, cuando se trate de un delito frente al cual proceda la detención preventiva, y el citado se niega a comparecer, mediante la expedición de la orden de captura. De todas estas diligencias debe dejarse constancia expresa en el expediente (C.P.P. art. 336). (ii) Solamente es procedente la declaratoria de persona ausente, si el sindicado no comparece a rendir indagatoria vencidos tres (3) días desde la fecha señalada en la orden citación o diez (10) días desde que fue proferida la orden de captura. (iii) Dicha declaratoria debe realizarse mediante “resolución de sustanciación motivada”⁵⁹ en la que se designará defensor de oficio, “se establecerá de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes”⁶⁰. (iv) Esta resolución debe notificarse al defensor designado y al Ministerio Público.*

*En el **orden material**, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha exigido la constatación de dos factores relevantes para la vinculación del acusado como persona ausente: “(i) Su identificación plena o suficiente (segura), dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (ii) la evidencia de su renuencia. Una y otra precaven el rito contra las posibilidades de adelantar el trámite respecto de alguien ajeno a los hechos (homonimia) afectando con ello a un inocente, o de construir un proceso penal a espaldas del vinculado sin ofrecerle oportunidad efectiva y material de ser oído en juicio, es decir, sin audiencia bilateral”⁶¹.*

En este orden de ideas, la relación jurídica procesal en tratándose de la declaratoria de persona ausente, no se sujeta a la presencia física del imputado, sino que se adelanta a través de una ficción

⁵⁹ Artículo 344 del Código de Procedimiento Penal.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación. Radicación 11.220 de 1999.

jurídica que permite el cumplimiento de la función pública de administrar justicia de manera permanente y eficaz, en aras de garantizar, entre otros, los derechos a la verdad y a la justicia.

“Por ello, aun cuando se reconoce que la declaratoria de persona ausente implica una disminución en la intensidad del ejercicio del derecho de defensa, en especial, en el caso de la defensa material, es indudable su validez constitucional por la necesidad de asegurar el logro de tres finalidades básicas para la correcta administración de justicia.

En primer lugar, porque permite la continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado.

(...)

En segundo lugar, porque permite el cumplimiento del principio de celeridad procesal (C.P. art. 209 y 228), al impedir que el juicio criminal se sujete a la espera indefinida del sindicado, pese a la existencia de un hecho punible y a la individualización de un posible responsable que exigen la pronta continuidad del proceso penal, en aras de preservar la justicia y la verdad y, eventualmente, de reparar el derecho de las víctimas.

Por último, porque el derecho a la defensa del sindicado se garantiza mediante su vinculación al proceso y, por ende, a través del nombramiento de un defensor de oficio que adelante todas las estrategias de defensa que se consideren necesarias para desvirtuar la acusación criminal que se endilgue en su contra, obviamente, bajo el reconocimiento de la presunción de inocencia como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho.

Igualmente, el ordenamiento jurídico permite al sindicado contumaz nombrar su propio apoderado en cualquier estado del proceso, con la consecuencia natural de la imposibilidad de retrotraer las etapas procesales frente a las cuales ya haya operado el principio de preclusión procesal

23. *Sin embargo, es pertinente destacar que en los procesos en ausencia debe garantizarse con mayor rigor el derecho de defensa, es decir, el juicio que adelante la autoridad competente para acreditar el cumplimiento de los requisitos que legitimen su procedencia, debe realizarse de manera estricta, pues es deber de dicha autoridad evitar el desconocimiento del principio de contienda que subyace en todo proceso acusatorio.*

En este orden de ideas, según la jurisprudencia constitucional, en materia de juicios en ausencia, se tiene que los mismos no se oponen a la Constitución por cuanto permiten darle continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado, e igualmente, facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal. No obstante lo anterior, la vinculación del imputado mediante su declaración de reo ausente sólo es conforme con la Carta Política si (i) el Estado agotó todos los medios idóneos necesarios para informe a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; (ii) existe una identificación plena o suficiente del imputado, dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (iii) la evidencia de su renuencia.

Al respecto cabe señalar que las anteriores líneas jurisprudenciales son conformes con la interpretación que del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha realizado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

En efecto, en la Comunicación núm. 16/1977, en el asunto de Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo, el Comité consideró que *“los procesos en ausencia son, en diversas circunstancias, (por ejemplo, cuando la persona acusada, a pesar de haber sido suficientemente informada sobre la existencia de un proceso en su contra, declina el ejercicio de su derecho a hallarse presente) permitidos en interés de la propia administración de justicia”*⁶². De igual forma, en la Comunicación núm. 624/1995 contra Georgia, el Comité interpretó el artículo 14 del PIDCP, de la siguiente manera:

“El Comité afirma que en un juicio en que pueda imponerse la pena de muerte, como era la situación en que se encontraba cada uno de los autores, el derecho a la defensa es inalienable y debe observarse en todos los casos y sin excepción. Ello implica el derecho a estar presente en el juicio, a ser defendido por un abogado de su propia elección y no ser obligado a aceptar que se le designe un abogado de oficio / Véanse, entre otros, los dictámenes del Comité respecto de las comunicaciones Nos. 52/1979, Sadías de López c. el Uruguay, (dictamen aprobado el 29 de julio de 1981) y 74/1980, Estrella c. el Uruguay (dictamen aprobado el 29 de marzo de 1983). Véase también 232/1987, Pinto c. Trinidad y Tabago, dictamen aprobado el 20 de julio de 1990./ **En este caso, el Estado Parte no ha demostrado que tomó todas las medidas razonables para que los autores estuviesen presentes en todo momento en el juicio, pese a su presunta conducta perturbadora**⁶³.

⁶² Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/18/D/16/1977, 25 de marzo de 1977, Comunicación núm. 16/1977, en el asunto de Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo.

⁶³ Comunicación No. 624/1995. Georgia. 29/05/98. CCPR/C/62/D/624/1995.

En suma, existe una clara conformidad entre la jurisprudencia constitucional y la interpretación que del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha realizado el Comité de Derechos Humanos, en materia de juicios en ausencia.

2. La anterior jurisprudencia constitucional en relación con la posibilidad de adelantar juicios en ausencia es compatible con las nuevas disposiciones constitucionales en materia de sistema acusatorio.

La línea jurisprudencial sentada por la Corte en relación con la posibilidad de adelantar juicios en ausencia es compatible con el Acto legislativo 03 de 2002. En otras palabras, la puesta en marcha de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria tiene como otra de sus particularidades la posibilidad de tener en cuenta las instituciones procesales de la declaratoria de persona ausente y de la contumacia, contrario a lo que sostiene la demandante.

En efecto, al igual que en el anterior sistema procesal penal, en el nuevo, es la regla general que la persona tiene el derecho a hallarse presente en el proceso, en especial, durante el juicio por cuanto éste se caracteriza por ser oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y “*con todas las garantías*”, entre las cuales, por supuesto, se encuentran las incluidas en el artículo 14 del PIDCP. Lo cual no implica, que de manera excepcional, el juicio puede adelantarse si a la Fiscalía General de la Nación le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación, o tomar alguna medida que lo afecte, siempre y cuando haya agotado todos los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, con un estricto control de los jueces, tanto del de control de garantías como del de conocimiento en su oportunidad, o si el imputado se rebela a asistir al proceso, o si decide renunciar a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de acusación, con el fin de darle plena eficacia, no solo al nuevo sistema procesal penal, sino a la administración de justicia.

De manera que, le corresponde al fiscal respectivo, al solicitarle al juez de control de garantías que declare persona ausente a quien se le formulará una imputación o tomara alguna medida de aseguramiento que lo afecte, demostrar adjuntando los elementos de conocimiento respectivos, que ha insistido en ubicarlo agotando los mecanismo de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. De allí que, la creación del juez de control de garantías constituye, sin lugar a dudas, un notorio avance en materia de derechos de la persona declarada

ausente, por cuanto, bajo el anterior sistema procesal, aquella decisión era adoptaba autónomamente la Fiscalía. Por el contrario, bajo el nuevo modelo de tendencia acusatoria, corresponde al juez ejercer un estricto control sobre el asunto, y solo podrá declararse a una persona ausente cuando se haya verificado que se han realizado exhaustivamente tales diligencias. Por lo tanto, sólo constatado el agotamiento de suficientes diligencias en demuestren que se ha insistido en la búsqueda de la persona, procederá el emplazamiento en los términos del artículo 127 de la Ley 906 de 2004, por lo que no basta el mero emplazamiento para considerar satisfecha la obligación estatal de garantizar la comparecencia del imputado al proceso⁶⁴.

De igual manera, los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes deben continuar de manera permanente con posterioridad a la declaratoria de ausencia, los cuales deben ser verificados también por el juez de conocimiento a fin de decidir, en estos excepcionales casos, si se continuaron empleando los mencionados mecanismos de búsqueda a fin de decidir si adelantará o no el juicio ante una verdadera ausencia del procesado, pues de no ser así, deberá procederse al decreto de la nulidad de lo actuado por violación del derecho al debido proceso.

Cabe asimismo señalar que en el derecho comparado tampoco el derecho a estar presente en el juicio oral se ha entendido en términos absolutos. Así, en el sistema acusatorio americano, en el caso *Illinois vs. Allen*⁶⁵, la Corte Suprema Federal resolvió que el derecho de un acusado a estar presente en el juicio no es impedimento para que, bajo determinadas circunstancias, el tribunal orden que se retire al acusado de la sala y continúe el juicio en su ausencia. De igual manera en el caso de *Maryland vs. Bussman*⁶⁶, se reconoció el derecho del acusado a renunciar libremente a su derecho a encontrarse presente durante el juicio oral.

3. Conclusiones.

Del examen de constitucionalidad de las normas acusadas, la Corte extrae las siguientes conclusiones:

1. Es la **regla general**, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia; tanto menos en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

⁶⁴ Ver al respecto sentencia T- 1012 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, 397 U.S. 337 (1970), asunto *Illinois vs. Allen*

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, 414 U.S. 17 (1973) asunto *Maryland vs. Bussman*.

2. Solo de manera **excepcional**, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, casos en los cuales la audiencia respectiva se realizará con el defensor que haya designado para su representación, o con el defensor que le designe el juez, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, según el caso. Adicionalmente, la persona puede renunciar a su derecho a hallarse presente durante la audiencia de formulación de la acusación. Con todo, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales.
3. La **declaratoria de persona ausente** por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, bien de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que en materia de juicios en

ausencia el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 127 de la Ley 906 de 2004 y la expresión “*Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación.*”, del artículo 291 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, de conformidad con los términos establecidos en las conclusiones de esta sentencia.

8. ARTÍCULO 232 PARCIAL Y 455.

Artículo 232. **Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos.** La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

Artículo 455. **Nulidad derivada de la prueba ilícita.** Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

a) Cargos de la demanda

En relación con el artículo 232 señala la demandante que es contrario al artículo 29 Superior por cuanto se hace referencia a que cuando el registro se encuentre viciado por carecer de algún elemento esencial genera la invalidez de los elementos probatorios que no dependan directamente, es decir, los elementos indirectos sí mantendrán su valor, “*lo que es inconstitucional porque de acuerdo con el inciso 5 del artículo 29 toda prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho sin que el constituyente distinga entre la prueba directa y la indirecta*”.

En lo que concierne al artículo 455 considera la demandante que, al consagrar unos criterios para que la prueba ilegal pueda tener valor vulnera el artículo 29 Superior, ya que “*no hay excepción a la prueba obtenida con*

violación al debido proceso, su consecuencia es que es nula de pleno derecho, es decir, inexistente”.

b) Concepto del Ministerio Público.

En concepto de la Vista Fiscal las pruebas obtenida en desarrollo de una actuación ilegal, pero cuya existencia es independiente, no están afectadas de vicio y por lo tanto no violan la prohibición constitucional de valorar pruebas obtenidas con violación al debido proceso.

En tal sentido, debe considerarse que la exclusión de la prueba, y de los elementos probatorios y evidencia física antes del juicio, como lo indicó la Corte en sentencia SU- 159 de 2002, cumple las siguientes funciones: disuade a las autoridades de acudir a medios arbitrarios e ilegales para recaudar material probatorio o evidencia física, proteger la integridad y reputación del sistema judicial, garantiza el cumplimiento de las formas procesales, asegura que la prueba existente en el proceso puede conducir válidamente a la verdad y cumple una función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en la consecución del elemento probatorio.

Agrega que, respecto de las pruebas derivadas de la viciada existen diferentes tendencias universales sobre el alcance de la exclusión de la prueba principal viciada, pero ninguna de ellas pregona con carácter general que también se proyecte la exclusión a los medios probatorios y pruebas derivadas de las principales viciadas. Es así como en Estados Unidos, a partir de 1920, se comienzan a construir excepciones a aquella regla de exclusión inicialmente fijada, como la de la fuente independiente, la atenuación o conexión tenue, la del descubrimiento inevitable y la excepción de la voluntad libre.

Por último, afirma que deberá realizarse para determinar si procede la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenida en una diligencia de registro adelantada con base en una orden que carece de alguno de los requisitos legales esenciales, pues si, por ejemplo, su descubrimiento es inevitable como sucede con el hallazgo de un cadáver, la ilicitud que afecta la orden de registro no se proyecta a la evidencia hallada en el lugar, en cuanto el que en todo caso pudiera ser descubierto el elemento o evidencia por otro medio, rompe esa conexión necesaria entre la violación al debido proceso por desconocimiento de un requisito esencial en la orden de registro y el descubrimiento del elemento.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solita a la Corte declarar exequibles las disposiciones acusadas por cuanto la circunstancia de no admisibilidad de la prueba ilícita no presenta un carácter absoluto. Agrega que sobre esa base se ha estructurado el principio de

proporcionalidad en materia probatoria, el cual consiste en sopesar, para cada caso en concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto la Corte ya se pronunció al respecto en sentencia SU- 159 de 2002. Así, de conformidad con lo expuesto en ese fallo, es fácil colegir el sentido y la razón de la expresión directa y exclusivamente, pues la misma se refiere a aquellas circunstancias materiales que tengan una relación de dependencia con la prueba contaminada.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

En opinión de la Defensoría del Pueblo las dos disposiciones acusadas deben ser declaradas parcialmente inexecutable, por las razones que pasan a explicarse.

El artículo 29 constitucional dispone que toda prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho, sin que se hagan distinciones acerca del nexo existente entre la diligencia ilegal y el hallazgo encontrado. Así las cosas, es posible afirmar que todo medio probatorio descubierto en el marco de un registro o allanamiento ilegales, carece de valor probatorio de pleno derecho.

Ahora bien, no es por el contrario inconstitucional la prueba advertida en un registro o allanamiento ilegales, que tenga el carácter de fuerza independiente o de descubrimiento inevitable, precisamente porque rompen el nexo de causalidad con la diligencia ilegal y cobran vida propia. Tal es el caso del hallazgo de un cadáver en el marco de un allanamiento ilegal.

Agrega que es preciso en esta materia caer en dos riesgos (i) una exclusión absoluta de la prueba que tenga fuerza independiente o sea un descubrimiento inevitable, favoreciendo de esta manera la impunidad, a pesar de la ruptura del nexo causal con la prueba ilegal inicial y (ii) una actitud tolerante o relajada frente a la exigencia constitucional de la nulidad de pleno derecho de toda prueba ilegal, lo cual podría propiciar atropellos por parte de las autoridades, quienes estarían tentadas a pensar que el fin (hallar prueba) justifica los medios (ilegales).

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar executable las expresiones acusadas ya

que la cláusula de exclusión contenida en el artículo 23 del C.P.P. es clara en tanto que repite lo preceptuado por el artículo 29 superior, y los desarrollos contenidos en los artículos demandados constituyen excepciones lógicas al mismo, como son, el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado y la fuerza independiente.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas.

Argumenta que el análisis de las normas acusadas debe realizarse a partir de las teorías que en el derecho probatorio en materia penal se han denominado como de la “*manzana contaminada en el cesto de frutas*” y aquella de “*los frutos del árbol envenenado*”. De conformidad con la primera, todas las pruebas que haya dentro de un proceso se vician cuando una de esas pruebas es nula, aún cuando las demás hayan sido obtenidas legalmente y no tenga un vínculo directo ni dependan de aquella que está viciada. La segunda doctrina, en cambio, considera que únicamente estarán viciadas las pruebas que dependan de la prueba ilícita.

En tal sentido, a juicio de la Comisión, la Ley 906 de 2004 debe responder a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, rechazando toda prueba que dependa de una prueba ilícita, pero sin asumir que todas las pruebas dentro de un proceso penal en el cual haya una prueba ilícita se contaminan de esa ilicitud. Pero al hacerlo debe velar porque no se establezcan excepciones a la cláusula de exclusión, establecida constitucionalmente y consagrada en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

En relación con las normas demandadas, señala el ciudadano interviniente que la cláusula de exclusión es una regla de derecho que han acogido los ordenamientos constitucionales democráticos incluido el nuestro y consiste en establecer la prohibición de allegar al proceso penal y valorar las pruebas que hayan sido producidas con menoscabo al derecho al debido proceso. Esta cláusula tiene variantes.

En primer término, asegura que la prohibición recae en las evidencias obtenidas en forma directa de un procedimiento irregular. En segundo término la prohibición se hace extensiva a las pruebas que de alguna manera tengan una relación de causalidad con las originarias, a esto se le ha llamado por parte de la jurisprudencia y doctrina internacional la teoría de los frutos del árbol envenenado. En el medio nacional la cláusula de exclusión esta consagrada en el inciso último del artículo 29 de la Constitución: “*Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con Violación del debido proceso*”. La norma no diferencia entre prueba directa o indirecta por lo que puede interpretarse que constitucionalmente

es aceptada la teoría mencionada. En todo caso, se ha reconocido que el fin de la cláusula de exclusión es evitar que los organismos encargados de la recolección y práctica de la prueba utilicen medios irregulares que afecten los derechos de las personas, es decir, tiene un objeto disuasivo: búsqueda de la verdad no puede hacerse a cualquier precio, el límite de la actuación del Estado son los derechos fundamentales, lo cual implica un deber ético de respeto por el ser humano en la recolección de la prueba.

En este sentido aclara que el artículo 23 de la ley 906 de 2004 es desarrollo directo del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política puesto que este no hace distinción entre las pruebas obtenidas en forma directa de un procedimiento que desconoce el debido proceso y las que de alguna manera tienen relación con estas, es decir, de acuerdo a la lectura que el legislador le ha dado a la cláusula de exclusión constitucional esta no tiene matices y así lo consagró en el artículo 23, norma que al ostentar el carácter de principio rector irradia con su contenido el resto del articulado siendo pauta de interpretación del mismo.

Por esto, a juicio del interviniente, la actora acierta cuando plantea su reproche de inconstitucionalidad en contra de las expresiones “directa y exclusivamente” contenidas en el artículo 232 referido a la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos, porque no resulta razonable que mientras una norma rectora dispone que todas las evidencias derivadas de una prueba ilícita deben ser excluidas de la actuación procesal un artículo que es manifestación de ese principio rector establezca que sólo las que dependan directa y exclusivamente de un registro o allanamiento viciado por carencia de requisitos, puedan ser retiradas de la actuación procesal; esto, como se dijo, representa una vulneración del inciso último del artículo 29 constitucional que no permite matices en cuanto a la relación de las evidencias contaminadas en virtud de violación al debido proceso.

i) Problema jurídico.

Le corresponde a la Corte determinar si las disposiciones acusadas ordenan darle valor probatorio a pruebas obtenidas con violación al debido proceso en flagrante contradicción con el artículo 29 constitucional.

j) Consideraciones de la Corte.

La demandante alega que la expresión “*directa y exclusivamente*” del artículo 232 de la Ley 906 de 2004 es contrario al artículo 29 Superior por cuanto este último alude a toda prueba obtenida con violación al debido proceso, sin hacer distinción alguna. De igual manera, estima que el artículo 455 *ejusdem* vulnera la misma disposición constitucional, ya que “*no hay excepción a la prueba obtenida con violación al debido proceso, su consecuencia es que es nula de pleno derecho, es decir inexistente*”.

La Vista Fiscal, el Vicefiscal General de la Nación, el Ministerio del Interior y de justicia, así como el Decano de la Universidad del Rosario, consideran que los cargos no están llamados a prosperar por cuanto las normas acusadas se ajustan a lo dispuesto en sentencia SU- 159 de 2002; la Defensoría del Pueblo es de la opinión de declararlas exequibles parcialmente, en tanto que un interviniente considera que esta Corporación debe declararlas inexecutable.

Con el propósito de resolver los cargos de inconstitucionalidad, la Corte (i) integrará la unidad normativa; (ii) examinará los antecedentes legislativos de la disposiciones acusadas; (iii) analizará el tema de la regla de exclusión en el nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, en consonancia con el artículo 29 constitucional; y (iv) determinará si las regulaciones de la cláusula de exclusión, la nulidad derivada de la prueba ilícita y la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos se ajustan o no a la Constitución.

1. Integración de la unidad normativa.

De manera reiterada la Corte ha señalado que en el juicio de constitucionalidad la integración de la unidad normativa procede cuando la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones⁶⁷.

En este sentido esta Corporación ha señalado lo siguiente :

“(...) la unidad normativa procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado”⁶⁸.

Ahora bien, en el presente caso, es claro que para efectuar el análisis de los cargos planteados en la demanda contra la expresión “*directa y exclusivamente*” del artículo 232 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 455 *ejusdem*, resulta indispensable integrar la proposición normativa⁶⁹ con los

⁶⁷ Sentencia C- 329 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁶⁸ Sentencia C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁹ Al respecto, ver la Sentencia C-128 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

artículos 23 y 457 del nuevo C.P.P., por cuanto para pronunciarse de fondo sobre los contenidos normativos que han sido demandados, es preciso examinar en su conjunto la regulación que trae la nueva normatividad procesal penal sobre la prueba ilícita derivada. En efecto, un examen aislado de las expresiones y disposición legal demandadas carecería de sentido si no se toman en consideración los mencionados artículos de la Ley 906 de 2004, normas legales referentes a la cláusula de exclusión y a la nulidad por violación a garantías fundamentales.

2. Análisis de los antecedentes legislativos.

El proyecto de ley presentado por la Fiscalía General de la Nación establecía una amplia regulación del tema de la regla de exclusión. En él se disponía que toda prueba obtenida con violación de las **garantías fundamentales** sería nula de pleno derecho, por lo que debería excluirse de la actuación procesal, agregando que igual tratamiento recibirían las pruebas que fueran consecuencia directa de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De igual manera, se reglamentaba la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos, disponiendo que los elementos materiales probatorios que dependieran *directa y exclusivamente* del registro ilegal carecerían de valor; se excluían de la anterior regla los “registros de buena fe”; e igualmente, se disponía que la nulidad de pleno derecho debía considerar los criterios introducidos por la doctrina y la jurisprudencia, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el balance de intereses, legitimidad en la invocación de la exclusión y el fundamento disuasivo de la violación⁷⁰.

La Comisión Primera de la Cámara de Representantes aprobó un texto según el cual (i) toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, al igual que aquellas que sean consecuencia de las excluidas; (ii) se reguló la prueba ilegal, es decir, aquella practicada con violación de los requisitos formales; (iii) se consideró que para determinar la operancia de la regla de exclusión, era necesario tener en cuenta los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable “y los demás que establezca la ley”; y (iv) se reguló la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos; y (v) se suprimió la figura de los registros de buena fe⁷¹.

La Plenaria de la Cámara de Representantes, a su vez, aprobó un texto de conformidad con el cual (i) se mantuvo el texto aprobado en Comisión en relación con el principio general que rige la cláusula de exclusión; (ii) se precisó que la prueba ilegal era aquella aducida o conseguida con violación de los requisitos formales previstos en la ley, motivo por el cual

⁷⁰ Gaceta del Congreso núm. 339 del 23 de julio de 2003, p. 11.

⁷¹ Gaceta del Congreso núm. 89 de marzo de 2004, p. 3.

el juez deberá excluir su práctica o aducción, incluyendo aquellas que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado o su defensor consientan en ello; y (iii) para considerar una prueba derivada como ilícita era necesario recurrir a los criterios de vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Posteriormente, en el texto del “*Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 01 de 2003 Cámara, 229 de 2004 Senado*”, se propuso eliminar la expresión “*directa*” de la reglamentación de la regla de exclusión que había sido aprobada por la Plenaria de la Cámara de Representantes, proposición que finalmente no fue aprobada por la Comisión Primera del Senado.

Por último, la Plenaria del Senado aprobó un texto según el cual (i) toda prueba que sea obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, al igual que aquellas que sean consecuencia de aquellas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia; (ii) por prueba ilegal se entiende aquella que se haya practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal; y (iii) para efectos de determinar la nulidad de la prueba derivada de la prueba ilícita será necesario tomar en cuenta los criterios del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Así pues, del examen del trámite que surtió en el Congreso el nuevo Código de Procedimiento Penal se tiene que fue voluntad del legislador regular *in extenso* el tema de la regla de la exclusión. En tal sentido, siempre existió consenso en que toda prueba que fuera obtenida con violación de las **garantías fundamentales** sería nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. De igual manera, que una **prueba** se consideraría **ilegal** si se había aducido o conseguido con violación a las formalidades legales; en tanto que en materia de la prueba derivada de la prueba ilícita se acogieron algunos de los criterios sentados, de tiempo atrás por la Corte Suprema de los Estados Unidos, es decir, el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable. Así mismo, se evidencia que fue la voluntad del legislador aquella de aplicar la regla de exclusión a las pruebas directas como a las derivadas, con fundamento en los criterios anteriormente señalados.

3. La regla de exclusión en el nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, en consonancia con el artículo 29 constitucional.

El nuevo papel constitucional que está llamado a cumplir la Fiscalía General de la Nación, en tanto que órgano dedicado a la consecución de la

prueba, la creación del juez de control de garantías, al igual que el establecimiento de un juicio oral, público, concentrado, con inmediatez de la prueba y “*con todas las garantías*”, conducen a reformular todo el sistema probatorio en materia penal.

En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 02 de 2003 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de **permanencia de la prueba**, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el soporte para una sentencia condenatoria, decisión que debe estar fundada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

Ahora bien, las anteriores modificaciones constitucionales a la estructura del proceso penal deben ser interpretadas de manera sistemática con el artículo 29 Superior, al igual que con aquellas normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en especial, los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político. De allí que, en lo pertinente, la jurisprudencia que ha venido sentando la Corte en materia al respecto⁷², será vinculante para efectos de determinar la conformidad o no de las disposiciones acusadas con la Carta Política.

Al respecto de lo dispuesto por el inciso final del artículo 29 de la Constitución, en cuanto que *[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*, ha considerado la Corte que se trata de un remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso, cuyos requisitos y condiciones, bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas, se encuentran regulados en la ley⁷³.

⁷² Ver las sentencias C- 150 de 1993; C- 491 de 1995; C- 217 de 1996; C- 03 de 1997, C- 372 de 1997; T- 008 de 1998 y SU- 159 de 2002.

⁷³ Ver sentencia SU-159 de 2002

En lo que concierne a las fuentes de exclusión y de la sanción respectiva, en la sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte consideró:

“(…)

“*Las fuentes de exclusión.* El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado⁷⁴. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.⁷⁵

“*La sanción.* Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991).⁷⁶ Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el

⁷⁴ En el presente proceso resulta pertinente el desarrollo legal contenido en los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991, por medio del cual se expiden y se reforman normas del Código de Procedimiento Penal, que establecen lo siguiente:

Artículo 250.- Rechazo de las pruebas. *No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente, o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este código.* (subrayado fuera de texto). Esta norma fue modificada por el artículo 235 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Artículo 253.- *Libertad probatoria. Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales.* (subrayado fuera de texto). Esta norma fue modificada por el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

⁷⁵ Las condiciones sustanciales de cada prueba se encontraban reguladas en los artículos 251, 253 y 259 a 303 del Decreto 2700 de 1991.

⁷⁶ Decreto 2700 de 1991, Artículo 304.- Causales de nulidad. *Son causales de nulidad: 1. La falta de competencia del funcionario judicial. Durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial. 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho de defensa.* Esta norma fue modificada por el artículo 306 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Artículo 308. Principios que orientan la declaratoria de nulidades y su convalidación.- *1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole*

artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “*rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.*” En este sentido también son pertinentes los artículos 161,⁷⁷ 246,⁷⁸ 247,⁷⁹ 254,⁸⁰ y 441⁸¹ del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad.

(...)

“La consagración de un *debido proceso constitucional* impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales.

(...)

“También es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (“la prueba”) resultado directo e inmediato (“obtenida”) de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción

el derecho de defensa. 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica. 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales. 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. 6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este código. Esta norma fue modificada por el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

⁷⁷ Decreto 2700 de 1991, Artículo 161.- Inexistencia de diligencias.- Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

⁷⁸ Decreto 2700 de 1991, Artículo 246.- Necesidad de la prueba. *Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.*

⁷⁹ Decreto 2700 de 1991, Artículo 247.- Prueba para condenar. *No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.*

⁸⁰ Decreto 2700 de 1991, Artículo 254. *Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba.*

⁸¹ Decreto 2700 de 1991, Artículo 441.- Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. *El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio, que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.*

para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.”.

En efecto, una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física.

4. Examen de constitucionalidad de las regulaciones de la cláusula general de exclusión, cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos, nulidad derivada de la prueba ilícita y nulidad por violación a garantías fundamentales.

El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, el cual se encuentra ubicado en el Título Preliminar “*Principios rectores y garantías procesales*” de la Ley 906 de 2004, y por ende, se trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la **cláusula general de exclusión**, al disponer que *[T]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.*

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con *violación de las garantías fundamentales*, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, se ajusta al artículo 29 Superior, razón por la cual lo declarará exequible por el cargo analizado.

Ahora bien, la demandante solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión “*directa y exclusivamente*” del artículo 232 de la Ley 906 de 2004. Al respecto de esta disposición, como ya se advirtió, la Corte estima que el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional no puede limitarse a tomar en consideración, de manera aislada, el enunciado invocado en este caso por la demandante sino que es preciso situarlo en un contexto determinado, el cual será objeto del respectivo control de

constitucionalidad. Quiero ello decir que, en el presente asunto, la Corte considera necesario examinar de manera global el artículo 232 del nuevo C.P.P. por cuanto la expresión demandada considerada de manera aislada carece de contenido normativo autónomo.

En tal sentido, el artículo 232 de la Ley 906 de 2004 dispone, que si la orden de registro y allanamiento expedida por parte del fiscal, se encuentra viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en aquélla, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan *directa y exclusivamente* del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación. Para la Corte la expresión “*directa y exclusivamente*” es contraria a la Constitución, por las razones que pasan a explicarse.

En virtud del Acto Legislativo 03 de 2003 la Fiscalía General de la Nación tiene competencia, sin previa orden judicial, para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, facultades todas éstas que se encuentran sometidas a un control posterior por parte del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 906 de 2004, artículos 220 y siguientes, solo podrá expedirse una orden de allanamiento y registro, con el único fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el Código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito. La orden expedida por el fiscal, deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, y si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuales se encuentran comprendidos en la diligencia; de no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, se deberá indicar en la orden los argumentos para que, pese a ello, proceda el operativo. Sin embargo, *en ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamientos indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.*

Ahora bien, la expresión legal cuya declaratoria de inexecutable se demanda desarrolla un caso específico de aplicación de la regla de exclusión, en materia de registros y allanamientos. En tal sentido el artículo 232 de la Ley 906 de 2004 dispone la **invalidez de la diligencia** de allanamiento y registro, y en consecuencia los elementos materiales

probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor y serán excluidos de la actuación, cuando quiera que la orden expedida por el fiscal haya violando alguno de los requisitos esenciales previstos en el Código de Procedimiento Penal, establecidos en la ley. Es decir, la diligencia de registro y allanamiento deberá practicarse: (i) con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, caso éste que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva⁸²; (ii) deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o partícipe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con lo que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo⁸³; (iii) los motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado⁸⁴; (iv) la orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados⁸⁵; (v) existen unos objetos no susceptibles de registro⁸⁶; (vi) la ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento⁸⁷; (vii) la diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en la ley⁸⁸; (viii) se debe tener en cuenta la regla particular si se trata de un allanamiento especial⁸⁹; (ix) procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la ley⁹⁰; (x) se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan, de la cual se expedirá una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan⁹¹.

De tal suerte, que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos

⁸² Art. 219 del nuevo C.P.P.

⁸³ Art. 220 del nuevo C.P.P.

⁸⁴ Art. 221 del nuevo C.P.P.

⁸⁵ Art. 222 del nuevo C.P.P.

⁸⁶ Art. 223 del nuevo C.P.P.

⁸⁷ Art. 224 del nuevo C.P.P.

⁸⁸ Art. 225 del nuevo C.P.P.

⁸⁹ Art. 226 del nuevo C.P.P.

⁹⁰ Art. 229 del nuevo C.P.P.

⁹¹ Art. 227 del nuevo C.P.P.

esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependen de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

Pero, la disposición acusada dispone, que tan sólo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera *directa y exclusiva* de ella carecen de validez y serán excluidos de la actuación, con lo que se restringe el alcance del artículo 29 constitucional para los efectos del registro y allanamiento. En otras palabras, de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente.

Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 232 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, salvo la expresión “*directa y exclusivamente*” que se declarará inexecutable.

Finalmente, la demandante acusa el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, que se encuentra ubicado en el Capítulo III “*Práctica de la prueba*”, Título VI “*Ineficacia de los actos procesales*”, y regula el tema de la **nulidad** derivada de la prueba ilícita, señalando que para los efectos del artículo 23, es decir, para la aplicación de la cláusula de exclusión allí consagrada respecto de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, se deben considerar los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “*y los demás que establezca la ley*”.

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas

legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “y las demás que establezca la ley”, para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por **vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible⁹² atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la **fuentes independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso⁹³; y (v) el **descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito⁹⁴;

Sobre el particular esta Corporación en sentencia SU- 159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa⁹⁵, examinó las diversas soluciones que el derecho comparado ofrece en materia de exclusión de pruebas derivadas, en los siguientes términos:

“Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el

⁹² Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *asunto Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939).

⁹³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *asunto Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920).

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *asunto Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984).

⁹⁵ Con salvamento de voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil

vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados. Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original” (negrillas agregadas).

En este orden de ideas, si durante la práctica de una diligencia de allanamiento y registro se encuentran elementos probatorios y evidencia física, que no guardan relación alguna con la investigación que se adelanta ni con el objeto de la diligencia, el fiscal deberá relacionarlos y ponerlos a órdenes de la autoridad competente para efectos de abrir unas nuevas diligencias judiciales, ya que no constituyen prueba alguna de responsabilidad del indiciado o imputado.

Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir **cualquier clase de prueba**, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

En lo que concierne al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, disposición íntimamente relacionada con las estudiadas anteriormente, por consagrar la nulidad por violación a garantías fundamentales, como causal de nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos

sustanciales, debe la Corte ocuparse de analizar la expresión “*salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas*”, del inciso segundo, referida a la excepción en relación con que los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral no invalidan el procedimiento.

Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de *lesa humanidad* imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso⁹⁶, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de *lesa humanidad* como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “***motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.***”

Sin lugar a dudas resulta inadmisibles que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible, por el cargo analizado, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

9. ARTÍCULO 242 PARCIAL

“Artículo 242. **Actuación de agentes encubiertos.** Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

a) Cargos de la demanda

La demandante sostiene que la expresión acusada vulnera el artículo 113 Superior ya que administrar justicia es propio del poder público, y además, de conformidad con el artículo 116 constitucional los particulares sólo pueden ser jurados de conciencia, conciliadores o árbitros pero nunca agentes encubiertos. Agrega que la investigación de los hechos corresponde adelantarla a la Fiscalía General de la Nación pero nunca a los particulares *“porque si se permite a los particulares realizar esa función, significaría permitir la justicia privada”*.

b) Concepto del Ministerio Público.

A juicio de la Vista Fiscal el agente encubierto realiza funciones investigativas y de este modo participa en el ejercicio de una función pública, sin que por ello sea contrario a la Constitución.

Así pues, el agente encubierto no es agente provocador, pues éste induce a cometer un delito para condenar al provocado, mientras que tal proceder le está prohibido al encubierto. Se trata de colaboradores secretos o agentes policiales infiltrados clandestinamente en la escena del crimen, que observan los hechos punibles.

También existen las llamadas *“personas de confianza”*, que son aquellas que sin pertenecer a una autoridad de persecución penal, están dispuestas a colaborar con ella a largo plazo y en forma confidencial en el esclarecimiento de delitos. La identidad de estas personas se mantiene en estricto secreto.

A continuación se trae a colación el caso alemán, en cuya justicia penal se pueden presentar las siguientes hipótesis de participación de particulares:

1. Que se trate de una persona expuesta, que no necesita protección de su identidad, o que no teme represalias en su contra, caso en el cual comparecerá en el juicio como testigo.
2. Que exista interés en mantener la identidad de la persona en reserva, caso en cual no comparecerá al juicio, quedando la autoridad obligada a esclarecer el delito y aportar elementos de prueba adicionales en el juicio.

3. Los informantes, quienes se limitan a suministrar datos cuando tienen conocimiento sobre actos preparativos de negocios ilícitos, de modo que puede tratarse de cualquier persona.

Luego de señalar todas las limitaciones legales que existen para los agentes encubiertos y personas de confianza, el Ministerio Público sostiene que no se trata de una forma de administrar justicia, sino de una colaboración útil para el correcto funcionamiento de la misma. Agrega que el solo contacto de aquellos con material probatorio no los convierte en administradores de justicia.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

A juicio del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar ya que el mismo se cimenta sobre aseveraciones carentes de veracidad, tales como que quien siendo particular obra como agente encubierto administra justicia.

Tal elucubración no sólo escapa a las interpretaciones más flexibles que pudieran dársele a la norma, sino que desconoce el entorno nacional e internacional en materia de implementación de técnicas especiales de investigación. Sobre esta materia cabe señalar como la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue declarada exequible por la Corte, normatividad que alude a la necesidad de incorporar en los países signatarios, mecanismos especiales de investigación que permitan desarticular redes delictivas.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto de conformidad con el artículo 95 constitucional, es deber de toda persona colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Aunado a lo anterior, los agentes encubiertos no están administrando justicia. Además, la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes acepta dicha figura sin discernir cuál es la condición del sujeto a infiltrar en las organizaciones delincuenciales, a lo cual se suma que la participación de los particulares es una medida voluntaria y no obligatoria, que implique un constreñimiento o una violación de sus derechos fundamentales.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

A juicio de la Defensoría del Pueblo la expresión acusada debe ser declarada inexecutable por las razones que pasan a explicarse.

La administración de justicia es un servicio público monopolio del Estado, que se desarrolla de manera independiente y autónoma parte de servidores

públicos de la rama judicial. En tal sentido, el artículo 116 constitucional únicamente estableció tres hipótesis excepcionales en las cuales los particulares pueden administrar justicia: jurados de conciencia, conciliadores y árbitros. Un agente encubierto no encaja en ninguno de los anteriores casos. En caso de ser declarado exequible, la Defensoría le solicita a la Corte limitar las facultades del agente encubierto en el sentido de que su actividad debe ser limitada a lo estrictamente necesario; la orden de utilizarlo debe ser proferida por acto administrativo motivado y el acto debe ser firmado por el fiscal y debe contar con la autorización previa y escrita del Director Nacional de Fiscalías o el Seccional.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar exequible la expresión acusada, por las razones que pasan a explicarse.

La norma demandada forma parte de la regulación de la Policía Judicial en el nuevo Estatuto, que deja en claro que la investigación de los delitos en Colombia se encuentra a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Cabe agregar que permitirle a los particulares que actúen como agentes encubiertos no constituye el ejercicio de una función judicial, sino que se trata de una colaboración con el proceso investigativo.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas.

La posibilidad de que los particulares actúen como agentes encubiertos es una función que sólo pueden llevar a cabo agentes del Estado, en tanto corresponde al mismo garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, obligación que no puede asegurarse si quienes actúan en nombre del Estado son particulares.

El derecho fundamental a la intimidad no puede afectarse sino por agentes estatales, previa autorización judicial. En la medida en que el fiscal no ejerce funciones judiciales y se trata de un derecho fundamental, su afectación sólo puede autorizarla el juez de control de garantías.

Si la información recaudada por el agente encubierto va a ser utilizada como prueba, éste deberá comparecer y rendir testimonio ante el juez o tribunal que conozca del juicio, para asegurar la publicidad, contradicción e inmediación de las pruebas, esto es un “juicio con todas las garantías”.

En suma, para la Vista Fiscal, la acción de los agentes encubiertos debe ser ordenada únicamente por un juez de control de garantías y las pruebas que aporten los agentes encubiertos deben ser controvertidas en juicio.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente, la pretensión debe ser desechada puesto que en ningún momento la ley 906 de 2004 está autorizando a los particulares para que administren justicia, el agente encubierto en cabeza de un particular se justifica en la medida en que ayuda con su colaboración en el perfeccionamiento de la investigación sin que esto implique desarrollo de funciones judiciales.

La administración de justicia se entiende como el ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos del Estado habilitados para ello y excepcionalmente por particulares que la Constitución señale, con el fin de dirimir conflictos en todos los ámbitos por medio de decisiones vinculantes y definitivas; concepto del cual escapa la actuación del agente encubierto particular que es solo un colaborador de la investigación quien no toma decisión alguna de carácter vinculante ni definitiva en desarrollo del ejercicio de la jurisdicción.

La figura del agente encubierto responde a la necesidad de enfrentar las formas más sofisticadas del crimen organizado y ha sido acogida por la mayoría de los Estados que ven en la delincuencia a gran escala un serio peligro para el logro de la convivencia.

i) Problema jurídico.

Le corresponde a la Corte determinar si la expresión acusada es o no contraria a la Constitución por cuanto autoriza a particulares para que obrando como agentes encubiertos administren justicia.

j) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana alega que la “*o, incluso particulares*”, referente a los agentes encubiertos, vulnera el artículo 116 constitucional, por cuanto la función de administrar justicia le corresponde ejercerla al Estado, y excepcionalmente, a los particulares que actúen en condición de conciliadores, árbitros y jurados en causas criminales. Agrega que eso llevaría “*privatizar la justicia*”.

El Ministerio Público, así como la mayoría de los intervinientes, consideran que el cargo no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que los particulares que actúan como agentes encubiertos de manera alguna administran justicia. Se trata, por el contrario, de una figura mediante la cual un particular colabora con el buen funcionamiento de la administración de justicia, en los términos del artículo 95.7 constitucional. Por el contrario, la Defensoría del Pueblo considera que le asiste razón a la demandante por cuanto el monopolio sobre la administración de justicia

está en cabeza del Estado, y excepcionalmente y de manera transitoria, la ejercen los particulares en los términos del artículo 116 Superior.

La Corte examinará si la ciudadana estructuró realmente un cargo de inconstitucionalidad contra la expresión “o, incluso particulares”, del artículo 242 de la Ley 906 de 2004.

1. Inepta demanda por ausencia de un cargo de inconstitucionalidad.

La Corte ha señalado que el ciudadano que ejerza la acción pública de inconstitucionalidad debe referir con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Se trata del cumplimiento de unos requisitos esenciales desarrollados por el artículo 2° del decreto 2067 de 1991. Sobre el particular esta Corte se pronunció en sentencia C- 374 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia ha sido constante en afirmar que la acción pública de inconstitucionalidad comporta, para quien la ejerce, el deber de cumplir materialmente con los requisitos mínimos consagrados en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, pues solo de esta forma la Corte Constitucional podrá desarrollar debidamente su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política.

*Uno de tales requerimientos es la existencia de un cargo concreto de constitucionalidad que, según la jurisprudencia, constituye presupuesto material para que pueda proferirse un fallo de mérito. Por consiguiente, “el actor no cumple ese requisito si se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición, pues su omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad”.*⁹⁷

Sobre este particular se ha precisado que la sustentación específica del concepto de la violación, como carga mínima que en cabeza del ciudadano que ejercita la acción de inconstitucionalidad, racionaliza el trabajo de esta Corporación en la medida en que permite situar la controversia en el plano constitucional. De ahí que antes de pronunciarse sobre el fondo de una demanda sea necesario entrar a verificar si el actor ha formulado materialmente un cargo, “pues de no ser así, la decisión debe ser, en principio, inhibitoria, ya que la demanda sería sustantivamente inepta, por no contener cargos concretos de inexecutableidad susceptibles de ser analizados y

⁹⁷ Sentencia C-447 de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

*evaluados por ella mediante el ejercicio del control de constitucionalidad”.*⁹⁸

*La Corte es particularmente celosa de la observancia de este requisito, pues si se admiten demandas que no satisfacen esta mínima exigencia la acción de inconstitucionalidad se convertiría en una suerte de control oficioso de constitucionalidad que no está previsto en la Carta. Por ello, para evitar tal situación “se necesita saber en concreto las razones por las que el demandante encuentra que la norma acusada viola las normas constitucionales invocadas”, puesto que la informalidad de la acción de inconstitucionalidad “no se traduce en la inexistencia absoluta de parámetros para su ejercicio ya que a la Corte Constitucional no le corresponde construir el escenario de la confrontación jurídica pues, en tales circunstancias, estaría ejerciendo una revisión oficiosa de inconstitucionalidad, la cual no le está permitida por la Carta Política”.*⁹⁹

*Para que la argumentación expuesta en el concepto de violación sea admisible constitucionalmente se requiere además que exista una correspondencia lógica entre las normas acusadas como inconstitucionales, las normas constitucionales que se consideran infringidas y las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, por lo cual es menester que los cargos del demandante giren en torno a las normas demandadas y no a otras distintas. En consecuencia, si las razones que esgrime el actor en su libelo no se predicen de las normas demandadas sino de normas diferentes, la Corte no puede emitir pronunciamiento de fondo alguno, por cuanto “tampoco le está permitido considerar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley con base en los cargos planteados en relación con una disposición diferente”.*¹⁰⁰

Cabe precisar que el hecho de haberse admitido una demanda que adolece de alguno de los requisitos sustanciales -entre ellos el concepto de violación-, no implica que sobre la misma la Corte necesariamente esté obligada a pronunciarse de fondo pues el análisis que se hace al momento de la admisión es flexible, dada la naturaleza pública de la acción de inconstitucionalidad, lo cual no obsta para que al momento de fallar la causa el pleno de esta Corporación pondere nuevamente el contenido del libelo y decida sobre la procedencia o no de dictar una decisión de fondo.

⁹⁸ Sentencia C-1256 de 2001. M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes

⁹⁹ Sentencia C-087 de 2002

¹⁰⁰ Sentencia C-652 de 2001

Si la Corte opta por inhibirse de emitir un pronunciamiento de mérito, al actor no se le conculca su derecho de acceder a la administración de justicia ya que tratándose de una determinación que no hace tránsito a cosa juzgada, queda incólume su posibilidad de intentar nuevamente el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad con argumentos que hagan posible la realización de una controversia de índole constitucional.

En el presente asunto, la demandante no estructura un verdadero cargo de inconstitucionalidad por cuanto se limita a considerar que la expresión acusada vulnera el artículo 113 Superior ya que administrar justicia es propio del poder público, y además, de conformidad con el artículo 116 constitucional los particulares sólo pueden ser jurados de conciencia, conciliadores o árbitros pero nunca agentes encubiertos. De tal suerte que la demandante no explica suficientemente los motivos por los cuales los particulares que actúan como agentes encubiertos administran justicia.

Por las anteriores razones, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse en relación con la expresión “o, incluso particulares”, del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, por inepta demanda.

10. ARTÍCULO 267 PARCIAL.

“Artículo 267. **Facultades de quien no es imputado.** Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquél o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

a) Cargos de la demanda

A juicio de la demandante se presenta un caso de inconstitucionalidad por omisión “*porque si quien no es imputado tiene derecho a ser informado, por parte alguna dentro del C. de P.P. se dice quien le debe informar ni en qué momento, y entonces el derecho de activar la defensa desde la indagación y la investigación queda vacío porque en parte alguna, vuelve a repetirse, se establece una obligación recíproca de quién debe informar*

y en qué momento, y en esa forma se lleva por delante el contenido del artículo 29 de (sic) C.P. cuando se consagra el derecho de defensa y a la asistencia de un abogado”.

b) Concepto del Ministerio Público.

En concepto del Ministerio Público la expresión acusada debe ser declarada exequible debido a que la garantía del derecho a la defensa no impone el deber de informar al no imputado, es decir, al mero sospechoso, que se adelanta una investigación encaminada a establecer si existe mérito o no para formularle una imputación.

Argumenta la Vista Fiscal que no existe el derecho del indiciado, y el correlativo deber del Estado, de ser informado sobre el inicio de investigaciones previas a la formulación de la imputación, no existe así la omisión legislativa relativa pregonada por la demandante porque la ley “*no puede consagrar titulares de deberes inexistentes*”.

A continuación, pasa la Procuraduría a examinar el tema del alcance del derecho de defensa antes de la formulación de la imputación, vale decir, cuando apenas se están recaudando los elementos necesarios tendientes a establecer si procede o no el ejercicio de la acción penal.

Al respecto, cabe señalar que las diligencias previas constituyen una etapa preprocesal durante la cual el fiscal deberá individualizar al posible sujeto activo de la conducta punible. Así, antes de la formulación de la imputación el sospechoso no es parte, contra él no se ha formulado ninguna imputación, no se le endilga la posible comisión de una conducta punible, en cuanto apenas se está determinando si se reúnen o no las condiciones constitucionales y legales para ejercer la acción penal.

De tal suerte que en esta etapa no tiene lugar controversia alguna, a diferencia de lo que sucedía en el sistema procesal anterior, no se están tomando medidas judiciales que afecten sus derechos, tampoco se presenta un recaudo probatorio que pueda ser llevado a juicio y que requiera, por lo tanto, que se garantice el ejercicio del derecho de defensa frente a la prueba mediante la contradicción. Así, bajo el nuevo esquema procesal, salvo las pruebas anticipadas, todas las demás se producen durante el juicio oral, por manera que es ese momento en el cual la contradicción y la controversia tienen lugar, garantizándose el derecho de defensa.

Agrega que “*la mera recopilación de elementos materiales probatorios antes de la formulación de la imputación no es prueba, y por lo tanto, no permite la controversia, de tal manera que aquellas manifestaciones del derecho de defensa no tienen cabida y carece de sentido exigir que se dé la oportunidad de ejercerlas*”. A renglón seguido indica que no le es dado al fiscal postergar indefinidamente la formulación de la imputación con el objeto de seguir recaudando elementos materiales de prueba cuando con

los existentes ha logrado la individualización, pues ello debe hacerse de cara al imputado a efectos de garantizar sus derechos.

En este orden de ideas, ante la inexistencia de proceso y de recaudo de pruebas, el ejercicio de la defensa consistirá en buscar, identificar empíricamente, recoger, embalar los elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional que exigía comunicar lo antes posible la existencia de una investigación previo o formal en curso, como garantía del derecho de defensa, no resulta ser aplicable al nuevo esquema procesal penal porque es en la formulación de la imputación en donde al ciudadano se le advertirá sobre la acción penal en su contra.

En suma, antes del juicio oral no se recaudan, controvierten ni valoran pruebas que todas se presentarán y practicarán en la vista pública, frente al imputado y su defensor por lo que la actividad de la defensa se concreta a labores de recaudo de evidencia y a la solicitud de la intervención del juez de control de garantías frente a medidas que vulneren derechos fundamentales.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

En concepto del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto el ejercicio procesal del derecho de defensa sólo procede a partir de la formulación de la imputación, lo cual se explica por la estructura misma del nuevo esquema procesal. En otras palabras, no resulta posible para los fines del proceso acusatorio controvertir una formulación que todavía no se ha formulado.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto en la fase de indagación no se están investigando personas sino hechos, por lo cual hasta tanto el Estado, representado por la Fiscalía, no tenga elementos probatorios que permitan inferir razonablemente la autoría o participación en la realización de la conducta punible, no se traba la *litis* o contradictorio.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo le solicita a la Corte declararse inhibida para fallar de fondo por cuanto la demanda no cumple con los requisitos para que se declare una inconstitucionalidad por omisión, cuales son, que exista un expreso deber de acción; que ese deber esté consagrado en la

Constitución y que el legislador profiera una ley que no cumple con ese deber.

En el presente caso, la Constitución por parte alguna señala qué funcionario estatal debe informar a una persona sobre la existencia de una investigación preliminar en su contra, ni tampoco dentro de qué plazo.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas ya que en el nuevo esquema procesal el derecho de defensa se ejerce a partir de la imputación, por lo que no existe un derecho a conocer de la existencia de unas diligencias previas.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar exequible la expresión acusada, debido a que la obligación de la Fiscalía de informar a las personas a quienes está investigando comienza a partir del momento de la imputación. En todo caso, a partir del momento de la imputación la persona investigada será informada de ello y podrá ejercer su derecho de defensa.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

El ciudadano interviniente considera que la Corte debe declarar exequible la expresión acusada, por las razones que pasan a explicarse.

El nuevo proceso penal a diferencia del anterior se caracteriza por tener una etapa investigativa que se surte sin necesidad de vincular al indiciado a proceso alguno.

Esta etapa de indagación que realizan los órganos de policía judicial no es formalizada porque el ente de investigación no practica pruebas. Durante esta etapa la policía judicial bajo la dirección del fiscal delegado se encarga de recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencias físicas con el fin de presentar si hay lugar a ello, ante el juez de conocimiento el escrito de acusación momento en el cual el Estado ejerce la acción penal. En esta etapa no se habla como en el proceso establecido en la ley 600 y en los estatutos previos de práctica de la prueba como tal, esto, como ya se dijo se eliminó con el acto legislativo 03 de 2002 que estableció que sólo tendrán el carácter de prueba jurídicamente hablando aquellas que se hayan practicado en la audiencia del juicio oral y público con el cumplimiento estricto de los principios de contradicción, intermediación y concentración.

Este panorama cambia la naturaleza del derecho de defensa puesto que está tendrá su despliegue en la etapa del juicio que es donde se practica la prueba. Esto sucede así en todos los modelos de corte acusatorio que existen. Sin embargo en Colombia se ha optado por establecer una etapa previa a la acusación que sirve como instrumento de activación del derecho de defensa; se le conoce como la formalización de la investigación la cual consiste en una audiencia preliminar ante el juez de control de garantías en la que el fiscal general de la Nación o su delegado le comunica a una persona su calidad de imputado. Esto sucede cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga (Art. 286 y 287). El artículo 290 habla del fin de la formulación de la imputación y expresa que a partir de ella el imputado puede preparar de modo eficaz su actividad procesal.

Como se ve, asegura el interviniente, la oportunidad para empezar a preparar la defensa la tiene el imputado a partir de este momento.

i) Problema jurídico.

La Corte debe determinar si, como lo sostiene la demandante, la norma acusada adolece de una inconstitucionalidad por omisión, violándose de esta manera los derechos de defensa y al debido proceso, pues no contempla quién y en qué momento debe informarse al imputado sobre los derechos que puede ejercer desde antes de la formulación de la imputación ante el juez de control de garantías.

j) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana alega que el artículo 267 de la Ley 906 de 2004 constituye un caso de inconstitucionalidad por omisión *“porque si quien no es imputado tiene derecho a ser informado, por parte alguna dentro del C. de P.P. se dice quien le debe informar ni en qué momento, y entonces el derecho de activar la defensa desde la indagación y la investigación queda vacío porque en parte alguna, vuelve a repetirse, se establece una obligación recíproca de quién debe informar y en qué momento, y en esa forma se lleva por delante el contenido del artículo 29 de (sic) C.P. cuando se consagra el derecho de defensa y a la asistencia de un abogado”*.

La Vista Fiscal, y la mayoría de los intervinientes consideran que no le asiste razón a la demandante por cuanto, de conformidad con el nuevo esquema procesal penal el indiciado no tiene derecho alguno a ser informado sobre el adelantamiento de unas investigaciones iniciales en su contra, de suerte que el derecho de defensa se comienza a ejercer únicamente desde la formulación de la imputación. La Defensoría del Pueblo, a su vez, considera que la Corte debe declararse inhibida para falla de fondo por cuanto no se estructuró un verdadero cargo de

inconstitucionalidad por omisión. La Corte comparte esta última posición, por las razones que pasan a explicarse.

La Corte en sentencia C- 543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, analizó el tema de la inconstitucionalidad por omisión, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa **"todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución"**. Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar. (negrillas agregadas).*

“En resumen, se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente”.

Esta Corporación, a su vez, en sentencia C- 041 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sistematizó las líneas jurisprudenciales existentes en materia de los requisitos mínimos que debe cumplir una demanda ciudadana de inconstitucionalidad por omisión, en los siguientes términos:

“5. Demanda de inconstitucionalidad. Cargos relacionados con omisiones legislativas.

En numerosas providencias la Corte Constitucional ha aceptado que el legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión. No obstante, la misma jurisprudencia reconoce que no toda omisión puede ser sometida a control constitucional.

En efecto, las omisiones absolutas (omisiones de legislador, tal como las conoce la doctrina¹⁰¹) consisten en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable. Como, por sustracción de materia, la ausencia íntegra de normatividad no puede ser cotejada con ningún texto, lo

¹⁰¹ Cfr. Sentencia C-635 de 2000

cual incluye, por supuesto, el de la Constitución, la jurisprudencia admite que frente a este tipo de omisiones el juez constitucional se encuentra impedido para ejercer el juicio de correspondiente. “La acción pública de inconstitucionalidad –dice la Corte- si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (...). Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”¹⁰².

No obstante, la omisión del legislador también puede ser relativa, caso en el cual se la denomina, llanamente, omisión legislativa. Una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales-, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente. De lo anterior se deduce, entonces, que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional.

Para la Corte, el legislador incurre en una omisión legislativa u omisión relativa cuando éste ha regulado “de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad.”¹⁰³.

Esta Corporación también ha dicho que para que la juez constitucional pueda declarar la inexecuibilidad por omisión se requiere que la “norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las

¹⁰² Sentencia C-543 de 1996. Cfr. también, las Sentencias C-073 de 1996 y C-540 de 1997.

¹⁰³ Sentencia C-1549 de 2000.

consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.”¹⁰⁴.

*Complementando el esquema anterior, la Corte Constitucional ha entendido que también se incurre en omisión legislativa relativa cuando el legislador “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.”*¹⁰⁵.

Para que una demanda de inconstitucionalidad contra una omisión legislativa relativa sea admisible, resulta necesario que el actor acuse el contenido normativo específicamente vinculado con la omisión. De esta suerte, no resultan atendibles los cargos generales que se dirigen a atacar un conjunto indeterminado de normas¹⁰⁶ con el argumento de que omiten la regulación de un aspecto particular, o los que se dirigen a atacar normas de las cuales no emerge el precepto que el demandante echa de menos. (negrillas agregadas).

Las anteriores líneas jurisprudenciales han sido mantenidas por la Corte en sentencias C- 230 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C- 562 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

En el caso concreto, la ciudadana entendió que de la expresión “*quien sea informado*”, del artículo 267 de la Ley 906 de 2004, se derivaba un derecho para la persona a quien todavía no se le habían formulado unos cargos ante el juez de control de garantías a ser informado; y a partir de tal interpretación personal de la norma, la demandante consideró que se presentaba un caso de inconstitucionalidad por omisión debido a que el mencionado artículo no aclaraba qué autoridad debía cumplir con tal labor, ni cuándo debía ser realizada dicha actividad, vulnerándose de esta manera el debido proceso y el derecho de defensa.

Al respecto la Corte considera que la demandante no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad por omisión, ya que no explica por qué razón la expresión acusada excluye de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; no porque dicha exclusión no obedece a una razón objetiva y suficiente; que carece de una razón objetiva y suficiente, y que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.

¹⁰⁴ Sentencia C-427 de 2000.

¹⁰⁵ Sentencia C-543 de 1996

¹⁰⁶ Ídem.

En este orden de ideas, la Corte se declarará inhibida para fallar de fondo, por inepta demanda en relación con la expresión “*quien sea informado*” del artículo 267 de la Ley 906 de 2004.

11. ARTÍCULO 302 PARCIAL.

“Artículo 302. Procedimiento en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

a) Cargos de la demanda

Estima la demandante que la expresión demandada es contraria al numeral 1 del artículo 250 Superior, por cuanto la determinación de si la captura se ha realizado legalmente o no corresponde al juez de control de garantías y no al fiscal. Agrega que “*téngase en cuenta que para determinar si procede o no la detención preventiva se deben hacer juicios de valor sobre la necesidad con relación a la obstrucción de la justicia, al peligro social, y a la probabilidad de comparecencia al proceso del imputado. Si todas*

esas evaluaciones las va a realizar el fiscal, no tuvo sentido alguno la figura del juez de control de garantías y seguiríamos en manos de los fiscales”.

b) Concepto del Ministerio Público.

En concepto de la Vista Fiscal la Corte debe declarar exequible la disposición acusada, por las razones que pasan a explicarse.

La liberación que ordena un fiscal del capturado en flagrancia no es el resultado del ejercicio ilegítimo de la función que el numeral 1 inciso 3 del artículo 250 asigna al juez de control de garantías, sino un imperativo que nace de la protección constitucional del derecho a la libertad personal.

Agrega que la norma acusada no autoriza al fiscal para realizar un control sobre la legalidad de las condiciones en que se adelantó la aprehensión por la autoridad o el particular. De acuerdo con la disposición examinada únicamente corresponde a este funcionario, una vez ha sido dejado a su disposición el aprehendido, verificar si es procedente mantener a la persona privada de la libertad en razón de la medida de aseguramiento aplicable por el supuesto delito, sin entrar a realizar consideraciones sobre aspectos distintos como la necesidad de privar a la persona de la libertad para impedir la obstrucción de la justicia, por el peligro social que representa o la probabilidad de comparecencia del imputado al proceso, aspectos que son del resorte del juez de control de garantías.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

En concepto del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto la facultad que se le otorgó al fiscal es coherente con la garantía constitucional del habeas corpus. De tal suerte que la facultad otorgada por el legislador al fiscal adquiere relevancia práctica en lo que concierne a los delitos querellables, así como cuando se dan los supuestos de aplicación del principio de oportunidad. De igual forma, resulta de singular importancia cuando la captura hubiese sido ilegal.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto la libertad de una persona es un derecho fundamental consagrado en las legislaciones interna e internacional, por lo tanto, no puede presentarse ni admitirse su restricción ilegal.

Agrega que se trata de una situación de flagrancia, es decir, cuando la captura ha sido efectuada sin orden del juez o fiscal, siendo la persona conducida en el menor tiempo posible ante la Fiscalía, a efectos de que el

fiscal delegado verifique las condiciones en que la captura se realizó, y si para la conducta punible hay o no lugar a la detención preventiva.

Hipótesis distinta se presenta en los casos de no flagrancia, donde la restricción del derecho a la libertad opera por orden de un juez, y excepcionalmente del fiscal, por cuya razón es él, el juez, quien debe verificar la legalidad y procedencia de la captura.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

A juicio de la Defensoría del Pueblo el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto, de prosperar la tesis de la demandante, se comprometería el derecho a la libertad personal, pues el disfrute de éste quedaría condicionado a que el correspondiente fiscal encuentre un juez y obtenga de éste una providencia que ordene la libertad de una persona que no requiere privación de la libertad, por ejemplo, en comportamientos que son típicos o que siéndolos no requieren privación de la libertad.

f) Intervención de la Universidad del Rosario.

El Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario solicita a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas ya las capturas las realiza la policía judicial, ya sea que se trate de flagrancia o por cuanto media orden expedida por autoridad competente. Así, el artículo acusado se refiere a la primera posibilidad, y de conformidad con lo reglado en el C.P.P., una vez la policía judicial realiza una captura en situación de flagrancia, debe poner al capturado a disposición de la Fiscalía, siendo lógico que ésta, en ejercicio del control de legalidad respecto a la actuación de sus colaboradores, tenga la posibilidad para decidir sobre la legalidad del procedimiento de inmediato, sin esperar un pronunciamiento judicial.

g) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar exequibles la expresión acusada se refiere a situaciones en las cuales no procede claramente la privación de la libertad de quien ha sido capturado en flagrancia, o cuando la captura es ilegal. De tal suerte que el artículo demandado, antes que violar una garantía del capturado, evita que se consuma una violación, pues obliga al funcionario que de primera mano conoce la privación de la libertad a examinar de inmediato si ésta tiene o no fundamento legal.

h) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

A juicio del ciudadano interviniente el cargo no debe prosperar por las siguientes razones.

El fiscal en el nuevo sistema no podrá a nombre propio disponer de la detención preventiva en contra del indiciado, será el juez de control de garantías quien en un análisis ponderado señalará en forma neutral si existen suficientes motivos para poder decretarla. De la misma forma se procede cuando el fiscal con sus actuaciones limita derechos fundamentales del indiciado o imputado, por ejemplo cuando realiza registros, allanamientos, interceptaciones telefónicas y otras donde a pesar de existir un control judicial posterior, es el juez de garantías quien determina si existieron o no motivos fundados para el decreto de dichas medidas.

Por anterior se puede decir que la orden de libertad dictada por el Fiscal en los casos establecidos en el inciso cuarto del artículo 302 (captura ilegal o ausencia de requisitos para que proceda la detención preventiva) es totalmente acorde con el nuevo esquema puesto que la decisión es favorable al capturado y la imparcialidad fundamento de la división del trabajo entre fiscal y juez, es garantía para aquellos casos en los que se afectan derechos fundamentales del procesado y en este caso el fiscal lo que hace es disponer su libertad, además salvo en estos casos, la legalidad de la aprehensión la determina el juez de control de garantías, dejando solo en cabeza del fiscal la opción de dejar en libertad al indiciado.

Entonces, no le asiste la razón a la demandante cuando sostiene que el juez está al margen del control de legalidad de la captura en flagrancia. El fiscal en estos casos es un eslabón entre la captura -realizada por un particular o por la autoridad- y el juez de control de garantías que es el que toma la decisión judicial acerca de la legalidad de la captura en forma definitiva.

i) Problema jurídico.

Debe la Corte examinar sí, como lo sostiene la demandante, la norma acusada vulnera el artículo 250 Superior, ya que quien examina y determina la legalidad de la captura es el juez de control de garantía y no el fiscal.

j) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana alega que la norma acusada es contraria a la Constitución por cuanto faculta a la Fiscalía a realizar juicios de valor sobre si el supuesto delito comporta o no detención preventiva, función esta que es de competencia del juez de control de garantías.

Los intervinientes, al igual que la Vista Fiscal, estiman que el cargo no está llamado a prosperar por cuanto la disposición acusada constituye una garantía de la libertad personal, que en nada interfiere en las competencias del juez de control de garantías.

La Corte estima que, aunque el cargo de la demanda se dirige exclusivamente contra la expresión “*Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal*”, del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional no puede limitarse a tomar en consideración, de manera aislada, el enunciado invocado en este caso por la demandante sino que es preciso situarlo en un contexto determinado, el cual será objeto del respectivo control de constitucionalidad. Quiero ello decir que, en el presente asunto, la Corte estima necesario examinar de manera global el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, vale decir, la expresión demandada constituye tan solo uno de los elementos que integran la figura del procedimiento a seguir en caso de captura en flagrancia, que aisladamente carece de contenido normativo autónomo, y por ende, es preciso examinar el todo.

En este orden de ideas, la Corte debe examinar si en casos de captura en flagrancia la Fiscalía General de la Nación puede o no dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario, si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva o si la captura fue ilegal. Para tales efectos esta Corporación (i) analizará, de manera sistemática, el contenido del procedimiento a seguir en caso de captura en flagrancia; y (ii) determinará la competencia de la Fiscalía para dejar en libertad a una persona, bajo compromiso de comparecencia, cuando haya sido legalmente capturada en flagrancia y el supuesto delito no comporte detención preventiva.

1. Interpretación sistemática del procedimiento de captura en flagrancia.

El artículo 302 de la Ley 906 de 2004 regula el procedimiento a seguir en casos de capturas realizadas en situación de flagrancia. Luego de reiterar lo establecido en el artículo 32 Superior, procede a establecer una diferencia entre cuando aquella es realizada por una autoridad pública o por un particular. En el primero de los casos, el aprehendido será conducido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación; en el segundo, el capturado será llevado, en el término de la distancia, ante cualquier autoridad de policía, quien identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las condiciones que rodearon la captura y pondrá al capturado, en el término de la distancia, a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Luego de haberse conducido a la persona ante la Fiscalía, ésta adelantará una doble valoración: examinará si el supuesto delito comporta o no detención preventiva y si la captura fue o no legalmente realizada. De tal

suerte que si el comportamiento delictivo no conlleva imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva o la captura en flagrancia fue adelantada de forma ilegal, el fiscal procederá a dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario.

Pues bien, si la Fiscalía, con base en el informe recibido por la autoridad de policía o el particular que realizó la aprehensión, o con fundamento en elementos materiales o evidencias físicas aportadas, decide llevar al capturado ante el juez de control de garantías, deberá hacerlo inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, con el propósito de que éste se pronuncie, en audiencia preliminar, sobre la legalidad de la aprehensión, así como en relación con las solicitudes de la Fiscalía, la defensa y el Ministerio Público.

En tal sentido, es necesario examinar qué significan realmente las expresiones “*no comporta detención preventiva*” y “*captura ilegal*”.

En lo que concierne a segmento normativo “*no comporta detención preventiva*”, cabe señalar que el artículo 307 del C.P.P. prevé la imposición de medidas de aseguramiento privativas o no de la libertad. Dentro de las primeras, se señalan la detención preventiva en establecimiento carcelario y la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

Ahora bien, una interpretación conforme de la expresión acusada con la Constitución conduce a afirmar que el fiscal únicamente puede examinar si se cumplen o no las **condiciones objetivas** de que trata el artículo 313 del C.P.P.¹⁰⁷ para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no evaluar si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 de esa misma normatividad, es decir, si es viable inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y que además la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; o que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, facultades todas estas que son de la estricta competencia del juez de control de garantías, por cuanto es él quien debe, en virtud del artículo 250.1 constitucional, adoptar las medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal.

¹⁰⁷ De conformidad con el artículo 313 del C.P.P. procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los casos de (i) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; (ii) en los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años; y (iii) en los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual manera, de conformidad con el artículo 302 del C.P.P., una vez es llevado el aprehendido en flagrancia ante el fiscal, éste deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y en caso de no serlo, deberá dejar en libertad a la persona, bajo palabra de comparecencia cuando sea requerido. Quiere ello decir que el fiscal deberá examinar si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia, descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, y por supuesto, si se cumplieron los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, la Corte en sentencia C – 251 de 2002¹⁰⁸, con ponencia de los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, analizó la falta de entrega física en los casos de captura en flagrancia en tanto que violación al artículo 28 constitucional, en los siguientes términos:

“El artículo 93 de la Carta dispone que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. De acuerdo con tales tratados, la colocación de la persona a disposición de la autoridad judicial, ha de ser física. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁰⁹ ratificado mediante Ley 74 de 1968, y el Pacto de San José, disponen que es obligación de los Estados llevar sin demora a la persona aprehendida o detenida ante una autoridad judicial. En el Pacto Internacional la norma (art. 9)¹¹⁰ se refiere a las personas detenidas por infracciones penales, lo cual ha de interpretarse en armonía con el Pacto de San José que claramente se refiere a cualquier forma de detención (art. 7)¹¹¹.

La entrega del capturado a una autoridad judicial cumple varios propósitos, que no se limitan al ejercicio de funciones judiciales. La regulación de la materia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra en la norma dedicada a la libertad y seguridad personal, y en el caso del Pacto de San José, el mandato inicia con una exigencia de protección y respeto a la libertad y seguridad personales. De ello se desprende que la

¹⁰⁸ Con S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰⁹ A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

¹¹⁰ El numeral 3 del artículo 9 manda: “3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”.

¹¹¹ El numeral 5 del artículo 7 dispone que: “5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”.

regulación sobre la captura tiene un propósito más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona.

En este orden de ideas, resulta abiertamente contrario a los propósitos del artículo 28 de la Constitución disponer que se entienda que la persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial con la mera comunicación de su captura. La Corte ya había señalado que es obligación entregar físicamente al aprehendido a la autoridad judicial¹¹². El Estado, por intermedio del juez, tiene la obligación de garantizar la integridad física del capturado, así como realizar un proceso mínimo de individualización, a fin de adoptar las medidas legales pertinentes. En suma, la orden de entregar la persona a una autoridad judicial no tiene como objetivo exclusivo establecer aspectos de competencia en materia de privación de la libertad, sino que opera como una garantía para la protección integral de la persona.

De igual manera, la Corte en sentencia C- 296 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, examinó el tema de la captura en flagrancia del servidor público, en los siguientes términos:

“Ahora bien, cuando el capturado en flagrancia es un servidor público, el procedimiento anterior tiene algunas variaciones establecidas justamente por la norma acusada. En efecto, ella dispone que la indagatoria de ser posible se le reciba inmediatamente, y que en cualquier caso una vez practicada esta diligencia se le deje en libertad. Es decir a la captura y la inmediata indagatoria no puede seguir la privación de la libertad, sino tan solo la adopción de las medidas necesarias para evitar que el sindicado eluda la acción de la justicia.

Así las cosas, es claro que la legislación procedimental penal establece una diferencia entre los particulares sorprendidos en flagrancia y los servidores públicos que se encuentran en la misma situación, pues de cara a la privación de la libertad subsiguiente a la indagatoria, los primeros podrán ser objeto de tal medida al paso que los segundos no, pues estos últimos en ese momento deberán ser puestos inmediatamente en libertad.

(...)

¹¹² Sentencia C-024 de 1994

“De acuerdo con lo expuesto, la aludida limitación sería razonable, justamente por haber sido establecida para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, pero además de lo anterior debería ser también proporcionada, pues de lo contrario no respetaría el núcleo fundamental del derecho a la igualdad. En efecto, en relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era adecuada, es decir idónea para alcanzar tal finalidad.

Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación realizará un control previo sobre la captura operada en flagrancia, a aquel que, eventualmente, adelantará el juez de control de garantías si aquélla considera que el supuesto delito comporta detención preventiva y fue legalmente realizada, es decir, si se presentaron las condiciones de la flagrancia, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte.

2. La Fiscalía General de la Nación puede dejar en libertad a una persona, bajo compromiso de comparecencia, cuando haya sido ilegalmente capturada en flagrancia y el supuesto delito no comporte detención preventiva.

El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo sólo dos modificaciones en materia de captura: por una parte, dispuso que un nuevo funcionario judicial, denominado juez de control de garantías, a solicitud de la Fiscalía, emitiera una orden escrita de captura; por otra, facultó a aquélla para “realizar excepcionalmente capturas”, en los términos de la ley, y sometida a un control posterior en el término de treinta y seis (36) horas, por parte del juez de control de garantías. A su vez, el artículo 32 constitucional regula la captura en flagrancia, señalando que “*el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al morador*”.

En tal sentido, el procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se

cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal.

No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. En otras palabras, de llegar a aceptarse el planteamiento de la demandante, en el sentido de que toda decisión sobre la captura en flagrancia es de reserva exclusiva del juez de control de garantías, se le estaría imponiendo, en la práctica, una carga muy elevada al ciudadano por cuanto, así haya sido arbitrariamente capturado, por cuanto no se cumplen las condiciones de la flagrancia, deberá además esperar a ser llevado a audiencia ante el juez de control de garantías.

De igual manera, la medida es **razonable** ya que el fiscal se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. En este caso, igualmente, se propende por la defensa del derecho a la libertad personal, ya que, en la práctica, el juez de control de garantías terminaría igualmente absteniéndose de imponer la medida restrictiva del derecho fundamental.

Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario.

En este orden de ideas, si se entendiera que el fiscal puede además adelantar, en los casos de capturas en flagrancia, ciertos juicios de valor sobre la *necesidad* de la medida de detención preventiva, que el imputado constituye un *peligro* para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulta probable que el imputado no *comparecerá* al proceso o no cumplirá la sentencia, la disposición acusada sería contraria a la Constitución, por cuanto constituiría un desconocimiento de las competencias del juez de control de garantías.

Así las cosas, la Corte declarará exequible el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, y bajo el entendido de que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

12. ARTÍCULO 470.

“Artículo 470. **Medidas de seguridad para indígenas.** Corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad disponer lo necesario para la ejecución de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables por diversidad sociocultural, en coordinación con la máxima autoridad indígena de la comunidad respectiva.

a) Cargos de la demanda

Considera la demandante que el artículo es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 1 y 70 de la Carta Política, ya que el mismo parte de la base que hay inimputables por diversidad sociocultural, contrariando además lo dispuesto en sentencia C- 370 de 2002.

b) Concepto del Ministerio Público.

A juicio de la Vista Fiscal la Corte debe declararse inhibida para fallar por cuanto la ciudadana no expone las razones por las cuales considera que la categorización de inimputables por diversidad sociocultural afecta el reconocimiento de la pluriculturalidad.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

En concepto del apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar ya que la referencia que la demandante hizo a la sentencia C- 370 de 2002 es inexacta y no consulta el contenido real de dicho pronunciamiento.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto en la sentencia C- 370 de 2002, la Corte avaló que a los sujetos que ostentan una cosmovisión diferente por su diversidad sociocultural se les considere como inimputables.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo considera que la norma debe ser declarada inexecutable, por las razones que pasan a explicarse.

La norma acusada desconoce lo establecido en sentencia C- 370 de 2002, e insiste en el tratamiento con medidas de seguridad a los indígenas que incurran en delitos.

Así las cosas, a juicio de la Defensoría, siempre se debe permitir la efectividad de la jurisdicción indígena, de manea que el juzgamiento de indígenas por la justicia ordinaria opere solamente cuando la indígena no

sea procedente, en desarrollo de los principios establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

f) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar exequible la expresión acusada con el mismo condicionamiento que figura en sentencia C- 370 de 2002, es decir, que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, como es la de los pueblos indígenas.

g) Intervención del ciudadano Omar Francisco Sánchez Vivas.

El ciudadano interviniente considera que la Corte debe declarar inexecutable la norma acusada por las razones que pasan a explicarse.

El argumento de la actora es evidente pues no es aceptable que en un Estado Social y de Derecho que se fundamenta en el respeto de la dignidad humana y que por lo tanto garantiza el pluralismo y la alteridad, se criminalice la diversidad cultural al grado de considerar a los indígenas inimputables, valoración que tiene un sesgo peyorativo ya que se asimila la situación de quien tiene una visión diferente del mundo con una patología que debe curarse por medio de medidas de seguridad. Por lo tanto la norma debe ser declarada inconstitucional.

En la sentencia C-370 de 2002¹¹³ la Corte Constitucional abordó el tema de la constitucionalidad de algunas normas del Código de Penal y del Código Procesal Penal que se referían a la calidad de inimputables de los indígenas por diversidad sociocultural y las medidas de seguridad que tal situación aparejaba para los miembros de las comunidades indígenas. En dicha ocasión la Corte moduló la sentencia en lo que tiene que ver con el carácter despectivo que tiene la expresión “inimputable por diversidad sociocultural” eliminado su sentido sancionatorio y declaró la inconstitucionalidad de los artículos que contenían el régimen de las medidas de seguridad de los indígenas inimputables por diversidad sociocultural.

h) Problema jurídico.

Debe examinar la Corte si una disposición que establece que corresponde a los jueces de ejecución de penas disponer lo necesario para la ejecución de medidas de seguridad aplicables a inimputables por diversidad sociocultural, vulnera o no la diversidad sociocultural de Colombia.

i) Consideraciones de la Corte.

¹¹³ Sentencia de mayo 14 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Linett

La demandante considera que la norma según la cual corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad disponer lo necesario para la ejecución de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables por diversidad sociocultural en coordinación con la máxima autoridad indígena, vulnera los artículos 1° y 70 constitucionales, por cuanto la norma acusada parte de la existencia de inimputables por diversidad sociocultural, la Carta Política ampara la pluriculturalidad.

La Vista Fiscal solicita a la Corte declararse inhibida para fallar de fondo por cuanto la ciudadana no expone las razones por las cuales considera que la categorización de inimputables por diversidad sociocultural afecta el reconocimiento de la pluriculturalidad. Tampoco basta con hacer una simple referencia a una sentencia de la Corte para cumplir con el requisito de explicar el concepto de la violación.

Algunos intervinientes solicitan a la Corte declarar exequible la norma acusada, con el mismo condicionamiento que se fijó en sentencia C- 370 de 2002; otros, que el cargo no está llamado a prosperar por tratarse de un caso distinto por la Corte; en tanto que la Defensoría del Pueblo coadyuva la petición de la demandante.

En este orden de ideas, la Corte debe examinar si efectivamente la situación planteada en el presente caso resulta o no ser igual a aquella que fue objeto de pronunciamiento en sentencia C- 370 de 2002¹¹⁴.

Así pues, en sentencia C- 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 del Código Penal, es decir, de la expresión “*diversidad sociocultural*”, del artículo referente a la inimputabilidad; del segmento normativo “*La reintegración al medio cultural propio*”, en tanto que medida de seguridad; al igual que el artículo 73 *ejusdem*, mediante el cual se regula en detalle esta última.

En relación con la expresión “*diversidad sociocultural*”, la Corte la declaró exequible bajo los siguientes dos entendidos: “*i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia*”; en tanto que fueron declarados inexecutable el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 y el artículo 378 de la Ley 600 de 2000.

La exequibilidad condicionada del segmento normativo “*diversidad sociocultural*”, tuvo como fundamentos los siguientes:

¹¹⁴ Con S.V. del Magistrado Rodrigo Escobar Gil y Salvamento Parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre L.

“La necesidad de condicionar el sentido de la inimputabilidad por diversidad cultural.

“El estudio adelantado en esa sentencia lleva a la siguiente conclusión: la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal presenta problemas constitucionales, pues puede afectar la igualdad, el principio de proporcionalidad en materia penal y la diversidad cultural. Sin embargo, no parece razonable declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural, por cuanto dicha decisión podría paradójicamente dejar en una situación peor a los miembros de los grupos culturalmente diversos, ya que permitiría que en ciertos casos fueran sancionados penalmente, mientras que la expresión acusada los protege al declararlos inimputables en esos mismos eventos.

De otro lado, también podría objetarse que una decisión de declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural no toma en consideración la necesidad que tiene la sociedad nacional de establecer una protección adecuada frente a los comportamientos típicos y antijurídicos de las personas o grupos que tienen una cosmovisión diversa a aquella que es dominante a nivel nacional. Según este reparo, esos comportamientos afectan bienes jurídicos que el ordenamiento nacional juzga tan importantes, que por ello ha criminalizado sus vulneraciones. Una decisión de inexecutable de la expresión acusada sería entonces inaceptable pues dejaría desprotegidos esos bienes jurídicos, ya que una declaración de inculpabilidad de esas transgresiones no evita que esos comportamientos ocurran, mientras que precisamente la figura de la inimputabilidad busca controlar esas conductas, sin penalizar al infractor, y para ello prevé su retorno obligado a su medio cultural.

La pregunta que naturalmente surge del análisis precedente es la siguiente: ¿qué debe hacer la Corte para enfrentar la anterior situación, según la cual la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural tiene vicios de inconstitucionalidad, pero no parece procedente declararla inexecutable, pues su retiro del ordenamiento podría ocasionar una situación igualmente grave desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales?

Para responder a ese interrogante, la Corte recuerda que, según reiterada jurisprudencia, ella tiene la facultad de modular el sentido de sus decisiones, y por ello no está atrapada en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes"

(CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución¹¹⁵.

En tal contexto, la Corte considera que es posible condicionar la exequibilidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas de la expresión acusada, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto. Y esa conclusión no es una novedad de esta sentencia sino que había sido tradicionalmente aceptada por la jurisprudencia colombiana.

La anterior precisión doctrinaria permite entonces evitar una eventual vulneración de la igualdad derivada de la expresión acusada, pues implica que toda persona que incurra en un error invencible de prohibición, sea o no inimputable, debe ser absuelta. De otro lado, la Corte considera que es posible también condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el propio artículo 5º del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “curar” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales. En efecto, la Corte recuerda que no sólo Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural (CP arts 7º y 8º) sino que además la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento

¹¹⁵ Ver, entre otras, las sentencias C-109 de 1995, C-221 de 1997 y C-112 de 2000.

de la nacionalidad y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (CP art. 70). Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (CP art. 8°)

En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (CP art. 70). Y en ese ámbito, el propio proceso penal, que eventualmente conduzca a la declaración de inculpabilidad por un error culturalmente condicionado o a la declaración de inimputabilidad, puede perder su connotación puramente punitiva y tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural. Esta Corporación ya había señalado esa importancia de los diálogos interculturales en el desarrollo de los procesos judiciales que puedan afectar a personas con distinta cosmovisión.

“El examen precedente muestra que si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos. Por ello la Corte considera que la decisión acertada es declarar, en esos términos, la exequibilidad condicionada de esa figura, lo cual se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

Por el contrario, la Corte consideró que la medida de seguridad de retorno al medio cultural era contraria a la Constitución, por las siguientes razones:

La doctrina desarrollada en los fundamentos anteriores de esta sentencia muestran que los ataques dirigidos contra las otras disposiciones demandadas están llamados a prosperar. En efecto, la

Corte ha concluido que la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural es exequible, pero siempre y cuando se entienda que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no tengan un carácter sancionatorio, ni de cura o rehabilitación sino exclusivamente de tutela o protección, pues la diversidad cultural no puede ser criminalizada, ni el Estado puede pretender “curar” de ella a los miembros de los distintos grupos culturales que conviven en el país. Ahora bien, la medida de seguridad de retorno al medio cultural propio establecida en el numeral 4° del artículo 69 y en el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 no cumple con ese estándar constitucional, pues tiene implícita una finalidad de cura o rehabilitación. Así, aunque la disposición emplea exclusivamente un lenguaje de protección, el dispositivo que establece, como bien lo resaltan la Vista Fiscal y varios intervinientes, es irrespetuoso con la diversidad cultural. La persona es obligada a retornar, de manera forzada, a su medio cultural, hasta por un máximo de diez años, y al menos hasta que se hayan alcanzado “las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad”. La Corte se pregunta: ¿y en qué consiste que se alcancen esas necesidades de protección de la comunidad? Y la respuesta que se desprende de esa regulación es la siguiente: es hasta que el indígena, o el miembro de otro grupo culturalmente distinto, en cierta medida haya sido curado o rehabilitado del supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural. La afectación al pluralismo es entonces evidente, y por ello esas disposiciones serán retiradas del ordenamiento.

Finalmente, la Corte formuló las siguientes conclusiones:

*“El inimputable por razones de diversidad cultural **responde penalmente** y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) **pero no se le impone ninguna medida de seguridad**. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales. En otro contexto distinto, el art. 75 del Código Penal, que regula el trastorno mental transitorio sin base patológica, previó una solución similar. El inimputable puede permanecer en nuestro ámbito cultural.*

El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines

preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables. (negrillas agregadas).

Cabe asimismo señalar que la Corte en sentencia T- 496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se pronunció sobre el tema de la aplicación de medidas de seguridad a los indígenas, en los siguientes términos:

“Ahora bien, el término con que empieza el artículo 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de "curación, tutela y rehabilitación", que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan "sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social". Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser "curada o rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica.” (negrillas agregadas).

En este orden de ideas, distinto a lo sostenido por la demandante, la Corte no consideró, de manera absoluta, que en Colombia no puedan existir inimputables por diversidad sociocultural; pero si declaró inexecutable la medida de seguridad de reintegración al medio cultural propio.

Ahora bien, la disposición legal acusada parte de que sí es posible aplicarles medidas de seguridad a los indígenas, quienes son considerados inimputables por diversidad sociocultural, y que para tales efectos, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad dispondrá lo necesario “*en coordinación con la máxima autoridad indígena de la comunidad respectiva*”.

Por su parte, el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo modificación alguna al tema del juzgamiento penal de los integrantes de las minorías

étnicas, razón por la cual, la jurisprudencia constitucional anterior a la expedición de aquél conserva todo su valor vinculante.

En este orden de ideas, el artículo 470 de la Ley 906 de 2004 alude a la ejecución de unas medidas de seguridad para los indígenas, las cuales no existen en el actual ordenamiento jurídico penal colombiano, por cuanto, se insiste, la reintegración al medio cultural propio fue declarada inexecutable por la Corte en sentencia C- 370 de 2002, con lo cual, se estaría desconociendo el principio de legalidad de la pena. En otras palabras, se trata de un caso de responsabilidad penal sin medida de seguridad aplicable, por cuanto no existen aquellas destinadas a los indígenas y en el futuro aquellas que adopte el legislador deberán ajustarse a los condicionamientos señalados por la jurisprudencia constitucional.

En este orden de ideas, la Corte de declarará executable el artículo 470 de la Ley 906 de 2004, por el cago analizado, en el entendido de que esta norma será aplicable cuando el legislador establezca la medida, respetando lo establecido en sentencia C- 370 de 2002.

13. ARTÍCULO 522 PARCIAL.

“Artículo 522. **La conciliación en los delitos querellables.** La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

a) Cargos de la demanda

Alega la demandante que las expresiones acusadas vulneran el artículo 250 Superior por cuanto una de las características que tiene el fiscal en el nuevo sistema es la de ser parte parcial, hasta el extremo de defender los intereses de las víctimas *“y entonces no tiene sentido que con esas características sea quien realice la conciliación, toda vez que el conciliador es un tercero imparcial, y aquí le están dando esas facultades a un tercero parcial”*.

b) Concepto del Ministerio Público.

A juicio del Ministerio Público los deberes constitucionales frente a las víctimas no suponen la falta de neutralidad del fiscal cuando actúa como conciliador dentro de la justicia restaurativa.

Argumenta la Vista Fiscal que la demandante parte de una premisa falsa y es estimar que el fiscal por su naturaleza dirige la indagación, la investigación e interviene en el juicio oral en forma parcializada, inclinándose por mandato constitucional a favor de quien se presenta como víctima de una infracción a la ley penal. No. Si bien es cierto que en virtud del principio acusatorio el fiscal es una parte que dentro del juicio oral actúa en forma parcializada al presentar y sustentar los cargos frente a aquella otra parte que el imputado y su defensa, y en presencia de un tercero imparcial, el juez de conocimiento, convirtiendo el sistema actual en un proceso de partes, ello no quiere decir, en forma alguna que antes de llegar al juicio oral el fiscal deba en todas sus actuaciones y de manera irrestricta tomar partido por quien, para el caso que se estudia, ha presentado la querrela.

En este orden de ideas, el fiscal actúa como un facilitador imparcial, ya que velar por la protección de las víctimas no implica actuar favoreciendo exclusivamente sus intereses, pues esa protección debe realizarse guiada por el interés de la justicia y sin ir en contra de la presunción de inocencia.

c) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar exequibles las expresiones demandadas, por las siguientes razones.

La conciliación a cargo del fiscal es sólo una de las posibilidades previstas en la norma, de tal suerte que no se violenta lo más mínimo el artículo 250 Superior. La conciliación, como modalidad preprocesal de resolución de

conflictos, en este caso originado en la vulneración de un bien jurídico susceptible de valoración económica, no está subordinada al fuero de quien medie en su desarrollo.

d) Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Señor Vicefiscal General de la Nación considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar por cuanto el legislador, al expedir el precepto impugnado, y señalar que la conciliación se surte ante el fiscal, como requisito de procedibilidad de la acción penal en los delitos querellables, denota un interés en arreglar pacífica y extrajudicialmente las controversias que se suscitan entre los ciudadanos, por lo cual todavía no se está en presencia activa del sistema adversarial que comprometa la imparcialidad del servidor público adscrito al ente acusador; tanto es así que la norma abre posibilidades para que los querellados bien puedan acudir a otras instancias alternativas de solución de conflictos.

e) Intervención de la Defensoría del Pueblo.

A juicio de la Defensoría del Pueblo el cargo no está llamado a prosperar por cuanto los delitos querellables no se investigan de oficio sino a petición expresa del querellante, o sea, del sujeto pasivo del delito. Además son desistibles por naturaleza, es decir, que el querellante puede extinguir la acción penal. Por tanto, aplica aquí el principio de disposición, de amplia aplicación en el derecho privado, según el cual la parte puede disponer de un derecho. Aunado a lo anterior, no hay que desconfiar de la labor que cumple la Fiscalía como conciliador.

f) Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión acusada, ya que a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía adquirió un carácter parcializado, lo cual le impide actuar como conciliador. En el sistema acusatorio, la Fiscalía será una parte y su contraparte será la defensa. Es por esa razón que los fiscales ya tienen, como ocurría en el sistema anterior, la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a la persona procesada.

Otra característica del sistema es que la investigación, si bien constituye proceso, no lo es en términos jurisdiccionales, pues la Fiscalía no tendrá como propósito la revelación de la verdad objetiva desde una perspectiva imparcial que tenga en cuenta los intereses de todas las partes, como lo tiene que hacer un funcionario jurisdiccional. El objeto de la investigación es encontrar evidencia y elementos suficientes para sostener la acusación contra la persona imputada ante el juez competente. En este contexto, la Fiscalía representa a las víctimas, lo cual resulta contrario a las cualidades que tenga un conciliador.

g) Problema jurídico.

Le corresponde a la Corte determinar si la expresión acusada, que permite la realización de conciliación ante el fiscal, desconoce o no el artículo 250 Superior, según el cual el fiscal es un sujeto procesal parcial que representa los intereses de la víctima, y no un tercero imparcial que pueda servir de conciliador.

h) Consideraciones de la Corte.

La ciudadana demandante alega que las expresiones acusadas vulneran el artículo 250 Superior, por cuanto una de las características que tiene el fiscal en el nuevo sistema es la de ser parte parcial, hasta el extremo de defender los intereses de las víctimas “*y entonces no tiene sentido que con esas características sea quien realice la conciliación, toda vez que el conciliador es un tercero imparcial, y aquí le están dando esas facultades a un tercero parcial*”.

La Vista Fiscal, así como la mayoría de intervinientes, estiman que el cargo no está llamado a prosperar, ya que se trata de delitos querellables, y en tal sentido, admiten desistimiento. Además, si bien la Fiscalía propende por la defensa de los derechos de las víctimas, esa condición en nada se opone a que pueda actuar como conciliador. Por el contrario, la Comisión Colombiana de Juristas considera que la norma es contraria a la Constitución, dado que en el nuevo sistema acusatorio la Fiscalía adquirió un carácter parcializado, que le impide actuar como un tercero imparcial.

Para resolver el cargo planteado por la demandante la Corte (i) examinará el papel que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en el nuevo sistema procesal de tendencia acusatoria en relación con las víctimas; y (ii) tomará en cuenta las líneas jurisprudenciales que ha sentado en materia de conciliación, examinando la vigencia de la mismas en el nuevo contexto procesal penal para la resolución del caso concreto.

1. El papel que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en relación con las víctimas en el nuevo sistema procesal de tendencia acusatoria.

Las expresiones acusadas hacen parte de la regulación del mecanismo de la conciliación preprocesal, es decir, aquella celebrada antes de la formulación de la imputación ante el juez de control de garantías. En tal sentido, el artículo 522 de la Ley 906 de 2004 establece que la conciliación se surtirá de manera obligatoria y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos querellables, esto es, aquellos del artículo 74 *ejusdem*, cuya acción penal es desistible por el querellante. Para tales efectos, la norma acusada prevé que la conciliación

puede ser realizada ante el fiscal que corresponda, en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En caso de que la conciliación se presente ante el fiscal, se procederá a citar al querellante y al querellado. Si hubiere acuerdo, el fiscal procederá a archivar las diligencias; en caso contrario, el fiscal ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

De igual manera, de conformidad con el literal d) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, el imputado tiene derecho a que no se utilice en su contra el contenido de conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas “*o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse*”.

Pues bien, un examen sistémico de la reforma al proceso penal colombiano evidencia que la actividad investigativa Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines (i) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; (ii) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; (iii) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; (iv) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y (v) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral¹¹⁶, aproximadamente un 10%, con el fin de no congestionar el sistema penal.

Al respecto cabe señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 asignó diversas responsabilidades a la Fiscalía General de la Nación en relación con las víctimas, tales como (i) solicitarle al **juez de control de garantías** las medidas necesarias para “*la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas*”; (ii) solicitarle al **juez de conocimiento** las medidas judiciales indispensables para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; y (iii) velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y los demás intervinientes en el proceso penal. Sobre el contenido de estas funciones se pronunció la Corte en sentencia C- 873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa¹¹⁷, en los siguientes términos:

¹¹⁶ W. Pizza, *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, Madrid, 2004, p. 5.

¹¹⁷ S.V. parcial del Magistrado Jaime Araujo Rentería. S.V. de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Alvaro Tafur Galvis.

*“El numeral 6 del artículo 250 reformado también constituye una modificación importante del texto original de este artículo, puesto que corresponde al juez de conocimiento de cada proceso adoptar las medidas judiciales necesarias para asistir a las **víctimas** del delito, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados, a solicitud de la Fiscalía. El texto original adoptado por el Constituyente de 1991 asignaba a la Fiscalía la función de adoptar directamente “las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”.*

*En el numeral 7 del artículo 250 enmendado se mantiene en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la **función de velar por la protección de las víctimas**, los testigos y las demás personas que intervienen en el proceso penal, pero se adiciona a esta lista a los jurados, que ahora intervendrán en la función de administrar justicia en el ámbito criminal. Debe ser el Congreso quien precise cuál es la diferencia entre esta atribución de la Fiscalía, y la que consagra el numeral 6 del mismo artículo reformado, según se reseñó en el literal precedente. Asimismo, dispuso expresamente el Constituyente que es el Legislador quien está llamado a (i) fijar los términos en los cuales las **víctimas** de los delitos podrán intervenir en el curso del proceso, y (ii) diseñar los mecanismos de justicia restaurativa a los que haya lugar. (negrillas agregadas).*

En tal sentido, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se replantearon las funciones que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en relación con las víctimas, en el sentido de al momento de que el juez de control de garantías decida adoptar medidas restrictivas de la libertad debe tener en cuenta la protección de la comunidad, con especial énfasis en las víctimas; se le impone la labor de solicitarle ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, y al mismo tiempo, se faculta al órgano de investigación para requerirle al juez de conocimiento el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los sujetos pasivos de un delito. De igual manera, se conserva la función constitucional de la Fiscalía de proteger a las víctimas y testigos, habiéndose ampliado tal deber frente a los jurados en causas criminales. A su vez, la regulación constitucional de las facultades de la Fiscalía en el tema de víctimas, debe ser interpretada de conformidad con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Aplicación en el nuevo modelo procesal penal de las líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte en materia de conciliación.

El Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno en materia de mecanismos de solución alternativa de conflictos, pero sí modificó algunas de las funciones que está llamada a cumplir la Fiscalía en relación con las víctimas de los delitos; nuevas competencias que en nada se oponen a que la Fiscalía, en materia de delitos querellables, es decir, aquellos cuya acción penal es desistible por el afectado, continúe realizando una labor de conciliador, y que por ende, en lo pertinente, tengan plena aplicación las líneas jurisprudenciales que la Corte ha sentado en la materia, por cuanto, el órgano de investigación sigue siendo parte de la rama judicial del poder público, y en tal sentido, su actividad continúa regida por los principios de independencia e imparcialidad, inherentes a la actividad del conciliador.

En tal sentido, la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones resaltando la importancia que ofrecen los mecanismos alternativos de solución de controversias¹¹⁸, en especial, la **conciliación**, entendida ésta como “*una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares.*”¹¹⁹

Así mismo, de conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte, la conciliación se caracteriza por ser (i) un instrumento de **autocomposición** de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes; (ii) una **actividad preventiva**, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia; (iii) **no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial** ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; (iv) es un mecanismo **útil** para la solución de los conflictos, porque ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; (v) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el **criterio pacifista** que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; (vi) es un instrumento que busca lograr la **descongestión de los despachos judiciales**, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones; (vii) tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos **conflictos susceptibles**, en principio, **de ser negociados**, o

¹¹⁸ Ver entre otras, las sentencias C- 226 de 1996; C- 242 de 1997; C- 160 de 1999; C- 893 de 2001; C- 1257 de 2001; C- 1195 de 2001 y C- 187 de 2003.

¹¹⁹ Sentencia C- 160 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico; (viii) es el resultado de una **actuación** que se encuentra **reglada** por el legislador en varios aspectos, tales como: las autoridades o sujetos competentes para intervenir en la actividad de conciliación y las facultades de las cuales disponen; las clases o tipos de conciliación admisibles y los asuntos susceptibles de ser conciliados; las condiciones bajo las cuales se pueden presentar peticiones de conciliación; los trámites que deben sufrir dichas peticiones; la renuencia a intentarla y las consecuencias que se derivan de ello; la audiencia de conciliación, la formalización del acuerdo total o parcial entre las partes o la ausencia de éste y la documentación de lo actuado¹²⁰; (ix) no debe ser interpretada solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de **participación** de la sociedad civil en los asuntos que los afectan¹²¹; (x) se trata de un mecanismo de **estirpe democrática**, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social; (xi) se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia¹²²; (xii) puede ser judicial o extrajudicial; y (xiii) el legislador ha optado por regular en norma especial la conciliación en **materia penal**, dada la naturaleza de la acción penal, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrado, entre otros factores¹²³.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que las normas acusadas regulan la conciliación preprocesal, es decir, antes de la formulación de la imputación ante el juez de control de garantías, de **delitos querellables**, los cuales, en la tradición jurídica colombiana son desistibles. En tal sentido se pronunció la Corte en sentencia C- 658 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa consideró lo siguiente:

Siguiendo otro criterio de clasificación, los delitos pueden catalogarse como aquellos que pueden ser investigados de oficio, o en respuesta a denuncia, por oposición a los que requieren, como

¹²⁰ Sentencia C- 160 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹²¹ Sentencia C- 893 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹²² Sentencia C- 1195 de 2001, Magistrados Ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²³ Sentencia C-1257 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

condición para su procesabilidad, esto es para el inicio de la acción penal, que medie una querrela o petición de parte interesada.

*La querrela es la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación. La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. **En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal.** (*negrillas agregadas*).*

En tal sentido, por tratarse de delitos querrelables y por ende el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida admiten desistimiento, consideró el legislador como una medida de política criminal que surtieran una etapa de conciliación, sin que se oponga al nuevo esquema procesal penal que ella se surta ante un fiscal, a fin de que si hubiere acuerdo entre el querellante y el querellado, proceder a archivar las diligencias; y en caso contrario, ejercer la correspondiente acción penal, caso en el cual no podrá ser utilizado en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo conciliatorio.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequibles los incisos 1° y 2° del artículo 522 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

- 1.** Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías*”, del artículo 16 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.
- 2.** Declarar **EXEQUIBLES** el numeral segundo del artículo 154 de la Ley 906 de 2004 que dice “*La práctica de una prueba anticipada*”.
- 3.** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

4. Declarar **EXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 906 de 2004 que dice “*El superior no podrá agravar la situación del apelante único*”, por el cargo analizado.

5. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*” del artículo 30 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

6. Declarar **EXEQUIBLE** el párrafo primero del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, en el entendido que se refiere a los casos previstos en el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución.

7. Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse en relación con la expresión “*si prosperare el impedimento o la recusación, continuará conociendo de la actuación el vicesfiscal general de la nación*”, del artículo 58 de la Ley 906 de 2004, por inepta demanda.

8. Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “*mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse la imputación, el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación*”, del inciso primero del artículo 78 de la Ley 906 de 2004; “*a partir de la formulación de la imputación*”, del inciso segundo de la misma disposición; y, “*a partir de la formulación de la imputación*”, del artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

9. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*La extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada*”, del artículo 80 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

10. Declarar **EXEQUIBLES** el artículo 127 de la Ley 906 de 2004, y la expresión “*Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación.*” del artículo 291 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

11. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

12. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 232 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, salvo la expresión “*directa y exclusivamente*”, que se declara **INEXEQUIBLE**.

13. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

14. Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, la expresión “*salvo lo relacionado con la negativa o admisión de la prueba*” del inciso segundo del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se enviará a otro juez distinto.

15. Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre la expresión “*o, incluso particulares*” del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, por inepta demanda.

16. Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre la expresión “*quien sea informado*” del artículo 267 de la Ley 906 de 2004, por inepta demanda.

17. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, y bajo el entendido de que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

18. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 470 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, en el entendido de que esta norma será aplicable cuando el legislador establezca la medida, respetando lo establecido en sentencia C- 370 de 2002.

19. Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 1º y 2º del artículo 522 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Presidente
EN COMISION

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado
CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO
Magistrado
EN COMISION

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME ARAUJO RENTERIA, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
SECRETARIA GENERAL

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor HUMBERTO SIERRA PORTO, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
SECRETARIA GENERAL

SALVAMENTO PARCIAL DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-591 DE 9 DE JUNIO DE 2005. (Expediente D-5415).

CLAUSULA DE EXCLUSION EN MATERIA DE REGISTROS Y ALLANAMIENTOS-Elementos materiales probatorios y evidencia física afectados por invalidez (Salvamento parcial de voto)

NULIDAD DERIVADA DE PRUEBA ILICITA EN PROCESO PENAL-Inconstitucionalidad de los criterios establecidos para que sea decretada (Salvamento parcial de voto)

El artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece que la cláusula de exclusión de las pruebas ilícitas instituida por el artículo 23 de esa ley y que la Constitución fulmina con la nulidad de pleno derecho, tendrá que considerar como criterios para que esa nulidad se decrete “el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”. Analizada esta norma a la luz de la Constitución, es claro a mi juicio que resulta inexecutable. Así, en la hipótesis de haber sido obtenida una prueba con violación de las garantías fundamentales, no existe duda alguna sobre su ilicitud. Pero conforme al artículo 455 del Código de Procedimiento Penal las pruebas que sean consecuencia de una prueba ilícita, se transforman por arte de magia en lícitas, lo cual no se encuentra autorizado por la Constitución. Nótese, que la supuesta atenuación del vínculo entre lo lícito y lo ilícito queda sumida en el campo del subjetivismo, y, por ello, se abre un anchuroso campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria. Igual sucede con la denominada “fuente independiente”, mediante la cual se quiere ocultar lo inocultable. Esa distinción entre fuente dependiente y fuente independiente que proviene del Derecho Anglosajón, tan sólo se rige por el utilitarismo en materia jurídica, para darle entrada al proceso a todo lo que resulte “útil”, dejando a salvo la apariencia de licitud, para quedar a paz y salvo con el Derecho aunque se conculquen los derechos fundamentales. Del mismo modo, se pretende amparar con la validez una prueba o evidencia física obtenida por medios ilícitos, bajo el censurable argumento según el cual si de todas maneras la prueba podría haberse producido, nada importa que para acceder a ella se hubiere incurrido en conductas abominables por las autoridades, porque el “descubrimiento inevitable” sirve. Agréguese a lo anterior que el propio artículo 455 añade que la nulidad derivada de la prueba ilícita también podrá considerarse con otros criterios “que establezca la ley”, sin decir cuales con lo que se cae en la más absoluta indefinición y podrá llegarse al más completo de los abusos.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me veo precisado a salvar parcialmente el voto en relación con lo resuelto

en la Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, por las razones que van a expresarse:

1. El artículo 29 de la Constitución Política establece con absoluta claridad que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho. Es esa una determinación adoptada por el Constituyente de 1991 con el propósito expreso de excluir como fundamento de las decisiones judiciales aquellas pruebas que se obtengan como consecuencia de torturas o tratos crueles o degradantes o con lesión a la dignidad propia de la persona humana. Un Estado de Derecho se diferencia precisamente de otros tipos de Estado en el respeto de los derechos fundamentales. Por ello nada de lo que atente contra estos se encuentra dotado de legitimidad constitucional. Dicho de otra manera, ni para adelantar investigaciones judiciales ni para ninguna otra actuación puede la autoridad del Estado acudir a ningún método ni realizar actuación alguna que atente contra la intangibilidad de la dignidad personal, ni puede justificarse en la necesidad de reprimir el delito ninguna actuación del Estado que vulnere los derechos fundamentales.

2. En ese orden de ideas encuentro constitucional lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal- en cuanto en él se instituye la cláusula de exclusión de las pruebas que resulten violatorias de los derechos fundamentales, y las que sean consecuencia de las pruebas excluidas o que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

3. Sin embargo, resulta un verdadero contrasentido que luego de sentado ese principio en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, que se ajusta a la garantía constitucional establecida en el artículo 29 de la Carta, se le haga una excepción en el artículo 232 del mismo Código en materia de registros y allanamientos practicados por la Fiscalía General de la Nación. En efecto, en esa norma se sanciona con la invalidez la diligencia de registro y allanamiento que carezca de algunos de los requisitos esenciales previstos en la ley y, a renglón seguido se expresa que **“los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor”**. Es decir, a contrario sensu, las evidencias físicas y elementos probatorios que no dependan directa y exclusivamente del registro o allanamiento practicados sin los requisitos legales, tienen validez. De manera sorpresiva se pasa de lo ilícito a lo lícito, de lo reprochable a lo jurídicamente inmaculado, de lo prohibido por la Constitución a la constitucionalidad de la norma que la viola, como sí de lo que es ilícito en esencia pudiera en virtud de la redacción de la norma convertirse en lícito por la vía de una excepción que surge de considerar que si existe un elemento probatorio o se obtiene una evidencia física en un registro o allanamiento ilegal y se afirma luego que aquellos no dependen directa y exclusivamente de este, se purga la ilicitud, como sí la sanción de nulidad de pleno derecho para las pruebas obtenidas

con violación de las garantías constitucionales de que trata el artículo 29 de la Carta Constitucional no existiera.

4. De otra parte, el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece que la cláusula de exclusión de las pruebas ilícitas instituida por el artículo 23 de esa ley y que la Constitución fulmina con la nulidad de pleno derecho, tendrá que considerarse como criterios para que esa nulidad se decrete “*el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley*”.

Analizada esta norma a la luz de la Constitución, es claro a mi juicio que resulta inexecutable. Así, en la hipótesis de haber sido obtenida una prueba con violación de las garantías fundamentales, no existe duda alguna sobre su ilicitud. Pero conforme al artículo 455 del Código de Procedimiento Penal las pruebas que sean consecuencia de una prueba ilícita, se transforman por arte de magia en lícitas, lo cual no se encuentra autorizado por la Constitución.

La Carta establece que las pruebas ilícitas son nulas de pleno derecho. No hace las distinciones que el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 incluyó en su texto, sino que es perentoria, clara, contundente al sancionar con la nulidad cualquier prueba ilícita.

Nótese, que la supuesta atenuación del vínculo entre lo lícito y lo ilícito queda sumida en el campo del subjetivismo, y, por ello, se abre un anchuroso campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria, de tal suerte que el capricho sea el criterio para declarar que existe “vínculo atenuado” y por ese camino dotar de validez a pruebas que carecen de ella.

Igual sucede con la denominada “*fuentes independientes*”, mediante la cual se quiere ocultar lo inocultable. Es decir, separar la prueba ilícita de otra obtenida mediante ella pero atribuyéndole que tiene una “*fuentes*” distinta. Aquí se contraría hasta distorsionarla por completo la noción de “*fuentes*” de la prueba, para señalar simplemente que se hace separable lo que resulta inescindible. En el proceso se prueban los hechos y estos no pueden demostrarse sino con los medios de prueba que no resulten contrarios ni violatorios de los derechos fundamentales, esto es, dejando intacta siempre la dignidad de la persona humana, sin coacción, sin tortura, sin tratos crueles o degradantes, sin coacciones indebidas, con absoluta libertad. Esa distinción entre fuente dependiente y fuente independiente que proviene del Derecho Anglosajón, tan sólo se rige por el utilitarismo en materia jurídica, para darle entrada al proceso a todo lo que resulte “*útil*”, dejando a salvo la apariencia de licitud, para quedar a paz y salvo con el Derecho aunque se conculquen los derechos fundamentales.

Del mismo modo, se pretende amparar con la validez una prueba o evidencia física obtenida por medios ilícitos, bajo el censurable argumento

según el cual si de todas maneras la prueba podría haberse producido, nada importa que para acceder a ella se hubiere incurrido en conductas abominables por las autoridades, porque el “*descubrimiento inevitable*” sirve, para darle licitud como por ensalmo a procederes ilícitos, de tal manera que así quedarían cubiertos por el manto jurídico torturas, tratos crueles físicos o síquicos, la degradación y el ultraje a la dignidad de la persona humana.

Agréguese a lo anterior que el propio artículo 455 añade que la nulidad derivada de la prueba ilícita también podrá considerarse con otros criterios “*que establezca la ley*”, sin decir cuales con lo que se cae en la más absoluta indefinición y podrá llegarse al más completo de los abusos, lo que resulta inadmisibile en el Derecho Procesal Penal, instituido para juzgar pero conforme a la Constitución y con el más ascendrado respeto a la integridad de los derechos humanos.

Dejo así expuestas las razones de mi discrepancia parcial con la Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado