Sentencia C-025-09

DERECHO A LA DEFENSA-Garantía del debido proceso/DERECHO A LA DEFENSA-Definición/DERECHO A LA DEFENSA-Importancia

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado

DERECHO A LA DEFENSA EN MATERIA PENAL-Modalidades/DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TECNICA-Diferencias

El ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un profesional del derecho, científicamente preparado, conocedor de la ley aplicable y académicamente apto para el ejercicio de la abogacía. En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS-Importancia en los sistemas penales de tendencia acusatoria

DERECHO A LA DEFENSA-Ámbito de aplicación en el proceso penal comprende toda actuación incluida la etapa preprocesal/DERECHO A LA DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Su aplicación se extiende a la etapa preprocesal

La posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en sus pronunciamientos que abarcan tanto el modelo mixto de tendencia inquisitiva inicialmente adoptado por la Constitución del 91 y desarrollado básicamente por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, como el sistema procesal penal de tendencia acusatoria incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto

Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Carácter intemporal

El carácter intemporal del derecho a la defensa técnica fue determinado al adelantarse el estudio de constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, que consagraba el derecho a la defensa como norma rectora y daba a entender que ese derecho era procesalmente exigible una vez se obtenía la calidad de imputado. Al estudiar dicha norma, esta Corporación manifestó que el derecho a la defensa técnica es intemporal, no tiene límites en el tiempo, de manera que puede ser ejercido por el presunto implicado desde la etapa misma de la indagación, y en todo caso, desde antes de que se inicie formalmente la investigación. Precisó que la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación, en las etapas pre y procesal, sin que resulte relevante para el ordenamiento constitucional la denominación jurídica que se le asigne al individuo al interior de todas y cada una de las actuaciones penales, pues lo importante y trascendental es que se le garantice a lo largo de todas ellas el ejercicio del derecho a la defensa sin limitaciones ni dilaciones injustificadas; luego el ejercicio del derecho a la defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Propósitos del nuevo modelo procesal penal

Las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal se concretó en: (i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando 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 la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el ejercicio de su actividad investigativa.

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Competencias asignadas

Al juez de control de garantías se le asignaron en el nuevo sistema procesal penal competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente 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 sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos

fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. Es por ello que al juez de control de garantías le corresponde examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida 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.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Rasgos estructurales del procedimiento aplicable/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Etapas comprende, términos y actividades que se cumplen en ellas

FISCALIA EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Ente acusador/FISCALIA EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Funciones/FISCALIA EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-No ejercicio de funciones jurisdiccionales/FISCALIA EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Actos que impliquen restricción de derechos fundamentales sometidos a control del juez de garantías

En el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías, quien los autoriza y convalida 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. La Fiscalía General de la Nación quedo facultada para ejercer el principio de oportunidad e imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, las cuales no requieren, en el nuevo texto constitucional, autorización judicial previa para ello, pero sí están sometidas a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías.

AUDIENCIA DE CONTROL O REVISION DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Eventos en que procede/AUDIENCIA DE CONTROL O REVISION DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Propósito

La audiencia de control o revisión de legalidad posterior que se cumple por parte del Juez de Control de Garantías sobre la práctica de ciertas diligencias realizadas, bien durante la indagación previa o bien durante la etapa de investigación, por parte de la Fiscalía General de la Nación y los órganos de Policía Judicial sin previa autorización judicial para su realización, comprende las medidas de: (i) registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares; (ii) actuación de

agentes encubiertos; (iii) entrega vigilada de objetos; (iv) búsqueda selectiva en base de datos y (v) práctica de exámenes de ADN, y tiene como propósito especifico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales.

AUDIENCIA DE CONTROL O REVISION DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Labor fiscalizadora del juez de control de garantías no sustituye ni reemplaza derecho de defensa de los implicados

AUDIENCIA DE CONTROL O REVISION DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Participación del indiciado y su defensor/AUDIENCIA DE CONTROL O REVISION DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Participación del imputado y su defensor

Es claro que cuando las diligencias se practican después de formulada la imputación, el imputado y su defensa pueden participar en la audiencia de control de legalidad si lo desean, para realizar el contradictorio; pero cuando éstas se llevan a cabo antes de formulada la imputación, durante la indagación preliminar, las normas correspondientes permiten dos interpretaciones posibles respecto de la presencia en la audiencia del implicado y su defensor: una primera interpretación excluyente que llevaría a entender que en dicha audiencia no se permite la participación del implicado y su defensor cuando la misma se practica durante la etapa de indagación, la que resulta inconstitucional, pues no existe justificación válida para que se limiten los derechos a la defensa y a la igualdad en la etapa de indagación; y una segunda interpretación incluyente en sentido opuesto a la anterior, es decir, que sí es posible la participación del implicado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad posterior cuando ésta tiene lugar en la etapa de la indagación, que se ajusta plenamente a la Carta en la medida en que, acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa del investigado durante la etapa de indagación y, concretamente, su participación en la audiencia de revisión posterior que sobre las diligencias contenidas en las normas demandadas se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

DERECHO DE DEFENSA EN AUDIENCIA DE CONTROL O REVISION DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Se vulnera al no permitirse la participación al indiciado y su defensor/DERECHO DE DEFENSA EN AUDIENCIA DE CONTROL O REVISION DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-No admite excepciones basadas en la condición de la persona investigada al interior de las etapas del proceso penal

En concordancia con el alcance fijado al artículo 8° de la Ley 906 de 2004 que consagra la posibilidad de activar el derecho a la defensa en favor del implicado en una actuación penal, antes de que éste adquiera la condición de imputado, al igual que del artículo 267 de la misma ley que regula lo referente a las facultades de quien no es imputado que autoriza a la persona que sea informada o advierta que se adelanta investigación en su contra, para asesorarse de abogado y para recaudar elementos materiales

probatorios que podrá utilizar en su defensa ante las autoridades jurisdiccionales, disponiendo asimismo que quien no es imputado podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales. Así, a la luz de lo previsto en los artículos precitados del C.P.P., quien conoce de una actuación penal en su contra está facultado para ejercer el derecho a la defensa durante la etapa de indagación y, concretamente, para solicitarle al juez de garantías que lleve a cabo el control de legalidad sobre las diligencias o actuaciones realizadas en esa etapa, y que a su juicio se hayan practicado con grave afectación de sus derechos fundamentales, máxime cuando en ella se vayan a decidir asuntos de interés para el implicado, que pueden comprometer su futura responsabilidad y definir el curso del proceso -como es precisamente resolver sobre la validez de la evidencia o material probatorio recaudado-, lo que hace imprescindible que se garantice su presencia en la audiencia, en aras de asegurarle el ejercicio de su derecho a la defensa, independientemente al momento en que aquella pueda llevarse a cabo, y si bien la distinción entre indagado e imputado, y el reconocimiento de éste último como sujeto procesal, son situaciones jurídicas que a luz del ordenamiento jurídico resultan constitucionalmente admisibles, no constituyen razones de especial relevancia que justifiquen una restricción sustancial del derecho a la defensa del primero.

Referencia: expediente D-7226

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Demandante:

Edgar Saavedra Rojas y otro.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil nueve (2009).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Edgar Saavedra Rojas y Javier Mauricio Hidalgo Escobar, demandaron los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

Mediante Auto del treinta y uno (31) de marzo de dos mil ocho (2008), el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó además comunicar la demanda al Ministerio del Interior y de Justicia, al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Director del Colegio de Defensores Públicos de Bogotá, y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Rosario, Javeriana y Andes, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcriben las disposiciones objeto de censura, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004 y a la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, publicada en el Diario Oficial No. 46.673 de 28 de junio de 2007, subrayando y destacando los apartes que se acusan en la demanda:

"LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

"por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"

El Congreso de la República

DECRETA

(…)

Artículo 237. Audiencia de control de legalidad posterior. (Subrogado art. 16 de la Ley 1142 de 2007). Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

PARÁGRAFO. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.

(…)

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.

ARTÍCULO 243. Entrega vigilada. El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen

dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.

ARTÍCULO 244. Búsqueda Selectiva en bases de datos. La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

ARTÍCULO 245. Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado. Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.”

I. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Los demandantes consideran que las disposiciones parcialmente acusadas contenidas en la Ley 906 de 2004, contravienen lo dispuesto en los artículos 2, 4, 13, 29 y 229 de la Constitución Política, el artículo 14 del Pacto Universal de Derechos Humanos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1. Fundamentos de la demanda

A manera de consideración general, los actores comienzan por destacar que fue uno de los propósitos del legislador dentro del sistema penal con tendencia acusatoria el que en la etapa de investigación preliminar o previa no se pudiera ejercer el derecho a la defensa, lo cual fue consignado a partir del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, de cuyo tenor literal se desprende que sólo a partir del momento en que la persona adquiera la condición de imputado tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, a ejercer la defensa material y técnica.

Partiendo de esa consideración, sostienen que el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, tal y como fue subrogado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, estableció que a la diligencia de control de legalidad de las pruebas obtenidas en allanamientos sólo podrán asistir el fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos, sin que haya lugar al efectivo ejercicio del derecho a la participación de la defensa; situación que, por vía de analogía, predican igualmente de algunos procedimientos que no establecen expresamente el trámite a seguir para el control de legalidad posterior, entre los que se encuentran la actuación de los agentes encubiertos -artículo 242-, la entrega vigilada -artículo 243-, la búsqueda selectiva de bases de datos -artículo 244- y el examen de ADN -artículo 245- comprendidos en el mismo ordenamiento, por cuanto tales diligencias se llevan a cabo antes de la formulación de la imputación, lo cual significa que hasta antes de ese momento no se puede ejercer el derecho a la defensa.

A juicio de los demandantes, el derecho a la participación de la defensa debe ser ejercitado, incluso, en los controles posteriores realizados a las pruebas obtenidas en las diligencias previstas en los artículos arriba referidos, como quiera que en ellas se define indiscutiblemente la legalidad del procedimiento.

En ese orden de ideas, los actores proceden a demostrar que las normas acusadas contienen la prescindencia señalada anteriormente, de la siguiente manera:

Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos. Para los demandantes, si bien la orden que expide el Fiscal deviene legítima para utilizar agentes encubiertos, en tanto

con ello se fortalece la política criminal del Estado y se dota eficazmente a este último para combatir el delito, lo cierto es que en la diligencia de revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías, prevista en el citado artículo, se excluye la participación de la defensa, por cuanto como quedó expuesto anteriormente, no ha sido formulada la imputación.

De ahí que se advierta una seria afectación a los derechos a la igualdad de armas y al debido proceso, como quiera que no se permite la participación activa y contradictoria en el marco de la diligencia de control de legalidad ante el juez de garantías, todo lo cual se predica del tenor literal del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, al no permitir el efectivo ejercicio del derecho a la defensa mientras no se haya adquirido el carácter de parte como imputado.

Artículo 243. Entrega vigilada. A este respecto, estiman igualmente que la participación de la defensa es nula dentro de la audiencia de revisión de legalidad formal y material de los elementos probatorios y de la evidencia física recaudada, ya que, por vía de analogía, el operador jurídico se remite a la interpretación contenida en el artículo 237 del ordenamiento procesal penal.

Artículo 244. Búsqueda selectiva en bases de datos. Frente a este precepto, los actores indican de igual manera que la participación de la defensa se ve truncada para refutar la legalidad de la actividad investigativa adelantada por la policía judicial, por lo que la sola intervención del fiscal, de los funcionarios de la policía judicial y de los testigos o peritos, contraviene abiertamente los artículos 2, 13, 29 y 228 de la Constitución Política, y los Tratados Internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Artículo 245. Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado. A este respecto, consideran que para efectos de llevar a cabo el control de legalidad formal y material del procedimiento, éste debe necesariamente conducirse a partir de lo dispuesto por el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, lo cual implica nuevamente la imposibilidad que tiene la persona sobre la cual recae la medida de participar en la audiencia de revisión de la legalidad ante el juez de control de garantías, hasta tanto se formule en su contra la imputación de alguna conducta delictuosa.

Ahora bien, los demandantes también sostienen que pese a que el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 fue modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, tal precepto conservó su concepción inicial según la cual, la defensa puede ser efectivamente ejercida una vez se haya adquirido el carácter de parte a través de la formulación de la imputación. En efecto, afirman que durante la fase de diseño del nuevo ordenamiento procesal penal, fue objetivo primordial de la Fiscalía el que en la etapa de investigación preliminar no se ejerciera el derecho a la defensa ni se notificara a los indiciados, no obstante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional1 en la materia, principalmente orientados a que la investigación preliminar sea notificada.

Agregan que ha sido abundante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha abordado el estudio del nuevo sistema de procedimiento penal, específicamente en cuanto se refiere a la defensa como uno de los componentes cardinales de dicho sistema,

cuyo efectivo ejercicio puede activarse antes de que se adquiera la calidad de imputado, ya que desde una perspectiva interpretativa incluyente no puede existir una limitante temporal para la materialización del derecho a la defensa, como quiera que es una prerrogativa general y universal que surge a partir del momento mismo en que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso.

Así, luego de traer a colación copiosa doctrina y jurisprudencia constitucional en lo que guarda relación con las garantías de los derechos al debido proceso, a la defensa material y técnica y a la contradicción, los demandantes arriban a la conclusión de que en el nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, la defensa queda absolutamente desprovista de la oportunidad de ejercer el derecho a la controversia dentro de la dinámica probatoria que se surte al interior de las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, dado que hasta ese momento, como lo dispone el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, no se ha adquirido la condición de imputado.

Sobre esa línea de interpretación, el no permitir que la persona ejerza cabalmente su derecho a la defensa desde que se inicia una investigación en su contra, sea ésta preliminar o no, conlleva a potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón o justificación constitucional alguna en desmedro del derecho a la defensa de la persona investigada; lo cual, a su vez, implica la vulneración del derecho a la igualdad de las partes, en atención al desequilibrio que se genera entre la defensa y la Fiscalía.

En ese orden de ideas, es de resaltar que el legislador incurrió en una evidente omisión legislativa relativa al excluir a un sujeto procesal determinante dentro del marco del sistema penal acusatorio con tendencia adversarial: la defensa.

Así también, los demandantes indican que el hecho de no participar en el control de legalidad de todas y cada una de las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, comporta la violación del derecho al acceso a la administración de justicia, pues al sustraerse de controvertir la legitimidad de un elemento probatorio recaudado que puede llegar a ser determinante en un estadio procesal posterior, se hace nugatoria toda actividad encaminada a materializar la garantía señalada en el artículo 29 Superior.

Finalmente, los actores ponen de presente la inexistencia de cosa juzgada constitucional respecto de las normas que son objeto de censura, para solicitar a este Tribunal que declare la inconstitucionalidad de las normas demandadas en cuanto excluyen la efectiva participación de la defensa en los controles posteriores realizados a los elementos probatorios obtenidos en las diligencias para cuya realización no se requiere de autorización judicial previa.

IV. INTERVENCIONES

Ministerio del Interior y de Justicia

El Director del Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante

escrito allegado a esta Corporación el 23 de abril de 2008, intervino en el trámite de la acción con el fin de defender la constitucionalidad de las normas demandadas.

En primer lugar, el interviniente sostuvo que las diligencias previstas dentro del nuevo régimen procedimental penal colombiano se encuentran sometidas a un estricto control de legalidad reforzado por la creación de la figura del juez de control de garantías, todo lo cual garantiza, por un lado, la eficacia de los derechos al debido proceso y a la defensa; y, por otra parte, la consolidación de una verdadera democratización del proceso penal.

Ello obedece también a la necesidad de preservación de los elementos materiales probatorios que permiten establecer la existencia de un delito, así como la individualización del infractor de la ley penal sustancial.

Bajo tal consideración, advirtió que no comparte el criterio de los demandantes en relación con el cual se asegura que el control de legalidad es meramente formal y superficial de las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía, ya que, por el contrario, dada la intervención de la institución del juez de control de garantías dentro de la estructura del proceso penal, éste examina con rigor si el accionar desplegado dentro de las diversas diligencias que se han llevado a cabo se adecua al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De ser ello así, el juez a cargo del control no legitima la actuación que se haya surtido y, mucho menos, admitirá como elemento probatorio a aquel que se haya recaudado sin el cumplimiento de las previsiones legales y constitucionales pertinentes.

En segundo término, indicó que las actuaciones que no requieren de autorización judicial previa para su realización, constituyen herramientas de inteligencia que contrarrestan las diversas manifestaciones de la delincuencia organizada, por lo que establecer la obligación de notificar cuando materialmente no se ha identificado ni individualizado al presunto infractor, impide que se adelante la legalización de las diligencias previas, sacrificando así un bien jurídico de mayor valor y relevancia: la justicia de la sociedad. En esa medida, encontró que el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 es plenamente compatible con la Constitución Política y con la jurisprudencia constitucional en la materia2

.

Por otro lado, destacó que las actuaciones que son objeto de reproche, esto es, la utilización de agentes encubiertos, la entrega vigilada y la búsqueda selectiva en bases de datos, constituyen valiosas herramientas de política criminal que el legislador, en virtud de un ejercicio de libre configuración legislativa, radicó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación para que, de considerarlo pertinente, acudiera a tales figuras con el objetivo de procurar el aseguramiento de las pruebas y la búsqueda y recopilación de información.

Bajo ese entendido, para el interviniente, la legalidad de una actuación no se circunscribe al hecho del otorgamiento de una orden judicial previa, sino a la causa probable exigida para su ejecución o motivación fundada para ello.

Por último, señaló que de una simple lectura de los textos contenidos en los artículos 243 y 245 acusados no se advierte siquiera, por vía de interpretación analógica, que en éstos se prevea la eventual ausencia de la defensa en la audiencia de control posterior de legalidad definida en el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, como quiera que en ellos no obra remisión normativa en lo no previsto al procedimiento correspondiente para registros y allanamientos.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, el interviniente solicitó a esta Corporación inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo respecto de los cargos referidos contra los artículos 243 y 245 del Código de Procedimiento Penal y, a su vez, declarar la exequibilidad de los artículos 237, 242 y 244 de la misma preceptiva.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante comunicación de fecha 10 de abril de 2008, el Señor Procurador y el Viceprocurador General de la Nación se declararon impedidos para rendir el concepto de rigor dentro del presente proceso, ya que, en razón de sus cargos, los dos participaron en el trámite del proyecto de ley que le dio origen a la Ley 906 de 2004, -nuevo Código de Procedimiento Penal-, de cuyo texto hacen parte las normas demandadas. Así, el Señor Procurador participó en la comisión redactora del proyecto y el Viceprocurador, estuvo involucrado en la subcomisión redactora del mismo.

Estos impedimentos fueron aceptados por esta Corporación, mediante Auto 103, de fecha 23 de abril de 2008, razón por la que el jefe del Ministerio Público procedió a designar a la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales para que rindiera concepto dentro del presente proceso3.

En ese orden, la Procuradora designada Ad-Hoc, solicita a la Corte Constitucional que se declare la constitucionalidad de las normas acusadas.

El Ministerio Público, partiendo de una interpretación integral de las normas superiores y de las que forman parte del bloque de constitucionalidad, reconoce que el derecho a la defensa no sólo se predica de quien haya sido vinculado formalmente a un proceso penal, sino también de quien no habiéndolo sido, sea investigado en la etapa preliminar con miras a que se determine su presunta participación en un delito. Este es el aspecto más relevante de la indagación preliminar, la cual se concreta finalmente en la imputación.

Afirma que durante la fase de investigación preliminar, la garantía de los derechos fundamentales de todos los intervinientes y de los ciudadanos en general que puedan verse comprometidos en las operaciones de investigación está a cargo del juez de control de garantías, quien deberá constatar tanto la legalidad como la proporcionalidad del acervo probatorio recaudado. En ese sentido, si bien podría arribarse a la conclusión de que no existe desprotección de los derechos de quienes no hayan sido imputados, lo cierto es que el ejercicio de la defensa no puede sustituirse con la función fiscalizadora que la autoridad judicial realiza sobre las actuaciones de que tratan las normas acusadas, pues ésta se limita a evitar arbitrariedades que pueden ser ocasionadas como

consecuencia del ejercicio de las funciones de la Fiscalía, mientras que el objetivo prístino de la defensa se circunscribe a desvirtuar los elementos probatorios que eventualmente vinculen a la persona que se investiga preliminarmente con la comisión de un delito.

Frente a lo anterior, señala la Vista Fiscal que el artículo 238 de la Ley 906 de 2004, en aras de garantizar el derecho a la defensa en relación con las actuaciones y pruebas obtenidas en las operaciones que se encuentran contenidas en las normas objeto de reproche, contempla además de la impugnación de la decisión del juez de control de garantías, la posibilidad de que la defensa solicite posteriormente la exclusión de las evidencias obtenidas, en caso de no haber asistido a la audiencia de control de legalidad. Dicho artículo es del siguiente tenor:

"Artículo 238. Impugnabilidad de la decisión. >Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007<. La decisión del juez de control de garantías será susceptible de impugnación, en los eventos previstos en esta ley. Si la defensa se abstuvo de intervenir en la audiencia, podrá solicitar en otra audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria la exclusión de las evidencias obtenidas."

Así las cosas, el material probatorio que se recaude en dichas actuaciones podrá ser controvertido por la defensa en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, en la misma audiencia de control de legalidad de tales procedimientos, cuando éstos se hayan realizado una vez formulada la imputación. De manera que para la representante del Ministerio Público resulta ser una previsión normativa lógica si se tiene en cuenta que, precisamente, la etapa preliminar tiene como objeto verificar la existencia del hecho ilícito e individualizar al presunto autor del mismo.

En ese sentido, refiere que tal como lo ha señalado la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia4, el derecho a la defensa no tiene límites temporales, por lo que en cualquier etapa pre o procesal se puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.

Así pues, para terminar, la representante del Ministerio Público indica que la finalidad de las diligencias de que tratan las normas demandadas se concreta únicamente en la verificación por parte del juez de control de garantías de la legalidad formal y material de la actuación, y específicamente de la protección de los derechos fundamentales; por lo que no es precisamente la oportunidad procesal para que el juez decida sobre la participación de las personas en la comisión de un delito, ya que será el fiscal quien, una vez concluida la fase de investigación preliminar y de acuerdo con los elementos de prueba obtenidos en la misma, determine esta vinculación al momento de efectuar la imputación y, posteriormente, decida presentar o no la acusación contra el imputado para que ésta sea finalmente evaluada por el juez penal de conocimiento.

Por las anteriores razones, la Vista Fiscal solicita a este Tribunal que declare la exequibilidad condicionada de los apartes acusados de los artículos 237, 242, 243, 244 y 245 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido que cuando una persona tenga conocimiento de que está siendo investigada por su presunta participación en un hecho delictivo a través de las operaciones realizadas en la etapa de indagación preliminar, esto es, que

se haya individualizado preliminarmente al presunto infractor, debe serle autorizada su participación y la de su abogado en la audiencia de control de legalidad de dichas operaciones, si así lo estima pertinente, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Por dirigirse la demanda contra varias disposiciones que hace parte de una ley de la República, los artículos 237, 242, 243, 244 y 245 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para decidir sobre su constitucionalidad, tal y como lo prescribe el artículo 241-4 de la Constitución Política.

1. Problema Jurídico

Como ya se ha manifestado, los demandantes le solicitan a la Corte que declare la inexequibilidad parcial de los artículos 237, 242, 243, 244 y 245 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que los mismos vulneran los derechos a la defensa, a la igualdad y al debido proceso penal, consagrados en la Constitución Política y los tratados de derechos humanos, al no permitirle al indiciado y a su defensor participar en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias de: (i) registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de comunicación dejada al navegar por Internet u otros medios; (ii) actuación de agentes encubierta; (iii) entrega vigilada de objetos; (iv) búsqueda selectiva en base de datos; y (v) realización de exámenes de ADN, cuando tales diligencias se realizan en la etapa de indagación preliminar, es decir, antes de que se formule la imputación y se de inicio a la etapa de investigación formal.

Sostienen al respecto que, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, el derecho a la defensa técnica no tiene límites temporales y, por tanto, su ejercicio surge desde el momento en que una persona tiene conocimiento de que existe una investigación en su contra y hasta cuando finalice el proceso penal. Bajo ese entendido, aducen que las normas acusadas son inconstitucionales al limitar el ejercicio de la defensa sólo al momento en que el sujeto adquiera la calidad de imputado, sin comprender las audiencias de control de legalidad que se llevan a cabo en la etapa preprocesal de la indagación preliminar.

La posición de la demanda es compartida por la Vista Fiscal, quien en su concepto de rigor coincide en sostener que el derecho a la defensa técnica se debe extender a todas las actuaciones que se surten en los procedimientos sancionatorios, de manera que quien tenga conocimiento de que en su contra se adelanta cualquier tipo de investigación o indagación preliminar tiene derecho a ejercer la defensa desde la misma etapa preprocesal. Conforme con tal posición, el Ministerio Público le solicita a la Corte que

declare la exequibilidad de las normas acusadas, bajo el entendido que, cuando una persona tenga conocimiento de que en las operaciones realizadas en la etapa de indagación preliminar se esté investigando su presunta participación en un hecho delictivo, debe autorizarse su intervención y la de su abogado en la audiencia de control de legalidad de tales operaciones si así lo solicita.

Por su parte, quien interviene en representación del Ministerio del Interior y de Justicia se aparta de la acusación de la demanda y del concepto del Ministerio Público, advirtiendo que las diligencias previstas en las normas impugnadas, practicadas en la etapa de la indagación preliminar, se encuentran sometidas a un estricto control de legalidad reforzado por la creación de la figura del juez de control de garantías, con lo cual se garantiza plenamente la eficacia de los derechos al debido proceso y a la defensa de los indiciados. Precisa que la calificación sobre la validez y pertinencia de las diligencias de que tratan las normas acusadas se da en otro estadio del proceso penal distinto al de la indagación preliminar, en el que está plenamente garantizada la participación del imputado y su defensor, por lo que no cabe plantear su inconstitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior, en esta oportunidad le corresponde a la Corte establecer si las normas acusadas no permiten la participación del indiciado y de su defensor en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias en ellas previstas, cuando las mismas se llevan a cabo en la etapa de indagación preliminar, y en consecuencia, si por ese hecho las mismas desconocen los derechos a la defensa técnica, al debido proceso y a la igualdad.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte se referirá a los siguientes temas: (i) hará una breve referencia sobre el derecho a la defensa en el marco de la actuación penal, (ii) fijará la posición de la jurisprudencia constitucional en torno al ámbito de protección del citado derecho en los modelos inquisitivo y acusatorio, (iii) presentará una breve descripción del proceso penal acusatorio, y finalmente, dentro del contexto anterior, (iv) definirá sobre la constitucionalidad de las normas acusadas a partir del alcance reconocido a las mismas.

3. El derecho a la defensa

3.1. Como es sabido, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La Corte se ha referido a este derecho, señalando que “lo integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia”.5

3.2. Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de

cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, "de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga"6.

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca "impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"7. Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que "constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico"8.

3.3. Aun cuando es claro que el derecho a la defensa debe ser garantizado por el Estado en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que éste se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal, en razón de los intereses jurídicos que allí se ven comprometidos, las materias de las que se ocupa y las graves consecuencias que tiene para el procesado la sentencia condenatoria. La circunstancia de que en el proceso penal se resuelvan asuntos de alto impacto para la comunidad y que en él se puedan imponer sanciones que limitan la libertad personal, lo cual no ocurre en ningún otro tipo de controversia judicial, no deja duda sobre la importancia que adquiere la defensa en ese campo del derecho sancionatorio. Así lo entendió el propio Constituyente del 91, al hacer un reconocimiento expreso del derecho a la defensa en materia penal, consagrando en el artículo 29 de la Carta que: "[q]uien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

También en el escenario internacional los distintos tratados de derechos humanos hacen un especial reconocimiento al derecho a la defensa en materia penal. Así ocurre, por ejemplo, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporados a nuestro ordenamiento interno a través de las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente, los cuales a su vez forman parte del Bloque de Constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución Política.

En el caso del Pacto de Derechos Civiles, el artículo 14, Numeral 3°, Literal d), consagra que: "[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo".

Tratándose de la citada Convención, el Artículo. 8º, Numeral 2°, Literales d) y e), prevé que: "(…)[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".

3.4. A la luz de las garantías reconocidas en la Constitución y los tratados de derechos humanos, el ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un profesional del derecho, científicamente preparado, conocedor de la ley aplicable y académicamente apto para el ejercicio de la abogacía.

En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública, "de quienes se exige en todos los casos, en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho"9.

Reiterando lo dicho por esta Corporación, "la finalidad protectora de las garantías procesales previstas en la Constitución y la ley, que constituyen a su vez el mínimo de requisitos y condiciones que deben tenerse en cuenta en las actuaciones penales para asegurar el respeto a los derechos del implicado, exigen necesariamente que dentro del respectivo trámite judicial éste se encuentre representado por una persona con suficientes conocimientos de derecho, capacitada para afrontar con plena solvencia jurídica el ítem procesal y las vicisitudes que de ordinario se presentan en el mismo"10.

3.5. Como ya se mencionó, el derecho a la defensa en su doble modalidad, material y técnica, se encuentra claramente garantizado por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, durante la etapa de investigación y el juzgamiento. Al respecto, el artículo 29 de la Carta, ya citado, consagra que: "[q]uien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento". De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, a los que también ya se hizo referencia, reconocen de la misma manera el "derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección".

Respecto al derecho a la defensa técnica, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa

y al debido proceso11, destacando que el respeto a este derecho de rango constitucional "obliga al legislador y a los jueces, a tal punto que las deficiencias en la materia ocasionan, como lo expreso esta Corte en Sentencia C-592 del 9 de diciembre de 1993, la anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales y la inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que las permita"12

Sobre el particular, dijo la Corte en la Sentencia C-025 de 1998:

"5. El Constituyente dejó plasmada en la Carta la voluntad de asegurar el respeto pleno al derecho a la defensa técnica en el ámbito penal, mediante una 'regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior', que 'compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces'.

6. Lo anterior significa que 'dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la regulación legal o reglamentaria que lo permita'.

En oportunidad posterior, la Corte reiteró:

"no resulta indiferente la relación que el artículo 229 de la Constitución Política realiza entre la administración de justicia y la intermediación de un profesional del derecho, porque, cuando se requiere una intervención técnica, la presencia de quien es versado en leyes no puede tomarse como una interferencia, sino como la garantía de que el procesado tendrá un juicio justo -artículo 29 C. P.-, debido a que dicho profesional pondrá sus conocimientos al servicio de la justicia, con miras a que las razones de su poderdante sean escuchadas y el derecho del mismo valorado, dentro de los parámetros legales y atendiendo a las reglas propias de cada proceso.

"La Corte, en diferentes pronunciamientos, con ocasión del examen de sendas disposiciones del Estatuto del Abogado –en estudio- y de otros preceptos de idéntico o similar contenido, ha declarado acordes con la Constitución Política las normas que desarrollan el principio constitucional de exigir, como regla general, la intervención de un profesional del derecho para litigar en causa propia y ajena, -artículos 25, 28, 29, 31 y 33 D. l. 196 de 1970; 138, 148 inc. 2º, 149 y 150 D. l. 2700 de 1991; 46, 63 y 67 C. de P. C.; y 2º y 3º Ley 270 de 1996-. Y contrarias a dicho principio las disposiciones que desconocen tal previsión -artículos 34 D. l. 196 de 1971; 148 inc.1º, 161 (parcial), 322(parcial) y 355 del D. l. 2700 de 1991; y 374 del Decreto-ley 2550 de 1988"13

3.6. En relación con esto último, vale la pena reiterar lo dicho por la propia jurisprudencia constitucional, en el sentido de señalar que la importancia de proporcionar una garantía plena del derecho a la defensa, y en particular de una defensa técnica en el proceso penal, es particularmente relevante si se considera también que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales, que se materializa en el derecho a un proceso equitativo, y que en el modelo de tendencia acusatoria es conocido como el principio de "igualdad de

armas".

En punto al principio de igualdad de armas, ha dicho la Corte que el mismo "constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección"14.

3.7. Así las cosas, el derecho a la defensa, y en particular el derecho a la defensa técnica, es entonces determinante para la validez constitucional del proceso penal, lo que impone que éste deba garantizarse, como ya se anunció, en los términos previstos por el artículo 29 de la Constitución Política y los tratados de derechos humanos.

4. Alcance del derecho a la defensa técnica. Ámbito de aplicación dentro del proceso penal

4.1. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución Política extiende el derecho al debido proceso "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", y en materia penal reconoce el derecho de los sindicados a una defensa técnica "durante la investigación y el juzgamiento", en nuestro medio ha existido controversia en torno al tema de hasta donde se extiende el ámbito de protección del derecho a la defensa en una actuación penal.

4.2. El asunto ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, abarcando sus decisiones, tanto el modelo mixto de tendencia inquisitiva inicialmente adoptado por la Constitución del 91 y desarrollado básicamente por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, como el sistema procesal penal de tendencia acusatoria incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

En los dos escenarios la posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación.

4.3. En las primeras decisiones sobre la materia, la Corte fue contundente en afirmar que, aun cuando la investigación previa es anterior a la existencia formal del proceso penal, la misma es determinante y básica para dar paso a la instrucción y el juicio, ya que en ella se define si la actuación debe continuar o no. Por esta razón, no existe justificación válida para restringir la participación del indagado en ella, pues resulta indispensable su protección desde el momento en que se ha iniciado una investigación en su contra, en procura de que pueda tomar oportunamente todas las medidas que establezca el ordenamiento para proceder a ejercer con equilibrio la defensa de sus derechos.

Precisamente, al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los artículos 7°, 161 y 322 del Decreto 2700 de 1991, antiguo Código de Procedimiento Penal, en la Sentencia C-150 de 1993, esta Corporación hizo manifiesta la invulnerabilidad del derecho a la defensa en la etapa de la investigación preliminar, en los siguientes términos:

"Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el debido proceso debe aplicarse en dicha etapa.

Con el acatamiento al principio de contradicción se cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado en cabeza de los funcionarios judiciales, es decir, actúa como un contrapeso obligatorio, respetuoso de los Derechos Humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado, sindicado o procesado.

(…)

Obsérvese que lo que se entiende por "controversia de la prueba" es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de la investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando"115

.

Por su parte, en la Sentencia C-412 de 1993, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 324 del Decreto 2700 de 1991, en el que se autorizaba la duración indefinida de la investigación previa, la Corte hizo la siguiente precisión en torno al tema:

"El principio contradictorio se anticipa en esta etapa, pues frente al interés que anima a la función investigativa y sancionadora del Estado, surge el interés concreto, digno de tutela, del imputado de resultar favorecido con una resolución inhibitoria que descarte la existencia del hecho, su tipicidad, la procedibilidad de la acción, o, en fin que establezca en su caso una causal de antijuridicidad o inculpabilidad (C de P.P. art. 327).

Si bien la formalización del conflicto Estado-sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, ésta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa. Justamente, la anticipación constitucional

del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.

En este contexto, la ilimitada utilización de los medios de que dispone el Estado en la etapa previa – práctica de "todas las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos" y control por parte del fiscal del momento de cierre de esta etapa – cuyo empleo exalta en grado sumo la función investigativa y punitiva del Estado, puede desvirtuar su conexidad funcional con el cometido institucional de la misma y terminar atrayendo hacía sí la definición y tratamiento de aspectos conflictuales ínsitos en la persecución e investigación del delito que son más propios del proceso".

Posteriormente, en la Sentencia C-475 de 1997, al decidir sobre la inconstitucionalidad de los artículos 319 al 324 del Decreto 2700 de 1991, la Corte se reafirmó en su posición de que a la luz de la Constitución Política, el derecho a la defensa se extiende a la indagación o investigación prelimar. Dijo sobre el particular en el citado fallo:

"En primer lugar, al sujeto le asiste el derecho a ser oído tan pronto el Estado tiene suficientes elementos para formular en su contra una imputación penal. Los principios de prontitud y oportunidad han sido defendidos reiteradamente por esta Corporación, al indicar, entre otras cosas:

"El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso – previa o formal -, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa. Hay un derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero, antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo. (…)

El debido proceso que se predica de toda clase de actuaciones judiciales se aplica a la etapa de la investigación previa. Dado que es en el proceso donde con mayor intensidad y plenitud de garantías puede participar el imputado, la investigación previa debe tener un período razonablemente breve, circunscribirse a asegurar las fuentes de prueba y a verificar el cumplimiento de los presupuestos mínimos que se requieran para ejercer la acción penal. (…)

El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas16".

En suma, resulta violatorio del debido proceso, convocar a un sujeto para que rinda versión preliminar o declaración indagatoria cuando la actividad inquisitiva del Estado se ha postergado hasta conseguir un cúmulo tal de elementos probatorios que hagan

imposible o particularmente ardua la defensa. En estas condiciones, puede afirmarse que el Estado debe permitir que el sujeto investigado rinda versión libre o indagatoria, tan pronto resulte posible formular, en su contra, una imputación penal.

Bajo la vigencia del modelo mixto de tendencia inquisitiva, desarrollado como ya se ha dicho por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, el criterio de la Corte en torno a la invulnerabilidad de derecho a la defensa técnica en la etapa preprocesal, fijado en los fallos arriba citados, fue además reiterado, entre otras, en las Sentencias T-181 de 1999, C-1711 de 2000, C-033 de 2003 y C-096 de 2003. En la Sentencia C-033, al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 126 de la Ley 600 de 2000, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", esta Corporación afirmó al respecto:

"7.- Esta fase reviste importancia capital no sólo para el cumplimiento de los fines del Estado, sino también para el imputado, porque dependiendo de las actividades desarrolladas en esta etapa puede luego convertirse en sindicado y desde entonces su libertad personal, al igual que otros derechos, resultar seriamente afectados. Por lo mismo, la actividad estatal en la búsqueda de la verdad debe armonizarse con el ejercicio de sus derechos al debido proceso y a la defensa, pues de lo contrario probablemente carecerán de eficacia material durante las etapas subsiguientes.

(…)

8.- Aún cuando el debido proceso y el derecho de defensa parecen fortalecerse a medida que avanza la investigación, lo cierto es que en la fase preliminar, como en las demás fases, el derecho a la defensa debe concebirse en una dimensión amplia.

En efecto, el ente acusador tiene a su alcance amplios poderes que en ciertos eventos podrían definir radicalmente el curso del proceso. Por ejemplo, si gran parte del material probatorio es recopilado durante la investigación previa sin la participación del imputado o de su defensor, o sin la posibilidad de controvertirlo oportunamente, o de solicitar la práctica imperiosa de algunas pruebas a favor del imputado, el derecho de defensa difícilmente podrá consolidarse durante el sumario y menos aún en la etapa del juicio, por cuanto durante la fase preprocesal aquel no revistió las suficientes garantías y solamente fue satisfecho de manera precaria.

Aunque la Corte no desconoce que el imputado cuenta con ciertos mecanismos que de alguna manera le permitirían ejercer su derecho a la defensa en la investigación previa, considera, sin embargo, que el hecho de no ser sujeto procesal debido a su precario grado de vinculación a la investigación, no puede ser interpretado en el sentido de excluirlo de la facultad de ejercer en toda su dimensión sus derechos, particularmente el de contradicción y defensa, en la medida en que una restricción de esa naturaleza podría afectar de manera grave el desarrollo de las etapas subsiguientes del proceso.

12.- En este orden de ideas, la Corte considera que si bien es cierto que la distinción entre imputado y sindicado es constitucionalmente válida, el artículo 126 del Código de Procedimiento Penal no puede ser interpretado de tal manera que excluya al imputado de

la facultad de ejercer sus derechos como lo pueden hacer los demás sujetos procesales. Por tal motivo declarará la exequibilidad de la norma, pero condicionándola en el entendido en que, aún antes de la vinculación mediante indagatoria o como persona ausente, el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa y la protección de sus derechos constitucionales."

4.4. Como ya se mencionó, la posición de la Corte explicada precedentemente, también se ha hecho extensiva al sistema procesal penal de tendencia acusatoria, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

La primera referencia al tema aparece en la Sentencia C-799 de 200517, donde se adelantó el estudio de constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, el cual, al consagrar el derecho a la defensa como norma rectora, daba a entender que ese derecho era procesalmente exigible una vez se obtenía la calidad de imputado. Al estudiar dicha norma, esta Corporación manifestó que el derecho a la defensa técnica es intemporal, no tiene límites en el tiempo, de manera que puede ser ejercido por el presunto implicado desde la etapa misma de la indagación, y en todo caso, desde antes de que se inicie formalmente la investigación.

Precisó al respecto que "la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación", en las etapas pre y procesal, sin que resulte relevante para el ordenamiento constitucional la denominación jurídica que se le asigne al individuo al interior de todas y cada una de las actuaciones penales, pues lo importante y trascendental es que se le garantice a lo largo de todas ellas el ejercicio del derecho a la defensa sin limitaciones ni dilaciones injustificadas.

Puntualizó el fallo que ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos han fijado límites temporales para el ejercicio del derecho de defensa, pues se trata de un derecho general y universal que compromete valores consustanciales al Estado de Derecho como son la dignidad humana y la libertad, y a través del cual se busca que la persona sea sujeto del proceso penal y no objeto del mismo. En este sentido, cuando el artículo 29 de la Carta consagra que "[q]uien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento", está extendiendo el ámbito de protección del derecho de defensa a toda la actuación penal, incluida la etapa de indagación.

Con base en ello, la Corte precisó en la citada providencia que "el ejercicio del derecho a la defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso".

En la mencionada sentencia la Corte concluyó:

"- La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.

– Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el

derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.

– En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse.

– Por consiguiente, el ejercicio de dicho derecho de defensa por parte de la persona investigada obtiene constitucionalmente realce. Lo anterior, por cuanto nadie más interesada que la persona sujeta de investigación en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan.

– En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, tenga ésta el carácter de pre- procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.

Por el contrario, corresponde al ordenamiento jurídico reforzar el principio de dignidad humana, de raigambre Constitucional, permitiendo que la persona ejerza general y universalmente su derecho de defensa. Lo anterior, para evitar que la persona en realidad sea sujeto del proceso penal y no objeto del mismo".

Acorde con la posición de garantizar el derecho a la defensa técnica durante la indagación previa, en el mismo fallo la Corte hizo expresa referencia a algunas hipótesis donde claramente debe entenderse activado el citado derecho antes de adquirir el sujeto la condición de imputado, mencionando el caso de algunas diligencias que son practicadas por el ente investigador durante la indagación preliminar, como ocurre con los registros y allanamientos, precisando el fallo que, en esos eventos, una vez realizada su práctica, debe garantizarse a la persona la posibilidad de cuestionar la evidencia. Se refirió el tema en los siguientes términos:

"Hipótesis en las que se Activa el Derecho de Defensa antes que se adquiera la Condición de imputado

Primera: Cuando se efectúa un allanamiento por parte de autoridad pública competente, bajo el entendido que se pretende obtener material probatorio y evidencia física por ejemplo, lo razonable a la luz de los postulados Constitucionales es que aquella persona que se vea sometida a dicha carga pública pueda desde ese momento cuestionar la evidencia física que se recauda.

¿Que pasa si el objeto – arma de fuego – que se pretende hallar no se encuentra en el inmueble allanado sino en la casa vecina ? ¿ Que sucede si la existencia de insumos para el procesamiento de estupefacientes era totalmente ajena a la persona allanada ? Para poder dar respuesta a estos interrogantes hipotéticos, siempre será

necesario el ejercicio del derecho de defensa.

En efecto, si se realiza un allanamiento es porque existe un motivo para hacerlo. La persona en un Estado de derecho debe tener la posibilidad de controvertir desde un primer momento dicho motivo, con base en el derecho de defensa. Así entonces, el solo hecho de la aplicación de una medida cautelar, que no es la detención preventiva, implica la activación del derecho de defensa; por consiguiente con mayor énfasis deberá operar ante la propia detención preventiva.

No obstante, esta Corporación hace claridad que una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a avisar del momento en el cual va a realizar un allanamiento, en aras de la eficacia de la justicia, y otra distinta es que la persona que este siendo objeto del allanamiento no pueda defenderse.

Por consiguiente, el derecho de defensa, debe poder ser ejercido no solo desde que se adquiera la condición de imputado sino igualmente antes de la misma.

Segunda: En el instante mismo de un accidente de tránsito y ante la evidencia de un posible homicidio culposo; la persona sobre la recae la supuesta responsabilidad debe poder ejercer su derecho de defensa, con el propósito de demostrar que, por ejemplo, su vehículo estaba en otro carril, el croquis no responde a la realidad de los hechos, solicitar testimonios de personas que afirmen su dicho, entre otras. Hechos estos posibles de aclarar con la activación del derecho de defensa y no necesariamente ostentando la condición de imputado.

Tercera : Ante los posibles señalamientos públicos, efectuados por la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional o cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, en los cuales se endilga algún tipo de responsabilidad penal , debe poder la persona activar su derecho de defensa no necesariamente teniendo la condición de imputado.

En consecuencia, la activación del derecho de defensa es una prioridad esencial para aquella persona que se vea sometida a la vulneración de uno de sus derechos fundamentales. El caso representativo es la vulneración del derecho fundamental a la libertad a través de la captura, la cual inmediatamente activa el derecho de defensa de la persona capturada.

La activación del derecho de defensa en un capturado trae consigo un conjunto de derechos y prerrogativas en quien recae dicho acto, precisamente porque se está violentando el derecho a la libertad personal, esencial en un estado de Derecho…"

Con base en lo expuesto, advirtió la Corte que "la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa". Bajo esa premisa, en la Sentencia C-799 de 2005 la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la expresión "una vez adquirida la condición de imputado", incorporada a la norma en cita, para que se entendiera que el derecho de defensa se ejercía: "sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de

indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación.”18

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-1154 de 2005, en la que sostuvo que el derecho a la defensa “surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso”. En efecto, al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 291 de la Ley 906 de 2004, entre otras normas, la Corte reiteró la posición adoptada en la Sentencia C-799 de 2005, señalando:

“El derecho a la defensa es una garantía universal y general que constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Como lo estableció la sentencia C-799 de 200519 el derecho a la defensa “surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso” de lo que se colige que el derecho a la defensa se ejerce de manera oportuna y por los cauces señalados en la ley”.

De igual manera, en la Sentencia C-1194 de 2005, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte reiteró que el presunto infractor puede ejercer su derecho de defensa desde la indagación, con anterioridad a la formulación de imputación. Expresó sobre el punto:

“Una vez formulada la imputación, la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente y de los elementos fácticos de contenido probatorio necesarios para diseñar la estrategia defensiva. Lo anterior no obsta para que, como recientemente lo precisó la Corte Constitucional, el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa desde la etapa misma de la indagación preliminar y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de la imputación, tal como se desprende del pronunciamiento que se cita, proferido con ocasión del estudio del artículo 108 del C.P.P.…”

En similar sentido se pronunció la Corte en al Sentencia C-210 de 2007, al llevar a cabo el análisis de constitucionalidad del artículo 119 del Código de Procedimiento Penal, en el que se dispone que: “la designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con éste desde la primera audiencia a la que fuere citado. El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía.”20. En este caso, aun cuando a partir de una interpretación sistemática de la ley la Corte no encontró que la norma violara la Constitución, reiterando lo dicho en la Sentencia C-799 de 2005, afirmó que: “[l]la Corte Constitucional dijo que el derecho a la defensa se ejerce desde el momento en que se inicia la investigación penal y no solamente cuando se ordena la captura o cuando se adquiere la calidad de imputado”.

Señaló la Corporación:

“26. El anterior análisis sistemático del tema muestra, entonces, que contrario a lo

sostenido por el demandante, el ejercicio de la defensa técnica se inicia desde el primer acto procesal con el que el investigado tiene conocimiento de que la Fiscalía inició una investigación por la presunta participación en un hecho punible. En consecuencia, resulta equivocado sostener que, por el hecho reprochado en la demanda, el investigado no tuvo tiempo para ejercer su derecho a la defensa, ni que la norma acusada consagra una desigualdad de trato jurídico respecto de la oportunidad para ejercer la defensa. Luego, de la lectura integral de la norma acusada se infiere que el cargo de la demanda no prospera.

Sin embargo, en razón a que el reproche ciudadano contra la expresión demandada y el análisis adelantado por la Sala estuvo limitado al entendimiento literal de las expresiones normativas acusadas y en relación con la supuesta violación del derecho de defensa, se declarará la exequibilidad de la disposición, pero limitada al cargo expresamente estudiado."21

4.5. En consecuencia, de acuerdo con la posición fijada por la Corte en la jurisprudencia citada, la interpretación que se ajusta a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, en torno al tema de hasta donde se extiende el derecho a la defensa en una actuación penal, tanto en el sistema mixto inquisitivo como en el actual modelo de tendencia acusatorio, es la de que el citado derecho surge desde que la persona tiene conocimiento que cursa una investigación en su contra y solo culmina cuando finaliza el proceso. En este sentido es claro que el derecho a la defensa se extiende sin discusión ninguna a la etapa preprocesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la decisión final.

5. El nuevo proceso penal de tendencia acusatoria. Breve descripción del procedimiento aplicable

5.1. Considerando que las normas acusadas hacen parte de la ley que desarrolla el proceso penal con tendencia acusatoria, considera la Corte oportuno hacer una breve referencia a la manera como funciona el nuevo modelo, con el único fin de precisar el contexto dentro del cual dichas normas tienen operancia.

5.2. Según lo ha precisado esta Corporación en anteriores pronunciamientos, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 -que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política- se modificó la estructura básica del proceso penal en Colombia, pasándose de un modelo mixto de tendencia inquisitiva que había sido el adoptado por la Constitución del 91, a un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, que hace especial énfasis en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado para la consecución de la verdad y la realización efectiva de la justicia, y que busca privilegiar también los derechos de las víctimas.

5.3. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal se concretó en: (i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; (iii) instituir una

clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando 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 la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el ejercicio de su actividad investigativa.22

5.4. A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva, en el que la Fiscalía cumplía al mismo tiempo la función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías, quien los autoriza y convalida 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".

Dentro de este esquema, el propio Acto Legislativo 03 de 2002 faculta a la Fiscalía General de la Nación para ejercer el principio de oportunidad e imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, las cuales no requieren, en el nuevo texto constitucional, autorización judicial previa para ello, pero sí están sometidas a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías.

5.5. Según lo dijo la Corte, 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, a quien se le asignaron competencias "para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente 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 sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución"23.

Siguiendo esa estructura, al juez de control de garantías le corresponde examinar "si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente

legítimo; (ii) si la medida 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.”24

5.6. Pues bien, el nuevo proceso penal con tendencia acusatoria ha sido desarrollado y regulado por el Legislador mediante la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007. En distintos pronunciamientos sobre la materia25, la Corte se ha referido a dicho procedimiento, destacando los aspectos más relevantes de su estructura, que en este caso vale la pena reiterar.

a- La actuación penal sobre los hechos que revisten las características de un delito se inicia desde el momento en que la Fiscalía General de la Nación tiene información de la notitia criminis, hecho que puede llegar a su conocimiento por medio de denuncia, querella, petición especial o por cualquier otro medio idóneo (art. 200 C.P.P.)26.

Sobre este particular, la Corte ha aclarado que la sola “notitia criminis” no es suficiente para abrir formalmente el proceso penal y para poner en marcha la función investigativa y punitiva del Estado, siendo necesario para ello, que ésta se acompañe de los presupuestos mínimos que permitan determinar si hay lugar o no a la acción penal. Por eso, cuando la “notitia criminis” no se acompaña de la información suficiente para iniciar la acción penal, se requiere llevar a cabo una actuación preliminar, anterior al proceso propiamente dicho, denominada dentro del sistema penal acusatorio como “indagación”, cuya finalidad es precisamente establecer la necesidad de darle curso a éste, buscando definir si el hecho delictivo se cometió, como ocurrió y quienes participaron en su realización.

b- En ese sentido, en una primera fase, denominada de “indagación”, la Fiscalía entra a determinar la existencia del hecho delictivo y las circunstancias en que se presentó, así como también la identificación de los autores o partícipes (art. 200 y sig. del C.P.P.). En la medida en que los hechos fácticos constitutivos del delito no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la “indagación” a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial27, es definir los contornos jurídicos de la conducta delictiva que va a ser objeto de investigación y juicio, mediante la realización de actividades y diligencias previas, técnicas y científicas. De manera general, las diligencias y actividades practicadas durante la “indagación” tienen carácter reservado y el límite para llevarlas a cabo es el término de prescripción de la acción penal.

En los casos en que existe información suficiente sobre la ocurrencia del delito, sobre las circunstancias en que éste fue cometido y sobre sus autores, no se requiere adelantar la “indagación”.

c- Cumplida la “indagación”, cuando ella se requiera, la Fiscalía procede a formular ante el juez de garantías la imputación contra la persona sobre la que existen indicios de ser la responsable del ilícito. Según el artículo 286 del C.P.P., la formulación de imputación es “el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”. La Fiscalía promueve dicha formulación

cuando "de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga". En la misma audiencia de formulación de imputación, previo cumplimiento de los requisitos de ley, la Fiscalía podrá solicitarle al juez de control de garantías las medidas de aseguramiento contra el imputado y las medidas cautelares sobre sus bienes.

Con la formulación de imputación el indagado adquiere la condición de imputado (art. 126 C.P.P.), según la identificación que de él haga la Fiscalía (art. 128 C.P.P.) y tal calidad le confiere a éste las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resulten compatibles con su condición (art. 130 del C.P.P.). Desde ese momento la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente y de los elementos fácticos de contenido probatorio necesarios para diseñar la estrategia defensiva. En relación con esto último no puede dejarse de destacar que, según se mencionó en el apartado anterior, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que el presunto implicado puede ejercer su derecho de defensa desde la etapa preprocesal de la indagación previa y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de imputación.

d- Una vez formulada la imputación se inicia oficialmente la etapa de "investigación". En ella deben practicarse las diligencias dirigidas a establecer la forma como ocurrieron los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los mismos se presentaron, los sujetos que aparecen implicados en su condición de autores o partícipes, los daños y perjuicios ocasionados con la conducta y el monto de la indemnización.

En respuesta a la formulación de imputación, el imputado tiene la facultad de aceptar los cargos presentados por el organismo investigativo o de rechazarlos. La aceptación total de los cargos formulados con la imputación permite la protocolización inmediata de la "acusación" (art. 293 C.P.P.). En los casos de aceptación de cargos no tiene lugar la etapa de "investigación", pues solo hay lugar a ella cuando el imputado rechaza la acusación.

Al igual que la Fiscalía, en la etapa de la "investigación" el imputado o su defensor "podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo" (art. 268 C.P.P.)

Ahora bien, en principio, el término de investigación es de 30 días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se celebra la audiencia de imputación. En ese lapso, la Fiscalía puede optar por tomar una de las siguientes decisiones: (i) formular la acusación contra el imputado; (ii) solicitar la preclusión de la investigación; o (iii) hacer uso del principio de oportunidad que le confiere el nuevo modelo penal acusatorio. Transcurridos los 30 días iniciales de la instrucción, si el fiscal no adopta ninguna de las referidas decisiones, el proceso deberá ser asignado a un segundo fiscal, que contará con el mismo

término de 30 días para tomar la decisión correspondiente.

En la etapa de "investigación", la Fiscalía, con la participación de los organismos de Policía Judicial, debe investigar y recoger los elementos materiales, las evidencias físicas y las informaciones que sean favorables o desfavorables al imputado y a los demás intervinientes en el proceso, actuando con criterios objetivos y transparentes en su recolección y con respeto de los derechos fundamentales, siendo responsable además de la cadena de custodia.

Si durante la "investigación" realizada se encuentra que "de los elementos materiales probatorios" y de la "evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe", la Fiscalía debe presentar acusación formal contra el imputado, mediante escrito de acusación (Art. 336 C.P.P). El escrito de acusación es entonces el instrumento procesal remitido por la Fiscalía al juez competente en el que el ente investigador acusa a un individuo al que considera responsable penalmente por su autoría o participación en la comisión de un delito, para que se adelante en su contra el juicio oral.

Cabe precisar en este punto, como ya lo había hecho la Corte en anterior pronunciamiento28, que el material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, no adquieren la condición de prueba sino desde el momento en que son decretadas por el juez de conocimiento. En el sistema penal anterior, de tendencia inquisitiva, la Fiscalía ejercía la función principal de recaudar y practicar las pruebas que haría valer en el juicio, lo que implicaba que la resolución de acusación que presentaba ante el juez iba ya acompañada de las pruebas del proceso, constituyéndose éstas en el fundamento probatorio de la sentencia. Bajo el nuevo modelo acusatorio, la Fiscalía, en su condición de ente investigador, despojada de funciones jurisdiccionales, carece de competencia para recaudar lo que técnicamente se conoce como prueba procesal. Por eso, los elementos de convicción recaudados durante la investigación tienen simplemente carácter de evidencias, elemento material de prueba o material probatorio, y no constituyen fundamento probatorio de la sentencia, sino en la medida en que el juez de conocimiento decide decretarlos, valorarlos y reconocerlos en la etapa de juicio.

e- Formalmente, la presentación del escrito acusatorio, con los elementos de convicción recaudados, pone fin a la etapa de "investigación" y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral, conocida como de "acusación". En esta fase de transición, se busca delimitar los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. El objetivo general de la etapa de "acusación" es entonces depurar el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relacionado con la responsabilidad penal del imputado.

El escrito de acusación es un instrumento procesal de especial trascendencia y, como tal, está sometido al cumplimiento de los siguientes requisitos formales: 1) la individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos

que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones; 2) una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible; 3) el nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública; 4) la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso, y 5) el descubrimiento de las pruebas (art. 337 C.P.P.). El descubrimiento de pruebas debe acompañarse a su vez de un documento anexo que deberá contener: a) los hechos que no requieren prueba; b) la trascripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; c) el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; d) los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; e) el señalamiento de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales; f) los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía y g) las declaraciones o deposiciones (art.337 C.P.P.).

Recibido el escrito de acusación, dentro de los 3 días siguientes, el juez competente debe convocar a una audiencia de formulación de acusación (art. 338 C.P.P.). Dicha audiencia es la oportunidad procesal prevista para que la Fiscalía exponga los elementos de juicio, las evidencias y el material fáctico que pretende aducir como pruebas en el juicio a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. En la audiencia, el juez competente da traslado del escrito de acusación a las partes y debe conceder el uso de la palabra a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la defensa, con el fin de que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Seguidamente el juez dará la palabra al fiscal para que éste formule la correspondiente acusación (Art. 339 C.P.P). Antes de finalizar la audiencia de acusación, el juez de conocimiento incorporará las correcciones a la acusación leída, aprobará o improbará los acuerdos a que hayan llegado las partes y suspenderá condicionalmente el procedimiento, cuando ello corresponda (art. 343 C.P.P.).

En la audiencia acusatoria se determinará la calidad de víctima. Igualmente se concretarán los autores del ilícito y se le otorgará una calificación provisional a los delitos, lo cual orientará la acusación que formulará la Fiscalía en el juicio oral. Ello significa que el acusado solo puede ser juzgado por los delitos definidos en la etapa “acusatoria”, de manera que la sentencia que se profiera en el juicio oral no podrá pronunciarse sobre delito o persona que no haya sido mencionada en el escrito de acusación o en la audiencia del mismo nombre.

f- Concluida la audiencia de formulación de acusación, en un término no inferior a 15 días ni superior a 30, el juez de conocimiento deberá convocar a una segunda audiencia, denominada “audiencia preparatoria”, que tiene como fin último la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral y el señalamiento de la fecha de iniciación del juicio.

En la audiencia preparatoria, que cuenta con la presencia del fiscal, del defensor, del acusado, del Ministerio Público y del representante de las víctimas (art. 355 C.P.P.), el juez

dispondrá, entre otras cosas, que las partes manifiesten sus observaciones sobre el procedimiento de descubrimiento de los elementos probatorios. Adicionalmente, ordenará que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física y ordenará que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

Durante la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la defensa podrán solicitar las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, el juez decretará las que considere pertinente y admisibles. Excepcionalmente, el Ministerio Público puede solicitar la práctica de las pruebas que no lo hayan sido pedidas por las partes y que pudieran tener influencia relevante en los resultados del juicio (art. 357 C.P.P.).

g- Tramitada la audiencia preparatoria, el juez de conocimiento fijará la fecha y la hora de inicio del "juicio oral", que deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la audiencia preparatoria (Art. 365 C.P.P). En el "juicio oral", el juez escucha la presentación del caso por parte de la Fiscalía y la defensa, los alegatos finales de los intervinientes y practica las pruebas que se ordenaron en la audiencia preparatoria. Finalmente, decide sobre la responsabilidad del acusado, decisión que habrá de reflejarse en la sentencia.

6. Contexto del cual forman parte las normas acusadas y alcance de las mismas. Declaratoria de exequibilidad condicionada

6.1. De acuerdo con lo explicado en el punto anterior, es importante destacar que los artículos 237, 242, 243, 244 y 245 del Código de Procedimiento Penal, parcialmente acusados en esta causa, hacen parte del Libro II, que trata sobre las "técnicas de indagación e investigación de la prueba y el sistema probatorio", de su Título I que regula el tema de la "la Indagación y la Investigación" y, dentro de éste, del Capítulo II que consagra las "Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización".

En ese contexto, dichas disposiciones regulan aspectos relacionados con la práctica de ciertas diligencias por parte de la Fiscalía General de la Nación y los órganos de Policía Judicial, que no requieren de autorización judicial previa para su realización, pero que sí están sometidas a control posterior, y que se pueden llevar a cabo, o bien durante la indagación previa, o bien durante la etapa de investigación. Concretamente, en lo que hace relación a los apartes acusados, las mismas prevén lo referente a la audiencia de control o revisión de legalidad posterior que se cumple por parte del Juez de Garantías sobre las medidas de: (i) registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares (art. 237); (ii) actuación de agentes encubierto (art.242); (iii) entrega vigilada de objetos (art. 243); (iv) búsqueda selectiva en base de datos (art.244) y (v) práctica de exámenes de ADN (art.245).

6.2. Tal como se anotó en el apartado anterior, una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue precisamente la creación del juez de control de garantías, a quien, entre otras, se le asignaron competencias para adelantar un control posterior sobre las medidas

de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, y en general, sobre todas aquellas de que tratan las normas acusadas. En estos casos, la audiencia de control de legalidad tiene como propósito especifico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales (C.P. art. 250 y C.P.P. art. 39).

6.3. Con esa precisión, y en el contexto descrito, las normas acusadas prevén:

* El artículo 237 precisa que dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden. La misma norma precisa que "[d]urante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia". Sobre esto último aclara igualmente que: "[s]i el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar".

* En lo que hace al artículo 242, éste establece que cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados 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. Precisa la misma preceptiva que "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".

* Por su parte, el artículo 243 consagra la posibilidad de que el fiscal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, ordene la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida, cuando aquél tuviere motivos razonablemente fundados para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la

existencia de una actividad criminal continua. La norma aclara que, "[e]n todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material".

* En punto al artículo 244, el mismo dispone que la policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, puede realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público. Aclara que cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, "las disposiciones relativas a los registros y allanamientos". En los términos de las normas anteriores, también prevé el precepto el control posterior de legalidad sobre las diligencias de búsqueda en bases de datos, señalando que, "estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información".

* Finalmente, el artículo 245 faculta a la Fiscalía para autorizar la práctica de exámenes de ADN en los casos en que la policía judicial los requiera en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética. Destaca la norma que si "se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material".

6.4. Como ya se ha planteado, en relación con tales disposiciones los actores cuestionan el hecho de que las mismas no le permitan al indiciado y a su defensor participar en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias allí previstas, cuando éstas se practican durante la etapa de indagación preliminar, es decir, antes de que se formule la imputación y se de inicio a la etapa de investigación formal, lo cual, a su juicio, resulta violatorio del derecho a la defensa técnica y, por esa vía, de los derechos a la igualdad y al debido proceso.

6.5. Revisado el contenido de las normas acusadas, para la Corte es claro que una interpretación posible de las mismas es precisamente la que se plantea en la demanda. Esto es, que dichas normas no permiten la participación del indiciado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad de las medidas en ellas previstas, cuando se practican en la etapa de indagación preliminar.

Conforme con esta interpretación, es claro que cuando las diligencias se practican después de formulada la imputación, la defensa puede participar en la audiencia si lo desea; pero cuando éstas se llevan a cabo antes de formulada la imputación, durante la indagación preliminar, solo podrán participar en ella el fiscal, los funcionarios de policía judicial y los testigos o peritos que presentaron declaraciones juradas. Veamos:

Tratándose de las diligencias de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, contenidas en el artículo 237 del C.P.P, tal interpretación surge al disponer dicha norma que a la audiencia de revisión de legalidad posterior "solo podrán asistir", además del fiscal, los funcionarios de policía judicial y los testigos o peritos que declararon para obtener la orden o que intervinieron en la diligencia; aclarando además que si el cumplimiento de la medida se ejecutó luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. De este modo, puede considerarse que el precepto garantiza la participación de la defensa en la audiencia de control de legalidad posterior, sólo cuando las diligencias se ejecutan después de formulada la imputación, durante la etapa de investigación formal, y no cuando las mismas tienen lugar en la indagación.

Respecto de las diligencias referidas a la actuación de agentes encubiertos y búsqueda selectiva en base de datos, consagradas en los artículos 242 y 244 del C.P.P., aun cuando las normas que las regulan no prevén el procedimiento a seguir durante la audiencia de control posterior de legalidad, tales disposiciones ordenan aplicar para esos efectos "las reglas previstas para los registros y allanamientos". De ello se deduce que estas diligencias están sometidas también al procedimiento previsto en el artículo 237 del mismo ordenamiento y, por tanto, una lectura posible de las mismas es que tampoco en ellas se permite la presencia del indagado y su defensor durante la audiencia de control de legalidad posterior cuando ésta tiene lugar en la etapa de indagación.

En el caso de las diligencias de entrega vigilada de objetos y realización de exámenes de ADN, los artículos 243 y 245 C.P.P. guardan absoluto silencio sobre el procedimiento aplicable a la audiencia de revisión de legalidad posterior a la práctica de las mismas. No obstante, en la medida que se trata de diligencias que guardan semejanza y correspondencia lógica con las previstas en los artículos 237, 242 y 244, una interpretación analógica y sistemática puede llevar a concluir que también cabe aplicarles "las reglas previstas para los registros y allanamientos", en el sentido de que en ellas esta descartada la participación de la defensa en la audiencia cuando las diligencias se practican en la etapa de indagación. En efecto, en la medida que no existe regulación especial en punto al procedimiento que debe surtirse en la audiencia de control de legalidad de las diligencias de entrega vigilada de objetos y realización de exámenes de ADN, una interpretación posible es la de recurrir a las normas que regulan materias similares para llenar el vacío, en este caso, a las normas que prevén dicho procedimiento para el caso de las diligencias de registro y allanamientos previstas en el artículo 237 del C.P.P..

En conclusión, se reitera, una primera interpretación posible de las normas acusadas es aquella según la cual, las mismas no permiten la presencia del implicado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias allí previstas, cuando éstas se practican durante la etapa de indagación preliminar.

6.6. Ahora bien, conforme quedo explicado en el apartado anterior, mediante Sentencia C-799 de 2005, la Corte adelantó el estudio de constitucionalidad del inciso 1° del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, el cual, al consagrar el derecho a la defensa como principio rector del proceso acusatorio, permitía interpretar que el ejercicio del mismo por parte del infractor sólo era posible "una vez adquirida la condición de imputado". En dicho fallo, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la citada expresión, para que se entienda que las garantías procesales del derecho de defensa allí contenidas pueden ser ejercidas por el presunto implicado o indiciado "en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación".

En concordancia con el alcance fijado al artículo 8° de la Ley 906 de 2004 (actual Código de Procedimiento Penal), el mismo ordenamiento contiene disposiciones que consagran la posibilidad de activar el derecho a la defensa en favor del implicado en una actuación penal, antes de que éste adquiera la condición de imputado. Concretamente, el artículo 267 de la Ley 906 regula lo referente a las facultades "de quien no es imputado". Dicha norma autoriza a la persona que sea informada o advierta que se adelanta investigación en su contra, para asesorarse de abogado y para recaudar elementos materiales probatorios que podrá utilizar en su defensa ante las autoridades jurisdiccionales. De igual manera, el citado precepto dispone que quien no es imputado "podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales".

En consecuencia, por vía de una interpretación sistemática es posible advertir también que una segunda lectura de las normas acusadas es la de que resulta posible la participación del indiciado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad de las medidas en ellas previstas, aún cuando se practiquen en la etapa de la indagación preliminar.

6.7. De esta manera, para la Corte es claro que respecto del procedimiento aplicable a la audiencia de revisión de legalidad posterior de las diligencias previstas en los artículos 237, 242, 243, 244 y 245 del C.P.P., caben dos interpretaciones posibles. Una excluyente, la cual llevaría a entender que en dicha audiencia no se permite la participación del implicado y su defensor cuando la misma se practica durante la etapa de indagación. Y otra incluyente, en sentido opuesto a la anterior, es decir, que sí es posible la participación del implicado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad posterior cuando ésta tiene lugar en la etapa de la indagación.

Se pregunta la Corte ¿cual de las dos interpretaciones posibles se ajusta a la Constitución?

6.8. Sobre este particular, lo primero es recordar que la audiencia de control de legalidad tiene como propósito especifico ejercer un control posterior sobre las diligencias previstas en las normas acusadas, esto es, la revisión formal y material del

procedimiento utilizado en la práctica de las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuación de agentes en cubierta, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN. Por su intermedio, se busca entonces que el juez de garantías verifique si las citadas medidas respetaron los parámetros constitucionales y legales fijados para su práctica y ejecución, e igualmente, que no hayan desconocido con su proceder garantías fundamentales.

6.9. Partiendo de dicho objetivo, no encuentra la Corte una razón jurídica válida para negar la participación activa del indagado y de su defensor en la aludida audiencia, cuando las medidas previstas en las normas impugnadas se practican en la etapa de indagación. Por el contrario, la circunstancia de que en ella se vayan a decidir asuntos de interés para el implicado, que pueden comprometer su futura responsabilidad y definir el curso del proceso -como es precisamente resolver sobre la validez de la evidencia o material probatorio recaudado-, hace imprescindible que se garantice su presencia en la audiencia, en aras de asegurarle el ejercicio de su derecho a la defensa, independientemente al momento en que aquella pueda llevarse a cabo.

Nadie más interesado que el propio indagado en ser oído, en tener la oportunidad de demostrar, desde el inicio de la actuación penal, que no debe ser imputado de los delitos que se investigan, por lo menos a partir de la validez de la evidencia que hasta ese momento se ha recaudado, y ello sólo es posible cuando se le asegura la asistencia a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias practicadas en la etapa de indagación. No puede perderse de vista que tales diligencias constituyen material probatorio o evidencia física que puede ser utilizadas en contra del investigado para iniciar formalmente el proceso y definir su vinculación al mismo en calidad de imputado.

6.10. A juicio de la Corte, no resulta coherente que respecto del mismo acto procesal: la audiencia de control de legalidad posterior, se establezca un trato diferente al ejercicio del derecho a la defensa, tomando como único referente la condición jurídica que pueda tener la persona investigada para el momento en que la audiencia se realiza -indagado o imputado-. La jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que la condición del sujeto o la denominación jurídica que pueda recibir al interior de las diferentes etapas del proceso penal, resulta irrelevante para efectos de hacer efectivas sus garantías procesales, de manera que por ese hecho no es posible establecer excepciones al derecho a la defensa, pues lo trascendental y sustancial es garantizarle al implicado su ejercicio en cualquier etapa pre o procesal.

En ese sentido, carece de la más mínima justificación que sólo se permita la presencia del investigado en la audiencia de control de garantías a partir del hecho de haber adquirido la calidad de imputado, es decir, cuando las diligencias se han llevado a cabo durante la etapa de investigación, y no ocurra la mismo cuando las diligencias se practican en la etapa de indagación, teniendo el investigado la condición de indagado. Si bien la distinción entre indagado e imputado, y el reconocimiento de éste último como sujeto procesal, son situaciones jurídicas que a luz del ordenamiento jurídico resultan constitucionalmente admisibles, no constituyen razones de especial relevancia que justifiquen una restricción sustancial del derecho a la defensa del primero.

6.11. No es cierto, como lo afirma uno de los intervinientes en el proceso, que la garantía del derecho a la defensa en el presente caso se encuentre satisfecha en la indagación con el control que ejerce el juez de garantías sobre la evidencia o material probatorio recaudado por la Fiscalía en las diligencias de que tratan las normas acusadas. Compartiendo la posición fijada por el Ministerio Público, considera esta Corporación que la defensa de los derechos de los implicados no puede ser sustituida o reemplazada por la labor fiscalizadora del juez de garantías, pues su función está concentrada en evitar las posibles arbitrariedades en el proceder del organismo investigador, en tanto el objetivo de la defensa va más allá, en el sentido de buscar también desde el comienzo de la actuación, desvirtuar la validez de la evidencia o material probatorio que preliminarmente compromete al individuo con la comisión del delito que se investiga.

Según lo ha dicho la Corte, aún cuando el derecho a la defensa parece fortalecerse con el avance y desarrollo de la investigación, en la fase preprocesal de la indagación, como ocurre en las demás instancias del proceso, el citado derecho debe concebirse en una dimensión amplia, de manera que permita la participación activa y contradictoria del indiciado que no ha sido vinculado formalmente al proceso.

6.12. Se ha mencionado en este fallo que con la introducción del sistema de tendencia acusatorio se fortaleció la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar en ella los esfuerzos del recaudo de la prueba. Como consecuencia de ello, se le reconocieron al ente investigador amplios e importantes poderes que no en pocos casos pueden definir radicalmente el curso del proceso. Puede ocurrir por ejemplo, como ya lo ha puesto de presente la Corte, que gran parte de la evidencia o material probatorio sea recopilado durante la indagación previa sin la posibilidad de haber sido controvertido oportunamente por el implicado o su defensor. En estos casos, es claro que el "derecho de defensa difícilmente podrá consolidarse durante el sumario y menos aún en la etapa del juicio, por cuanto durante la fase preprocesal aquel no revistió las suficientes garantías y solamente fue satisfecho de manera precaria"29.

Por eso, permitir la participación del indagado y su apoderado en la audiencia de revisión de legalidad de las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuación de agentes encubierto, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN , cuando éstas se practican en la indagación previa, coadyuva en el propósito de no excluir al indiciado de la facultad legítima de ejercer en toda su dimensión sus derechos de defensa y contradicción, pues una restricción de esa naturaleza podría incidir negativamente en el desarrollo de las etapas subsiguientes del proceso, en desmedro claro de los intereses del procesado.

También busca garantizar el derecho de igualdad de armas, pues siendo el modelo de tendencia acusatoria un proceso adversial, facilitar la participación de la defensa en la audiencia de control de legalidad, la coloca en condiciones de igualdad frente al ente investigador, no solo por el hecho de que éste sí está expresamente autorizado por la ley para hacer presencia en dicha audiencia, sino además, porque le permite al investigado controvertir la legitimidad de la medida practicada. La jurisprudencia ha dejado

dicho que si desde el inicio de la investigación no existe proporcionalidad frente al ejercicio del derecho a la defensa, "fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga, (…) razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa"30.

Sobre esto último, no sobra recordar que en la Sentencia C-799 de 2005, la Corte hizo expresa referencia a algunas hipótesis donde claramente debe entenderse activado el derecho a la defensa antes de adquirirse la condición de imputado, mencionando el caso de algunas diligencias que son practicadas por el ente investigador, como ocurre con los registros y allanamientos, precisando que en esos eventos, a partir de su práctica, debe garantizarse a la persona la posibilidad de cuestionar la evidencia, lo cual tiene lugar, precisamente, durante la audiencia de control de legalidad.

6.13. Siguiendo las consideraciones precedentes, una interpretación excluyente de las normas acusadas resulta entonces inconstitucional, pues no existe justificación válida para que, por esa vía, se limiten los derechos a la defensa y a la igualdad en la etapa de indagación. Según lo ha manifestado reiteradamente esta Corporación, el derecho a la defensa técnica es intemporal, universal y general, de manera que puede ser ejercido por el presunto implicado desde la etapa misma de la indagación, y en todo caso, desde antes de que se formule la imputación, cuando la persona tiene noticia o está enterada que se adelanta en su contra una investigación penal.

Por el contrario, la interpretación incluyente se ajusta plenamente a la Carta en la medida en que, acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa del investigado durante la etapa de indagación y, concretamente, su participación en la audiencia de revisión posterior que sobre las diligencias contenidas en las normas demandadas se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

6.14. Así las cosas, tratándose de las normas impugnadas, solamente se entiende garantizado el derecho de defensa en la media en que éstas sean interpretadas en el sentido de que se permita la participación del indagado y su apoderado durante el trámite de la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias, independientemente al hecho de que ésta se realice antes o después de formulada la imputación, esto es, en la etapa de indagación o en la etapa de la investigación formal.

Cabe destacar, como ya lo ha hecho esta Corporación en anteriores oportunidades, que una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias -registros, allanamientos, interceptaciones, etc-, lo cual redunda en beneficio de la eficiencia y eficacia en la administración de justicia, y otra muy distinta es que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa.

6.16. De esta forma, para garantizar el derecho de defensa, y por esa vía los derechos de contradicción e igualdad de armas, en la parte resolutiva de esta sentencia, la

Corte declarará inexequible la expresión "sólo" contenida en el inciso segundo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, y exequible por los cargos propuestos y analizados, los demás apartes demandados del citado artículo 237 y los apartes demandados de los artículos 242, 243, 244 y 245 de la citada Ley 906 de 2004, siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado o indagado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Primero.- Declarar INEXEQUIBLE la expresión "sólo" contenida en el inciso segundo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", y EXEQUIBLE, por los cargos propuestos y analizados, la expresión "Durante el trámite de la audiencia […] podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia", contenida en la misma disposición, siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos y analizados, la expresión "para lo cual se aplicarán, en lo pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos", contenida en el inciso cuarto del artículo 242 de la ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos y analizados, la expresión "En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material", contenida en el inciso quinto del artículo 243 de la Ley 906 de 2004, "por

la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

Cuarto.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos y analizados, la expresión "se aplicarán, en lo pertinente, las reglas relativas a los registros y allanamientos" , contenida en el inciso segundo del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

Quinto.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos y analizados, la expresión "Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material", contenida en el inciso segundo del artículo 245 de la ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Con Salvamento de Voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C- 025 DE 2009 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Inexequible por cuanto actuaciones debieron contar con previa autorización judicial (Salvamento de voto)

INVESTIGACION PENAL EN SISTEMA DE TENDENCIA ACUSATORIA-Carácter legal y legítimo se desnaturaliza (Salvamento de voto)

FISCALIA EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Despojada de funciones jurisdiccionales (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D- 7226

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de Ley 906 de 2004 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Corte, a continuación dejo expresas las razones por las que disiento del fallo mayoritario.

1.- A mi juicio las normas demandadas han debido ser declaradas inexequibles plenamente y no solo en un pequeño apartado como ocurrió con la expresión "solo" del inciso segundo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

2. Tal como lo he venido sosteniendo en otras decisiones donde se ha estudiado la constitucionalidad del llamado procedimiento penal de tendencia acusatoria, en esta ocasión debo recordar que tal sistema penal es perverso y antigarantista porque dota de poderes investigativos extraordinarios a un ente del Estado que actúa a espaldas de los investigados recaudando evidencia con la que luego se sorprende al indefenso ciudadano.

3. Tan evidente es ello que el propio acto legislativo redujo al máximo las facultades jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación, quitándole la mayoría de las atribuciones de restricción, limitación o afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

4. El propio texto del fallo del que me aparto, así lo reconoce al enunciar que una de las principales características del "nuevo modelo procesal penal", fue: i) "fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales"

5. En este orden de ideas, de lo reconocido por la propia Corte, se deduce que la ausencia de funciones jurisdiccionales de la Fiscalía dejan tal Institución reducida a la misma condición de cualquier autoridad administrativa.

6. Agrégase a lo anterior que el método de escogencia del titular de esa institución se hace privilegiando las motivaciones políticas partidistas, convirtiéndose tal método en un verdadero riesgo para las libertades y garantías ciudadanas.

7. Siendo ello así, tal como es objetivamente advertible, resulta obvio que todas las normas procesales del Capítulo II del Título I del Libro II de la Ley 906 de 2004 que agrupa los preceptos reguladores de las "actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización" han debido ser declaradas inexequibles.

Y me pregunto, qué objeto tiene la creación de Jueces de Garantías que actúan de manera permanente, organizados en turnos, si para la afectación de uno de los más importantes derechos fundamentales –el de la inviolabilidad del domicilio— se les excluye a priori para privilegiar la Fiscalía General de la Nación. Eso, me parece una monumental inconsecuencia constitucional de la que orgullosamente me aparto pues no creo que pueda seguirse prefiriendo el supuesto eficientismo de la investigación, en desmedro de las garantías constitucionales.

Las investigaciones penales deben ser, no solo legales, sino sobre todo legítimas. Y no

hay legitimidad cuando se autoriza la violación de la Constitución para obtener resultados investigativos.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Los demandantes traen a colación la Sentencia C-799 de 2005, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada del primer inciso del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, en tanto el derecho a la defensa sólo se adquiere a partir del reconocimiento de la condición de imputado. En ese sentido, se consideró que ello no obstaculizaba el pleno ejercicio del derecho a la defensa, incluso, desde antes de la imputación, es decir, durante la etapa de investigación preliminar o previa.

2 Para el efecto, el interviniente cita la Sentencia C-799 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería. En ese sentido, señaló que tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, no en todos los casos en que se omite información sobre la existencia de una investigación preliminar al imputado conocido, se presenta una vulneración de los derechos a la defensa y a la contradicción, dado que ésta sólo se concretará cuando se impida el ejercicio efectivo de éstos, verbigracia, vedando el derecho a rebatir las pruebas acopiadas, impidiendo la solicitud de nuevas pruebas, negando la procedencia de recursos etc.

3 Frente a dicho Auto el Magistrado Jaime Araujo Rentería salvo el voto, entre otras razones, por considerar que la Corte Constitucional no tiene competencia para decidir los impedimentos del Procurador o Viceprocurador General de la Nación.

4 La representante del Ministerio Público trae a colación la Sentencia C-799 de 2005, en cuyo contenido se alude precisamente a la importancia y al alcance del derecho a la defensa en la etapa de investigación previa dentro del proceso penal.

5 Sentencia T-068 de 2005.

6 Sentencia C-617 de 1996.

7 Sentencia Ibídem.

8 Sentencia C-799 de 2005.

9 Sentencia T-068 de 2005.

10 Sentencia Ibídem.

11 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-507 de 2001, C-131 de 2002, C-228 de 2002, C-040 de 2003, C-328 de 2003 y C-152 de 2004.

12 Sentencia C-617 de 1996.

13 Sentencia C-507 de 2001

14 Sentencia C-1194 de 2005

1 Corte Constitucional. Sentencia C-150/1993

16 Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

17 M.P. Jaime Araujo Rentería

18 La Parte resolutiva de la sentencia señala expresamente lo siguiente: "3. Declarar EXEQUIBLE la expresión "una vez adquirida la condición de imputado" contenida en el inciso 1° del artículo 8° de la ley 906 de 2004, por los cargos examinados, sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación."

19 En la sentencia C-799 de 2005 (MP: Jaime Araujo Rentería) se revisó la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 906 de 2004 que consagra el principio del derecho a la defensa. El demandante consideraba que la norma era inconstitucional pues ésta consagra el derecho a la defensa como norma rectora y establece que ese derecho solo se adquiere una vez se obtenga la calidad de imputado lo que va en contra del artículo 29 de la Constitución. Uno de los problemas jurídicos que resolvió la Corte en dicha oportunidad fue "si existe violación al derecho de defensa cuando la norma acusada determina que este derecho se podrá ejercer desde el momento en el cual se adquiera la condición de imputado(...)." La Corte después de hacer un análisis del derecho a la defensa y de señalar las posibles interpretaciones del artículo demandado consideró que "En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa." De acuerdo a lo anterior, la Corte condicionó la exequibilidad de la expresión acusada "sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación." La Parte resolutiva de la sentencia dice: "3. Declarar EXEQUIBLE la expresión "una vez adquirida la condición de imputado" contenida en el inciso 1° del artículo 8° de la ley 906 de 2004, por los cargos examinados, sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación."

20 Ley 906 de 2004. Artículo 119.

21 Sentencia C-210 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Ver, entre otras, las Sentencia C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-1194 de 2005.

23 Sentencia C-591 de 2005.

24 Ver Sentencia Ibídem.

25 Al respecto se consultaron las Sentencias C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-1194 de 2005.

27 Ley 906 de 2004. Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

1. La Procuraduría General de la Nación.

2. La Contraloría General de la República.

3. Las autoridades de tránsito.

4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.

5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

6. Los alcaldes.

7. Los inspectores de policía.

Parágrafo. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.

28 Ver Sentencia C-1194 de 2005.

29 Sentencia C-033 de 2003.

30 Sentencia C-799 de 2005.