

Sentencia C-1260/05

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Integración

SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Cambios que introdujo

JUICIO PENAL EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Centro de gravedad del proceso penal

SENTENCIA ANTICIPADA-Celebración de acuerdo entre la Fiscalía y el imputado o procesado

Entre la Fiscalía y el imputado o el acusado pueden celebrarse acuerdos orientados a que se dicte anticipadamente sentencia condenatoria, lo que implica la renuncia a la etapa del juicio, es decir, a ser vencido en juicio. También puede aceptarse la culpabilidad al inicio de juicio oral, con lo cual este no se lleva a cabo y se procede entonces a dictar la sentencia condenatoria correspondiente. En los dos casos mencionados, corresponde al juez, bien de garantías o de conocimiento, verificar que no se hayan desconocido o quebrantado garantías fundamentales, así como que se actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión, y que el imputado o procesado se encuentra para ello asesorado por su defensor. Al respecto, el artículo 354 de la Ley 906 de 2004, impone la obligación de que en la realización de los acuerdos esté siempre presente el defensor del imputado, so pena de su inexistencia, así como que prevalece siempre lo que decida el imputado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual se dejará constancia. Además, cabe recordar, que en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. Además, la reparaciones efectivas a las víctimas que puedan resultar de los preacuerdos entre el fiscal y el imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Aplicación de las garantías propias del debido proceso

RENUNCIA DEL IMPUTADO A LA ETAPA DEL JUICIO-No violación del debido proceso/RENUNCIA

DEL IMPUTADO A LA ETAPA DEL JUICIO-Control de legalidad

La posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor. Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución.

RENUNCIA DEL IMPUTADO A LA ETAPA DEL JUICIO-Garantías constitucionales y legales que deben cumplirse

La renuncia a un juicio en las condiciones consagradas en el literal k) del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, debe interpretarse armónicamente con las demás disposiciones de la ley 906 de 2004, y por lo tanto cumplir con las garantías legales y constitucionales como las que refieren a que i) el imputado debe estar asesorado por su defensor (art. 368 de la Ley 906), ii) los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso, (arts. 131 y 368 de la Ley 906) para lo cual, iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (art. 131 de la Ley 906), iv) debe contarse con la presencia del Ministerio Público, v) los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado (art. 351-4 de la Ley 906), ya que vi) de advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 368 de la Ley 906), entre otros señalamientos.

DERECHO DE DEFENSA EN INVESTIGACION PENAL-Ejercicio desde antes de la imputación

DERECHO DE DEFENSA-Irrenunciabilidad

DEBIDO PROCESO-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

DEBIDO PROCESO-Convención Americana sobre Derechos Humanos

FISCALIA EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Funciones

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Forma parte de la rama judicial y goza de autonomía administrativa y presupuestal

PRINCIPIOS DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Alcance

PRINCIPIOS DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Armonización con los principios de unidad de gestión y jerarquía/FISCAL GENERAL DE LA NACION-Facultades reglamentarias y límites constitucionales/FISCAL GENERAL DE LA NACION-Expedición de directrices

La Corte ha mantenido una clara línea jurisprudencial que armoniza los principios de autonomía e independencia de la Fiscalía con los de unidad de gestión y jerarquía. Las directrices que corresponde expedir al Fiscal General de la Nación pueden enmarcarse dentro de los principios constitucionales que rigen la actuación de la Fiscalía General de la Nación, relativos a la unidad de gestión y jerarquía previstos en el numeral 3 del artículo 251 de la Carta, así como a su autonomía administrativa y presupuestal. El Fiscal General de la Nación en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las funciones de investigación y acusación penal que le competen, debe orientar y definir lineamientos, pautas y políticas generales para el funcionamiento de la fiscalía. Dicha competencia no puede confundirse con la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República en virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Dichas directrices que contienen sólo instrucciones de carácter general expedidas a nivel interno constituyen un acto administrativo de carácter general con sujeción al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta facultad para la toma de decisiones administrativas sin embargo no es ilimitada por cuanto debe ejercerse de conformidad con la Constitución y la ley. No le está

permitido al Fiscal General de la Nación que a través de las directrices que expida injerir en las decisiones judiciales propias de los fiscales ni indicarle criterios para su adopción ni interpretación de la ley y la Constitución, en aras de la garantía a la autonomía judicial. Por consiguiente, no se desconoce el artículo 230 de la Constitución.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración/RESERVA DE IDENTIDAD DE INFORMANTE EN PROCESO PENAL-No vincula al juez de control de garantías

Para la Corte es claro que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con el cargo formulado. Lo anterior, se evidencia en la medida que los argumentos del actor no exponen diferentes cargos a los ya considerados y resueltos por la Corte en la Sentencia C-673 de 2005, que distingue la figura de los informantes y resuelve sobre la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías” bajo la condición que no puede ser entendida en el sentido de que la reserva sobre los datos del informante vincule al juez de control de garantías. De igual manera, como se expuso, en dicha Sentencia se indicó que la preservación de la seguridad del informante justifica que sus datos no sean de carácter público sino reservado por lo que la expresión “inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías” se ajusta a la Constitución bajo el condicionamiento reseñado. Por lo anterior, se dispondrá respecto de las expresiones acusadas, el estarse a lo resuelto en la Sentencia C-673 de 2005, sólo por los cargos formulados.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones que fundamenten el concepto de violación deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carga mínima de argumentación

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Decisión sobre el incumplimiento de los requisitos de la demanda puede adoptarse también en el fallo

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de cargo de inconstitucionalidad

En el presente asunto, como se expuso, el actor se limita únicamente a señalar que se está otorgando atribuciones de policía judicial a los particulares para que actúen como agentes encubiertos y a echar de menos un régimen que regule su ejercicio sin explicar de manera

específica y suficiente, y con argumentos de naturaleza constitucional por qué las expresiones acusadas resultan contrarias a la Constitución y cómo se contradicen. Ello es así en la medida que el actor omite concretar la acusación que de manera general realiza, tampoco denota mínimamente con razones de inconstitucionalidad la confrontación entre las expresiones acusadas y la Constitución, y no otorga mayores elementos de juicio sobre la fundamentación de sus asertos. No basta, entonces, sólo con mencionar en la demanda el contenido normativo acusado e indicar las normas constitucionales que se consideran infringidas, sino se exponen las razones de inconstitucionalidad que resulten específicas, pertinentes y suficientes. Por lo anterior, al presentarse una ausencia de cargos de inconstitucionalidad respecto de las expresiones “incluso particulares” y “particular”, esta Corte se declarará inhibida para pronunciarse sobre las mismas.

PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO-Etapas

SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Cambios trascendentales en materia probatoria

ETAPA DE INVESTIGACION EN PROCESO PENAL ACUSATORIO-No se practican pruebas solo se recaudan evidencias o elementos materiales probatorios

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

PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA-Aplicación en proceso penal acusatorio

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA PRUEBA-Aplicación en proceso penal acusatorio

PRINCIPIO DE CONTRADICCION DE LA PRUEBA-Aplicación en proceso penal acusatorio

DILIGENCIA DE DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS-Manifestación concreta del principio de igualdad de armas

DERECHO DE DEFENSA Y PUBLICIDAD EN AUDIENCIA DE FORMULACION DE ACUSACION-No descubrimiento de material probatorio/SISTEMA PROCESAL PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Inexistencia de pruebas secretas u ocultas

El actor limita su cargo únicamente a señalar que el no descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la fiscalía en la diligencia de formulación de imputación implica el establecimiento de una prueba secreta al ocultar las pruebas que lo incriminan y el delito que resulta de las mismas lo que desconoce en su opinión los derechos a un juicio público y de defensa. Para la Corte, las expresiones acusadas por el actor, es decir, “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía”, no desconocen las garantías procesales de defensa y de publicidad, como lo sostiene el actor, en la medida que la implementación del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria implicó cambios estructurales en el sistema de investigación, acusación y juzgamiento. Uno de ellos, fue precisamente en materia del descubrimiento de las pruebas al señalar el inciso final del artículo 250 Constitucional, que “En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”, lo cual implica que las pruebas habrán de practicarse dentro de la etapa de juzgamiento con todas las garantías procesales propias como las de publicidad y contradicción. No existen así pruebas secretas ni ocultas en la medida que el nuevo sistema penal impone su práctica durante una audiencia pública -etapa del juicio- donde podrán controvertirse. Por ende, sólo cuando el fiscal decide acusar surge el deber de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información en poder de la fiscalía. Finalmente, debe señalarse que la norma parcialmente acusada refiere es al inicio de la actuación procesal penal como es la formulación oral de la imputación por parte del Fiscal, a fin de comunicarle a una persona su calidad de imputado, momento en el cual el fiscal debe hacer: (i) la individualización concreta del imputado que incluye nombres, datos de identificación y domicilio para citaciones, y (ii) la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; por lo que el imputado si tendrá conocimiento de unos hechos que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la fiscalía para obtener rebaja de pena.

TIPIFICACION DE CONDUCTA PUNIBLE-Reserva legislativa

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD PENAL-Alcance

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Alcance

PRINCIPIO DE TIPICIDAD O TAXATIVIDAD PENAL-Alcance

PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE FISCALIA E IMPUTADO O ACUSADO-Alcance

PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACION DE ACUSACION-Facultad de la Fiscalía de tipificar conducta penal para disminuir la pena/FISCAL EN SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Labor de adecuación típica con miras a lograr acuerdos/PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Facultad de la Fiscalía de tipificar conducta penal con miras a lograr acuerdos/TIPICIDAD PLENA O TAXATIVIDAD-Facultad de la Fiscalía de tipificar conducta penal con miras a lograr acuerdos

Cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo -preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal esta referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrarse previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone

que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

COSA JUZGADA MATERIAL-Concepto

COSA JUZGADA MATERIAL-Elementos para determinarla

COSA JUZGADA MATERIAL-No configuración

Los contenidos normativos de las dos disposiciones no son ni idénticos ni similares, y además la norma ahora demandada se encuentra enmarcada en un contexto diferente el nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, y expedida en virtud del Acto legislativo 03 de 2002, por lo tanto faltan algunos elementos para que pueda configurarse en este caso la cosa juzgada material.

LIBERTAD INMEDIATA EN PROCESO ANTE JUEZ PENAL DE CIRCUITO ESPECIALIZADO-Inconstitucionalidad del requisito de sentencia en firme/PRESUNCION DE INOCENCIA-Prolongación de privación de la libertad por no estar en firme providencia judicial/DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Violación por concesión de la libertad solo cuando esté en firme la sentencia

La Corte en la Sentencia C-392 de 2000 resolvió que el artículo 27 de la Ley 504 de 1999, violaba al debido proceso -presunción de inocencia- y la libertad, en la medida que se prolongaba indebidamente la privación de la libertad de la persona a pesar de proferirse sentencia absolutoria, o preclusión de la investigación u ordenado la cesación del procedimiento conforme a la ley. En el presente caso, el inciso acusado refiere a que la libertad se hará efectiva, en tratándose de delitos de competencia de los jueces penales de circuitos especializados, una vez en firme la sentencia. Así mismo, como se anotó dicho contenido normativo fue declarado inexequible en la Sentencia C-392 de 2000, por razones de fondo al desconocer el principio de presunción de inocencia y de la libertad personal previstos en los artículos 29 y 28 de la Constitución, que constituyeron el soporte para la declaración de inexequibilidad y que no sobra recordarlo subsisten actualmente en la

Constitución Política. Lo anterior, aunque se hubiere expedido el Acto Legislativo 03 de 2002, que si bien introdujo cambios en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria, no se han modificado las garantías propias de la presunción de inocencia y de la libertad, reconocidas constitucional e internacionalmente y que resultan violadas con la norma demandada que dispone que tratándose de delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, la libertad se hará efectiva en firme la sentencia, al permitir que para ciertos delitos el acusado permanezca privado de la libertad hasta que la providencia permanezca en firme, es decir, aún mientras se tramita el recurso de apelación de haberse propuesto.

Referencia: expediente D-5731

Demandada de inconstitucionalidad contra los artículos 8, literal I), parcial; 142, numeral 1, parcial; 221, inciso 2, parcial; 242, incisos 1 y 2, parciales; 288, numeral 2, parcial; 348, inciso 2, parcial; 350, numeral 2; y 449, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Actor: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha solicita a la Corte Constitucional la declaración de inexequibilidad de los artículos 8, literal I), parcial;

142, numeral 1, parcial; 221, inciso 2, parcial; 242, incisos 1 y 2, parciales; 288, numeral 2, parcial; 348, inciso 2, parcial; 350, numeral 2; y 449, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Mediante auto del 20 de abril de 2005, se admitió la demanda por cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y, de igual manera, se ordenó i) la fijación en lista de las normas acusadas y simultáneamente correr traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República y al Ministro del Interior y de Justicia de conformidad con los artículos 244 de la Constitución Política y 11 del Decreto 2067 de 1991 e, iii) invitar a la Fiscalía General de la Nación, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Corporación Excelencia en la Justicia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Colegio Colombiano de Abogados Penalistas y a los departamentos de Derecho Penal de las universidades Nacional, Rosario, Javeriana y Externado de Colombia para que aporten sus opiniones sobre la demanda de la referencia.

Así mismo, mediante providencia de 10 de mayo de 2005, la Sala Plena de la Corte aceptó los impedimentos del Procurador General de la Nación y del Viceprocurador General de la Nación, para emitir concepto en el presente caso. La Procuraduría General de la Nación, designó a la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, doctora Sonia Patricia Téllez Beltrán para que conceptuara en el presente asunto.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de este asunto y previo concepto de la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir de fondo en relación con la presente demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 4º, del artículo 241 de la Constitución Política, por estar dirigida contra una ley de la República.

2. Consideraciones preliminares

Con el fin de facilitar el examen de constitucionalidad en el presente asunto, esta Corte abordará el estudio de cada artículo de manera individual haciendo referencia a la trascipción de la norma acusada, las intervenciones ciudadanas (presentadas en tiempo o extemporáneamente), el concepto de la Procuraduría General de la Nación y las consideraciones de esta Corte.

Debe recabarse que conforme se indicó en la Sentencia C-925 de 6 de septiembre de 20051, el texto único de la Ley 906 de 2004, corresponde al aprobado por el Congreso de la República que vino a ser sancionado y publicado en el diario oficial No. 45.657 de 31 de agosto de 2004, por lo que dicho texto es el que constituye objeto de control de constitucionalidad, circunstancia que implica, en este caso, transcribir por la Corte las normas demandadas según fueron publicadas en el Diario Oficial citado, lo que no afecta los cargos propuestos en esta oportunidad.

III. EXAMEN MATERIAL DE LAS NORMAS DEMANDADAS

1. Artículo 8, literal I), parcial

a) Texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el texto del literal I), del artículo 8, de la Ley 906 de 2004, subrayando el aparte acusado:

“ARTÍCULO 8o. DEFENSA. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o

por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

I) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada.”.

b) Fundamentos de la demanda

El actor señala que la expresión acusada “Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k)”, consagra el derecho a renunciar a los derechos como si ello fuera posible en un Estado social de derecho (art. 1 de la Constitución). En efecto, en relación con el literal k) anota que ello equivale a renunciar a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial lo cual contradice lo afirmado en la exposición de motivos. Su renuncia equivale a señalar que frente a los mismos existen excepciones lo cual no es posible, configurando así una violación del debido proceso (art. 29 de la Constitución). No se pude justificar excepciones a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales por cuanto ello equivale al desconocimiento del Estado de derecho.

En cuanto al literal b) expone que “no existe la más mínima posibilidad de pensar en su contrariedad con la Carta Política, pero no sucede lo mismo con algunos de los derechos y garantías consagrados en el literal k) y que se determina que son renunciables pues hacen parte del debido proceso, así se ‘trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada...’”. Lo anterior, recalca el actor, en la medida que se trata de derechos constitucionales irrenunciables.

Concluye que la precipitadidad del Congreso es tan evidente en la trámite de estas leyes, que al mismo tiempo se consagró como principio rector la irrenunciabilidad de los derechos constitucionales (inciso 4, del artículo 10 de la Ley 906 de 2004).

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar exequibles los apartes acusados.

En efecto, el interveniente recuerda que se está ante un nuevo sistema de juzgamiento penal regulado en la ley acusada en el cual se garantiza al procesado la facultad de renunciar a los derechos previstos en los literales b) y k) acusados. Señala que los derechos fundamentales no son absolutos en la medida que pueden enfrentarse a otros valores, principios e intereses constitucionalmente relevantes. De igual manera, expone que la renuncia a dichos derechos se realiza de forma libre, consciente, voluntaria e informada siendo necesaria para la validez que se lleve a cabo con el asesoramiento del abogado defensor. Se persigue así la preservación del interés superior de la justicia y evitar el mayor desgaste para la administración de justicia.

Expone que dicha renuncia se efectúa en determinados eventos persiguiendo acceder a las rebajas de penas como la prevista en el artículo 351 de la Ley demandada. Renuncia que es verificada por el juez de control de garantías y después por el juez de conocimiento.

Concluye señalando que el artículo parcialmente acusado debe interpretarse de manera sistemática con las demás previsiones de dicho literal en armonía con los artículos 283, 367, 368, 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal.

2. Fiscalía General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio, interveniente en este asunto y en su calidad de Fiscal General de la Nación, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la expresión acusada. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Al respecto, anota que el literal l) en lo que se refiere al literal b), es el contrapeso en el sistema acusatorio para establecer de forma voluntaria la cultura del respeto a la verdad como instrumento prevalente del derecho sustancial penal. Lo anterior, para evitar establecer la omisión de la verdad como un derecho irrenunciable. Anota que en el sistema acusatorio está insito que la expresión de la verdad que hace en su defensa el infractor, jamás se puede utilizar en su contra, sino que conlleva la renuncia estatal del poder punitivo

mediante la rebaja de la pena, lo cual no operaría si se aplicara sin restricciones el principio de legalidad de la pena que regía en el sistema anterior. Expone que los derechos constitucionales sí admiten excepciones, siempre y cuando se justifiquen bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad. Sin embargo, esta argumentación no es del caso traerla a colación para el aparte acusado, pues, no se trata de la aplicación de una excepción de un derecho fundamental sino del ejercicio de una alternativa del derecho de defensa que resulta válido dentro del ordenamiento jurídico. Recalca que el cargo del actor no atiende la interpretación integral del nuevo sistema acusatorio.

En cuanto a la renuncia al juicio oral, literal k), considera que ella es la norma general prevista en el artículo 250 Constitucional. Expone que si se busca la celeridad con la supresión de ciertas especificidades del juicio y esta proviene del acusado, no hay motivo alguno ni de índole constitucional para negar la aceptación de esta forma de desarrollar el derecho de defensa. Estima que si el presunto infractor y su defensa consideran que sujetar el asunto al escarnio público lesiona sus derechos fundamentales, resulta legítimo renunciar a la garantía constitucional del juicio oral y público siempre que constituya una expresión soberana de la voluntad en el ejercicio del derecho de defensa y garantía de protección de la dignidad humana. Aduce que entiende la disposición acusada como mecanismo de justicia restaurativa para el tejido social que el Constituyente delegó al legislador. Por ende, el literal l) acusado no desconoce el ordenamiento constitucional en la medida que tienen otros fundamentos constitucionales en el principio de unidad de la Constitución, especialmente en lo dispuesto en el Acto Legislativo 03 de 2002 y los artículos 1, 2, 22 y 95 que refieren a la participación pluralista de la comunidad y ciudadanos en las decisiones que los afectan, la paz como derecho y deber de obligatorio cumplimiento, y el deber ciudadano de colaborar para el buen funcionamiento de la Justicia.

3. Intervenciones de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad de la expresión acusada. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anotan que se ha producido un cambio de sistema donde la técnica utilizada por el legislador

permite señalar una serie de errores y contradicciones evidentes en la medida que en la Ley 906 de 2004, subsisten disposiciones que no observan la permanencia del debido proceso, el derecho de defensa y otros principios que no resultaron eliminados, por lo que dicha reforma procesal penal parece “una colcha de retazos de horrible presentación que desdibujan la unidad, la coherencia, la ideal exactitud, la lógica, la razonabilidad del derecho, todo debido a una técnica legislativa deficiente, producto del afán y las imposiciones”, queriendo presentar por vía legislativa una modificación de la Constitución y de la doctrina constitucional.

Señalan que si el imputado decide autoincriminarse, está dentro de su amplio marco de posibilidades ya que es su propia voluntad la que así lo decide, sin que se elimine por completo el derecho de defensa, ya porque aún confeso, debe contar con un abogado, con un juicio imparcial, con la publicidad del procedimiento, que no son renunciables. Agregan que no solo resulta inconstitucional dicha renuncia sino inconveniente al dejar la Constitución a disposición de los organismos de seguridad en un país donde la manipulación, la fuerza, la coacción son asuntos diarios. La irrenunciabilidad “es la talanquera que no permite el compromiso de la voluntad, sojuzgada de cualquier manera y bajo cualquier modalidad. Si se puede renunciar a los derechos fundamentales, la Constitución termina ‘no imperativa’, sino discrecional. Nos oponemos a la norma, porque en nuestro criterio, semejante renuncia amplia, difusa, abierta, sin límites, hace nugatoria la Constitución por entero y las obligaciones de los funcionarios que no pueden dejarla a la ‘voluntad’ de los imputados o acusados en un proceso penal”. Concluyen que dicha renuncia es desarrollo o limitación de los derechos fundamentales por lo que la ley ordinaria no puede proceder a ello, al existir reserva constitucional de “ley orgánica”.

4. Universidad del Rosario

Alejandro Venegas Franco, interviniente en este proceso y en calidad de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita declarar la exequibilidad de los apartes acusados. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Al respecto, indica que los preacuerdos sobre culpabilidad o alegaciones preacordadas o conformidad del imputado, constituyen un mecanismo de justicia negociada respecto del acuerdo que se celebra entre el acusador y el acusado, quien a cambio de una disminución

de los cargos o de la pena, renuncia al derecho que tiene de refutar la acusación mediante la admisión de la responsabilidad para evitar el trámite del juicio, siendo así una forma de composición del proceso por vía del acuerdo que determina que no se aplicarán las formalidades del juzgamiento.

5. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano interveniente en este asunto, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la exequibilidad de la norma acusada siempre y cuando se examine a la luz de la publicidad de los elementos probatorios y la renuncia a los mencionados derechos se refiera única y exclusivamente a los eventos de preacuerdos, acuerdos o negociaciones que se adelanten entre el imputado y la Fiscalía. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

En efecto, considera que el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, consagra el derecho de defensa incluyendo la posibilidad de renunciar al derecho a no autoincriminarse, literal b), sobre el cual señala que el demandante no encuentra reparo alguno puesto que encuentra plena coincidencia con la posibilidad de confesión y, por ello, el reproche se centra en el abandono de las garantías consagradas en el sistema acusatorio en donde el debate central se realiza en audiencia pública. Anota que bajo los parámetros establecidos en la Constitución se desarrollan las formas propias de cada juicio por lo que bajo esta perspectiva debe analizarse la ley acusada en la medida que se trata del desarrollo legislativo, el cual refiere a la celebración de preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y el imputado, quien puede desistir de la realización de la audiencia pública de juzgamiento con la aceptación de los cargos y la concesión de rebajas y beneficios a su favor que encuentra plena coincidencia y validez dentro del sistema penal acusatorio que permite la terminación anticipada del juicio. Se trata, entonces, de una herramienta connatural a un sistema adversarial en donde el imputado puede allanarse y aceptar los cargos evitando adelantar etapas y actividades innecesarias.

Aduce que los derechos fundamentales no son absolutos y pueden configurarse dentro del desarrollo normativo como renunciables sin que ello implique vulneración de la Constitución. Finalmente anota que “la revelación y presentación de los elementos probatorios y

evidencias constituye un requisito fundamental para que los acuerdos y negociaciones no impliquen una vulneración a las normas constitucionales relacionadas con la contradicción de las pruebas que sustentan la imputación”.

6. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la exequibilidad. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

En efecto, los intervenientes solicitan la constitucionalidad en la medida que los derechos a la no autoincriminación y a un juicio justo no son irrenunciables por lo que el artículo parcialmente acusado no es contrario a la Constitución en la medida que i) se trate de una renuncia libre y voluntaria, ii) la persona procesada cuente con todos los elementos que le permitan decidir libremente acerca de la renuncia, es decir, de tener acceso a la información, elementos materiales y evidencia física en poder del fiscal o del juez, iii) debe hacerse con la asesoría del abogado defensor, y iv) si se renuncia al juicio se entiende como una renuncia total, o sea, el juicio o se lleva a cabo con todas las garantías de acuerdo con lo establecido en el artículo 251 de la Constitución, o no se realiza y en lugar de ello se celebra un acuerdo con la Fiscalía y se dicta sentencia anticipada.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Ministerio Público previa solicitud de extender el pronunciamiento a todo el literal por cuanto conforma un único contenido normativo con la expresión acusada, conceptúa en que dicho literal I) en relación con la referencia al literal k) resulta exequible. Respecto de la alusión al literal b) solicita que la Corte se declare inhibida.

En efecto, expone dicho Ministerio que el Constituyente no ha definido el juicio como un derecho absoluto e irrenunciable del imputado sino como una etapa procesal necesaria y de la esencia de la actuación penal en un sistema como el previsto mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 (numeral 4 del artículo 250 de la Constitución), es decir, que sea público, oral, concentrado, contradictorio, con inmediación de pruebas y demás garantías. A partir de dicha consagración constitucional es que puede indicarse que el derecho a un juicio oral se

encuentra insrito en el debido al debido proceso que viene a imponer al legislador su incorporación como una fase del procedimiento penal.

Agrega que se desvirtúa la acusación presentada por el actor “al observar que la Ley 906 de 2004 sí contempla el juicio como núcleo de la fase de juzgamiento, en la cual se ponen frente a aquel tercero imparcial, el juez, las pruebas con base en las cuales habrá de proferirse la sentencia, aunque la ley, con el fin de hacer viable el establecimiento de mecanismos alternativos de terminación de los procesos, también reconoció al imputado el derecho a renunciar al agotamiento de esta fase, para anticipar la resolución al proceso penal y de este modo materializar los principios de eficiencia y eficacia en la administración de justicia. No es otra la finalidad de esta disposición que la de reconocer que aunque el imputado tiene derecho a que se agote un proceso en el cual, la acusación da paso al juicio oral en el cual pueda ejercer su defensa, también tiene el derecho a renunciar a ese derecho, en procura de obtener una solución temprana de su situación jurídica, que le permita obtener beneficios punitivos y al Estado cumplir con su finalidad u objetivo con celeridad y economía”.

Expone el Procurador que debe considerarse que cuando el legislador declara que el imputado tiene derecho a renunciar al juicio oral está ejerciendo la potestad de configuración de los procedimientos judiciales con sujeción a la Constitución y disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad, por lo que si el imputado no renuncia a dicho derecho para acordar la terminación anticipada del proceso, debe el Estado agotar, entonces, toda la ritualidad ordinaria del proceso penal. Así de una parte se habilita el ejercicio de mecanismos anticipados de terminación del proceso y de otro se reconoce que el juicio no es un deber por cuanto el imputado no está obligado a esperar el agotamiento de todas las etapas procesales penales para que se resuelva su situación jurídica sino que como parte del proceso y en el marco del principio dispositivo puede provocar su culminación y resolución temprana para así obtener eventuales beneficios punitivos como contraprestación a su contribución en la prestación eficiente de la administración de justicia penal, lo cual no resulta ajeno a la estructura procesal fijada a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, en la medida que en un sistema de partes donde impera también el principio de obligatoriedad, el principio de disponibilidad tiene vigencia y aplicabilidad cuando se reconoce a dichas partes un margen de disposición del momento de terminación de la acción penal, siempre que se respete la finalidad del proceso, el esquema y las garantías procesales.

Anota que, entonces, la realización del juicio oral es un derecho del imputado y no un deber, que puede ser renunciable por su titular que es una manifestación del principio dispositivo en el nuevo esquema procesal. Advierte que la posibilidad de renunciar al juicio oral para procurar la terminación anticipada o temprana del proceso no habrá de entenderse como la consagración velada de una forma de aplicar el principio de oportunidad ya que la renuncia al juicio de ninguna manera implica una renuncia al ejercicio de la acción penal o la abstención de la persecución penal, sino la pronta definición del proceso que implica la declaración de responsabilidad del imputado y la imposición de la pena que corresponda.

Respecto del literal b), solicita el Ministerio Pública que la Corte se declare inhibida por cuanto el actor no presenta ningún cargo de constitucionalidad.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Aclaración previa sobre el cargo propuesto por el actor y solicitud de integración normativa

Considera la Corte, que a pesar de que el actor subraya como aparte acusado del literal l) del artículo 8º, toda la expresión “Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k)…”, realmente no estructura cargos de constitucionalidad sino sobre el contenido normativo relativo a la renuncia a los derechos contemplados en el literal k); claramente sobre el contenido normativo relativo al numeral b) expresa que, “En relación con el derecho a no autoincriminarse no existe la más mínima posibilidad de pensar en su contrariedad con la Carta Política”, lo cual constituye una muestra de que no lo acusa de constitucionalidad.

Aclarado lo anterior, debe la Corte considerar la solicitud del Procurador General de la Nación de extender el estudio y pronunciamiento a todo el literal l) del artículo 8º, por cuanto considera que conforma un único contenido normativo.

Esta Corporación, en Sentencia C-381 de 20052, al acoger la Sentencia C-560 de 19973, reiteró en cuanto al alcance de la integración de la proposición jurídica completa, lo siguiente:

“Sobre la integración de la proposición jurídica completa la Corte ha sostenido:

‘Ya ha avanzado la Corte en la doctrina según la cual, cuando los apartes demandados de un

precepto legal se hallan íntima e inescindiblemente unidos a fragmentos o partes no acusados, de tal manera que entre sí todos configuran una proposición jurídica cuya integridad produce unos determinados efectos y sólo es susceptible de comparar con la Constitución en cuanto tal, puede el juez constitucional extender el alcance de su fallo a las partes no señaladas por el actor, con el propósito de evitar que, proferido aquél apenas parcialmente, se genere incertidumbre colectiva acerca del contenido armónico e integrado de la norma legal materia de análisis.

Eso implica que la Corte Constitucional, en el ejercicio de su función, confronte normas completas, con alcances definidos, impidiendo que la acción ciudadana, ejercida selectivamente sobre ciertos textos desvirtúe el sentido exacto de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, bajo un cierto designio del actor o, por inadvertencia de éste, con el resultado de hacer que el precepto, según el sentido del fallo, presente un contenido incoherente o inaplicable”⁴.

En el presente caso, se tiene que el actor demandó solamente el literal l) del artículo acusado en cuenta a la renuncia a los derechos contemplados en el literal k) del mismo artículo. Sin embargo, para la Corte, resulta indispensable como lo sostiene la Procuraduría General de la Nación, examinar dicho contenido normativo junto con la expresión “siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada”, por integrarse a la expresión demandada y configurar una proposición jurídica completa al ser dependientes unas de otras, al punto que solo así es posible entender realmente el sentido completo de la norma respectiva, y así poderla confrontar con la Carta Política.

Por consiguiente, esta Corte integrará la proposición jurídica completa respecto del literal l), del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, por lo que el control de constitucionalidad se realizará sobre el siguiente contenido normativo:

“l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales ... k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada.”

2. Problema jurídico y decisión de la Corte sobre la constitucionalidad del contenido normativo demandado

La Corte debe abordar como problema jurídico si la posibilidad que tiene un imputado o

procesado de renunciar a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas en el que pueda interrogar en audiencia a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de testigos o peritos, así se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada viola el debido proceso (art. 29 de la Constitución) y el Estado de derecho (art. 1 de la Constitución), en la medida que para el actor se está ante un derecho de carácter irrenunciable.

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, se implantó en Colombia un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento penal de tendencia acusatoria. Es así como el numeral 4 del artículo 250 de la Constitución consagra que corresponde a la Fiscalía General de la Nación presentar el escrito de acusación a fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

En la Sentencia C-873 de 20035, esta Corte resalto de manera enunciativa los cambios introducidos con la nueva reforma constitucional al efectuar su comparación con el sistema procesal penal anterior. En cuanto a los cambios introducidos al artículo 250 de la Constitución, esta decisión alude al numeral 4 para indicar que una vez presentado el escrito de acusación se puede dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. Dijo la Corte:

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

La citada modificación al artículo 250 de la Constitución, trajo consigo en consecuencia una modificación considerable de los aspectos estructurales del procedimiento penal, en la medida que la norma Superior directamente caracterizó el juicio penal como una de sus etapas, que se rige por los principios de publicidad, oralidad, inmediación de pruebas, contradicción, concentración y respeto de todas las garantías fundamentales, resultando esta

etapa del juicio en el centro de gravedad del proceso penal, por lo que el trabajo investigativo de la Fiscalía resulta ser más una etapa preparatoria para éste. En la citada sentencia C-873 de 2003 dijo la Corte:

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

(a) En cuanto a las etapas del procedimiento, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación -encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a ésta última; ya se vio cómo el Constituyente derivado de 2002 caracterizó el juicio penal como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales. La etapa del juicio se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación⁶. En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo. En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado.”

Y, sobre las etapas de indagación, investigación y juicio, se expuso posteriormente en la sentencia C-591 de 2005:

“De igual manera, se trata de un proceso conformado por las etapas de indagación, investigación y juicio; basado en el principio de oralidad, adelantado mediante la sucesión de

diversas audiencias públicas; contradictorio; diseñado de forma tal que la persona sea juzgada sin dilaciones injustificadas, respetándosele todas sus garantías procesales...”.

En relación con la demanda de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa, y referida a la posibilidad de renunciar al derecho a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate, siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, debe precisar la Corte que lo que consagra esta disposición es la posibilidad del imputado o procesado de renunciar a una de las etapas del proceso, la del juicio, y no a la posibilidad de renunciar a cada uno de los principios que rigen dicha etapa en particular. En otras palabras, consagra la ley la facultad para el imputado o procesado de renunciar a ser vencido en juicio, siempre y cuando tal renuncia se exprese de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, es decir bajo el conocimiento y aceptación voluntaria de todas las consecuencias que ello implica, a fin de que el proceso termine de manera anticipada con sentencia condenatoria.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, el proceso puede terminar de manera anticipada, es decir, sin haberse surtido todas las etapas correspondientes, en los casos en que se celebre acuerdo entre la fiscalía y el imputado o procesado y éste sea aprobado por el juez. El fin de estos acuerdos, que implican la terminación del proceso de manera anticipada, es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso⁷, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

En efecto, se consagra en este nuevo sistema procesal penal, que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación, obtenido el cual, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación, bien porque el imputado se declare culpable del delito imputado, comportando una rebaja hasta

de la mitad de la pena imponible; o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; o, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena⁸; también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, y si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo⁹. Además, en el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación¹⁰.

También proceden los preacuerdos una vez presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad¹¹, caso en el cual la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Estos preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente¹². Y, con el fin de guardar las garantías del imputado, consagra la ley que si éste hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a la etapa del juicio, deberá el juez de control de garantías o de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible que proceda al interrogatorio personal del imputado o procesado¹³.

Igualmente, una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. En este momento, el acusado puede declararse culpable con lo cual tendrá derecho a una rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados¹⁴; el juez debe verificar que el acusado, para esta manifestación de culpabilidad, actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor; y preguntará el juez al acusado también si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la fiscalía¹⁵. De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y

adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad¹⁶.

En conclusión, entre la Fiscalía y el imputado o el acusado pueden celebrarse acuerdos orientados a que se dicte anticipadamente sentencia condenatoria, lo que implica la renuncia a la etapa del juicio, es decir, a ser vencido en juicio. También puede aceptarse la culpabilidad al inicio de juicio oral, con lo cual este no se lleva a cabo y se procede entonces a dictar la sentencia condenatoria correspondiente. En los dos casos mencionados, corresponde al juez, bien de garantías o de conocimiento, verificar que no se hayan desconocido o quebrantado garantías fundamentales, así como que se actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión, y que el imputado o procesado se encuentra para ello asesorado por su defensor. Al respecto, el artículo 354 de la Ley 906 de 2004, impone la obligación de que en la realización de los acuerdos esté siempre presente el defensor del imputado, so pena de su inexistencia, así como que prevalece siempre lo que decida el imputado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual se dejará constancia.

Advertida así la situación, el derecho a renunciar a un juicio en las condiciones de la norma acusada, no viola las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 29 de la Constitución, ni implican la renuncia al derecho de defensa.

Cabe recordar, que en la Sentencia C-591 de 2005¹⁹, esta Corte señaló que las garantías propias del debido proceso (artículo 29 de la Constitución y convenios internacionales que lo consagran y que se integran en virtud del bloque de constitucionalidad) resultan aplicables en el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria, máxime cuando los cambios introducidos lo fueron en la parte orgánica de la Carta y no en la dogmática (valores, principios y derechos constitucionales). En dicha Sentencia se señaló:

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

Lo anterior significa, que las garantías del debido proceso tienen plena vigencia tanto en la

etapa de la investigación así como en la del juicio respectivo; por lo que, en el caso de optarse por la renuncia a la etapa del juicio, ello no significa automáticamente una violación para el procesado de las garantías fundamentales del debido proceso, pues para que pueda prescindirse de la etapa del juicio, a fin de que el proceso termine de manera anticipada con sentencia condenatoria, como quedó explicado anteriormente, deben mediar ciertos presupuestos a fin de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales del imputado o acusado, los cuales fueron consagrados por el legislador.

En efecto, la renuncia al juicio oral tiene previsto un control judicial por parte del juez de garantías o del de conocimiento, a efectos de la protección de las garantías fundamentales del procesado y la verificación de que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, asesorada por la defensa. En esta medida, le corresponde al juez aceptar las manifestaciones preacordadas o la alegación de culpabilidad y convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente, o rechazarla cuando ellas desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Cabe recordar, que como la imputación se formula 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, y es posible celebrar acuerdos entre la Fiscalía y el imputado desde la audiencia de formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, le corresponderá al juez al realizar el control sobre el citado preacuerdo y de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, valorar las anteriores condiciones a fin de determinar si acepta las manifestaciones preacordadas pues así lo deberá expresar en la motivación de la sentencia condenatoria anticipada respectiva; de encontrar el juez que no se reúnen los citados presupuestos también deberá rechazar las manifestaciones preacordadas. Igual procederá cuando los acuerdos se celebren después de presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral o cuando el acusado acepte su responsabilidad al inicio del juicio oral. Esta verificación le corresponde al juez a fin de que los preacuerdos o la aceptación de responsabilidad no estén orientados a encubrir al verdadero responsable.

Resulta relevante recordar ahora lo señalado por la Corte en la Sentencia C-425 de 199620, al respecto de examen de constitucionalidad de la procedencia de la sentencia anticipada

como forma de terminación abreviada del proceso penal, prevista antes de la reforma que introdujo al sistema procesal penal el Acto Legislativo 03 de 2002, consideraciones aplicables al caso que nos ocupa, en la medida que para el actor en su trámite se suprimían garantías propias del debido proceso. La Corte señaló, que cuando el procesado solicita que se profiera sentencia anticipada está renunciando voluntariamente a que se adelanten todas las diligencias procesales previstas por el legislador en virtud de la aceptación de los hechos que debe ser voluntaria, cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio. También se indicó que en virtud de la eficiencia estatal no tiene sentido observar una serie de ritos procesales para demostrar lo que ya está demostrado. Al efecto, se sostuvo en dicha decisión:

“1. Sentencia anticipada

Esta institución jurídica que se encuentra regulada en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, tal como quedó modificado por el artículo 30. de la ley 81 de 1993, objeto de acusación, es una de las formas de terminación abreviada del proceso penal, y responde a una política criminal cuya finalidad es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia, pues mediante ella se autoriza al juez para emitir el fallo que pone fin al proceso antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas por el legislador, las que se consideran innecesarias, dada la aceptación por parte del procesado de los hechos materia de investigación y de su responsabilidad como autor o partícipe de los mismos. Dicha actuación por parte del procesado es catalogada como una colaboración con la administración de justicia que le es retribuida o compensada con una rebaja de pena cuyo monto depende del momento procesal en que ésta se realice.

(...)

Cuando el procesado solicita que se profiera sentencia anticipada está renunciando voluntariamente a que se adelanten todas las diligencias procesales estatuidas por el legislador, debido a su aceptación de los hechos materia del proceso, reconocimiento que obviamente ha de estar respaldado en el material probatorio recaudado..

(...)

Así las cosas, es el juez del conocimiento quien debe velar por la protección de los derechos

fundamentales del procesado, mediante un control de legalidad de la actuación, el que cubre no sólo los aspectos formales o procedimentales sino también los sustanciales o de fondo.

2. Devido Proceso y Garantías Procesales

El debido proceso, como lo ha sostenido esta Corporación, “es el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las resoluciones judiciales.”²¹

El artículo 29 de la Constitución, “como lo hacen también los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, enuncia de manera expresa, dentro del haz de garantías procesales, el derecho a ser juzgado tan sólo de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio; el principio de favorabilidad; el derecho del sindicado a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio durante la investigación o el juzgamiento; la publicidad del proceso; la tramitación del juicio sin dilaciones injustificadas; el derecho del procesado a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria y el postulado con arreglo al cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho non bis in idem”²²

Para efectos del análisis de cada uno de los puntos señalados por el demandante, hay que partir de la base de que la sentencia anticipada, como su nombre lo indica, consiste en la expedición del fallo que pone fin al proceso, antes de agotar todas las etapas procesales instituidas por el legislador, las cuales se consideran innecesarias, debido a la aceptación por parte del implicado de los hechos materia del proceso y de la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito.

(...)

Finalmente, cabe anotar que la aceptación de los cargos por parte del implicado en el trámite de la sentencia anticipada, guarda cierta similitud con la confesión simple, por cuanto el reconocimiento que hace el imputado ante el Fiscal o el Juez del conocimiento, de ser el

autor o partícipe de los hechos ilícitos que se investigan, debe ser voluntario y no hay lugar a aducir causales de inculpabilidad o de justificación. En consecuencia, resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

3. Eficiencia estatal

Para la Corte es claro entonces, que la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor.

Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución.

Cabe recordar, que el derecho de defensa no puede ser renunciado, y debe garantizarse aún desde antes de la formulación de la imputación, según así quedó establecido en la Sentencia C-799 de 200523, al pronunciarse la Corte sobre las expresiones “una vez adquirida la condición de imputado” contenida en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004. Al respecto, en esta decisión la Corte resaltó la importancia del derecho de defensa como garantía procesal y concluyó que se está ante una norma de principio y que por lo tanto el derecho de defensa debe garantizarse desde antes de la imputación. Al respecto, se indicó en esta decisión:

“Pues bien, la disposición bajo estudio es una norma de principio. El derecho de defensa señalado en el artículo 8 ° de la ley 906 de 2004 es un principio rector de las restantes disposiciones jurídicas que conforman el Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, las disposiciones jurídicas contenidas en dicha ley deben ser interpretadas según las directrices de dicho principio.

(...)

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.

Por tal motivo, esta Corporación condicionará 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.”

En cuanto al alcance del concepto de irrenunciabilidad en materia del derecho de defensa, resulta pertinente traer a colación el texto “Garantía Constitucional de la Defensa Procesal” de Alex Carocca Pérez²⁴ en la medida que refiere a la defensa como un derecho de la parte procesal elevada a la categoría de derecho fundamental que impone dentro de las características más importantes la irrenunciabilidad y la inalienabilidad. Respecto de la irrenunciabilidad se manifiesta por el autor que no puede ser objeto de renuncia por la parte procesal:

“Es decir, ésta no podría por propia voluntad decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse en un proceso en que se discutan cuestiones en la que tenga interés. Lo cual no impide, claro está, que la garantía no pueda ser objeto de limitaciones, que podrán ser establecidas para la protección de otros derechos fundamentales, en aplicación del principio de proporcionalidad, que como principio general del derecho, obliga siempre al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio de los intereses en conflicto.”

Finalmente, cabe precisar que proferida la acusación a fin de dar inicio al juicio, e iniciado éste y no aceptada por el acusado su responsabilidad, no es posible que éste renuncie a ninguno de los principios propios de esta etapa del juicio, y que consagra tanto el numeral 4 del artículo 250 de la Constitución como el literal l) del artículo 8º de la ley 906 de 2004, y referido al literal k) del mismo.

Basta con observar el contenido de las garantías procesales que hacen parte del debido proceso -artículo 29 de la Constitución²⁵ e instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, para encontrar la referencia al derecho a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de pruebas y sin dilaciones injustificadas, el interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos o peritos, como garantías materiales propias del derecho de defensa, que en un nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria como el implantado a partir de la reforma constitucional, Acto Legislativo 03 de 2002, gozan de mayor relevancia constitucional al prever el numeral 4 del artículo 250 Constitucional, el derecho a un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”, para concluir que las garantías procesales del derecho de defensa y, por ende, las integrantes del derecho fundamental al debido proceso contenidas en el literal k) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, son irrenunciables, cuando no median los acuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado o procesado para la terminación anticipada del proceso y bajo el cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados.

Por consiguiente, la renuncia a un juicio en las condiciones consagradas en el literal k) del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, debe interpretarse armónicamente con las demás disposiciones de la ley 906 de 2004, y por lo tanto cumplir con las garantías legales y constitucionales como las que refieren a que i) el imputado debe estar asesorado por su defensor (art. 368 de la Ley 906), ii) los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso, (arts. 131 y 368 de la Ley 906) para lo cual, iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (art. 131 de la Ley 906), iv) debe contarse con la presencia del Ministerio Público, v) los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado (art. 351-4 de la Ley 906), ya que vi) de advertir el juez algún

desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 368 de la Ley 906), entre otros señalamientos.

Así la ley protege las garantías procesales fundamentales del procesado y hace posible también la garantía de otros derechos y principios propios del debido proceso que en el sistema penal acusatorio son de la mayor importancia. Por lo tanto, esta Corte declarará la exequibilidad de la expresión “I) Renunciar a los derechos contemplados en los literales...k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada”, por los cargos estudiados.

2. Artículo 142, numeral 1, parcial

a) Texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el texto del numeral 1, del artículo 142, de la Ley 906 de 2004, subrayando el aparte acusado:

“ARTÍCULO 142. DEBERES ESPECÍFICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, constituyen deberes esenciales de la Fiscalía General de la Nación los siguientes:

1. Proceder con objetividad, respetando las directrices del Fiscal General de la Nación.”

b) Fundamentos de la demanda

El actor considera que la frase acusada “respetando las directrices del Fiscal General de la Nación”, viola el artículo 230 de la Constitución, por cuanto los jueces dentro del cual debe entenderse a los fiscales sólo están sujetos al imperio de la ley y no a directivas del Fiscal General de la Nación. Con ello anota que se reafirma la pretensión absolutista de la Fiscalía que no respeta la jurisprudencia constitucional que precisa que dichas orientaciones podrán ser de carácter general pero no podrán contener imposiciones en casos concretos, para lo cual cita las sentencias C-558 de 1994, C-873 de 2003. Expone que no aparece consagrado en la Constitución, artículos 249, 250 y 251, facultad alguna a la Fiscalía para imponer

directrices, como tampoco se encuentra en la Ley Estatutaria de la Justicia. Con ello se usurpa la facultad reglamentaria consagrada a favor del Presidente de la República (numeral 11 del artículo 189 de la Carta).

Señala que si a las amplias facultades que le concedió la Constitución al Fiscal General de la Nación se le agregan el de fijar directrices y las contenidas en los artículos 330, 348, 350 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se estaría asistiendo a la consolidación de un poder omnímodo que desconoce el Estado social de derecho. Recalcó que si bien esta Corporación ha avalado en determinados casos que el Fiscal General trace políticas generales tal autorización no comprende la facultad de reglamentar la ley ni de expedir directrices a través de las cuales se de aplicación a la ley en la medida que es una función exclusiva del Presidente de la República. No se puede imponer criterios de interpretación de la ley. Añade que “Esta forma cómoda de legislar, al transferir, funciones exclusivas del Presidente de la República, al Fiscal General de la Nación, vulnera la Carta Política en cuanto compromete el principio del juez imparcial e independiente”.

Considera que nuestro país no puede incumplir sus obligaciones internacionales como las contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que consagran el principio de igualdad y el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley (además, se refiere a los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura y las directrices sobre la función de los fiscales).

Concluye que se vulnera así la estructura tripartita del Estado (art. 113 de la Constitución), el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución y el artículo 230 de la Carta.

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la expresión acusada.

En efecto, señala que no le asiste razón al actor por cuanto el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución, lleva implícita la facultad del Fiscal General de dictar directrices que permitan la coherencia de las diferentes actividades que realiza la institución. Además, porque se requiere en las fiscalías modernas poder contar con una organización de este tipo para efectos de que existan responsabilidades políticas de la institución a través del máximo dirigente y por cuanto es necesario contar en el marco de las facultades de investigación y acusación con un contrapeso que permita el adecuado control al interior de la Fiscalía, evitando la dispersión de funciones y la presencia de situaciones que afecten negativamente al ente y, por ende, a la administración de justicia (Sentencia C-1092 de 2003).

Concluye el interveniente señalando: “el Fiscal General de la Nación lo que hace es dictar unas instrucciones dirigidas a los integrantes de la Fiscalía General, que complementen las disposiciones legales a las cuales se encuentran sometidos en su actuación y que se ajustan a los mandatos constitucionales toda vez que en un Estado social de derecho todas las competencias se encuentran regladas. Por tanto, los funcionarios del ente investigador además de que sus actuaciones se encuentran sujetas al imperio de la ley, deben observar complementariamente las directrices dictadas por su máximo dirigente donde se dictan pautas, parámetros, orientaciones generales relacionadas con el funcionamiento de la entidad, para que haya coherencia en las actividades que desarrollan, sin que ello afecte la autonomía e independencia de los fiscales delegados, ya que de ninguna manera inciden sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los funcionarios que tienen a su cargo la investigación, ni sobre la forma en que deben interpretar la ley penal en los casos sujetos a su conocimiento. Tampoco se desconocen las facultades reglamentarias adscritas al Presidente de la República, porque no se tratan de normas de este tipo, sino de guías y parámetros relacionados con la especialidad de las funciones que le corresponde desempeñar a la entidad y que son necesarias para la buena marcha de la institución”.

2. Fiscalía General de la Nación

Fundamenta su intervención en que el actor soporta la demanda en el orden constitucional anterior a la implantación del sistema acusatorio y que dicha interpretación desconoce el principio de unidad de la Constitución en la medida que es claro que la reforma constitucional contenida en el numeral 3 del artículo 251, otorga la facultad de expedir actos

administrativos de carácter general conforme a los términos y condiciones señalados por el legislador, por lo que no se debe confundir la potestad reglamentaria con la facultad de expedir actos administrativos de carácter general, los cuales tienen fundamento en los artículos 122 y 123 de la Constitución, que establecen que todos los empleos públicos deben tener funciones detalladas en la ley o reglamento y que los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad, y que ejercerán sus funciones conforme a la Constitución, la ley y el reglamento.

Anota que el principio de racionalidad que la norma desarrolla se funda en dos aspectos: "i) que no haya tantos procedimientos de investigación cuantos fiscales existan, pues, es un contrasentido pensar que cada servidor de la Fiscalía puede agotar su autonomía administrativa y que cada imputado o acusado o víctima deba someterse a disposiciones del fiscal del caso, no fijadas por el orden jurídico; el principio de racionalidad exige que la metodología sea uniforme y el derecho de igualdad de los usuarios del servicio también y, ii) que el legislador no alcanza a fijar los detalles que la ciencia del derecho penal exige por la frondosidad de la realidad criminal, la minuciosidad necesaria de los métodos de investigación, ni puede la ley acomodar sus preceptos permanentemente a los vertiginosos cambios tecnológicos que hacen rápidamente obsoletas las formas anteriores". Concluye así, que es el propio Constituyente el que otorga la autonomía administrativa a la Fiscalía General de la Nación y la función especial al Fiscal para determinar criterios institucionales, de gestión y jerarquía a que están sujetos los servidores de la Fiscalía, sin que se comprometa la autonomía jurídica de sus decisiones judiciales.

3. Intervenciones de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad atendiendo la situación generada por dichas directrices y el peligro que representan para la rama judicial y su independencia en un Estado de derecho, pluralista y respetuoso de los derechos fundamentales. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Exponen que los fiscales sólo están sujetos al imperio del derecho y no de las opiniones del jefe de turno que los designa como si se tratara de una empresa privada. Anotan que debe

hacerse una profunda observación de lo manifestado en nuestra realidad nacional “abriendo la puerta para corregir errores del pasado que sólo injusticias traen al interior de los procesos penales, gracias a opiniones inoportunas, directrices arbitrarias, órdenes ilegales, desde todo punto de vista, si a los procesos penales están dirigidas y a las investigaciones formales o informales, previas o propiamente dichas. Las directrices del Fiscal General no son ley ni pueden serlo. Ya la Corte se ha pronunciado en pasadas oportunidades sobre esas directrices, tal y como lo afirma la demanda (sentencias C-558 de 1994, 873 de 2003). Además, no entendemos, como para adicionar, cómo es que se autorice el que el Fiscal General reglamente la ley, como en el caso de la Cadena de custodia”.

4. Universidad del Rosario

Alejandro Venegas Franco, interveniente en este proceso y en calidad de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita declarar la exequibilidad de la expresión acusada. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Al respecto, anota que participa de lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-873 de 2003 y, además, de acuerdo con las características propias del nuevo sistema penal, la autonomía e independencia de los fiscales se torna relativa, toda vez que se autoriza al Fiscal General de la Nación para determinar el criterio y la posición que la Fiscalía debe asumir en cada caso concreto.

5. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano interveniente en este asunto, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la exequibilidad del aparte acusado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Para el interveniente no puede aplicarse el artículo 230 Constitucional, indistintamente para jueces y fiscales máxime cuando el alcance de dicha norma ha sido modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, teniendo en cuenta el nuevo enfoque de las funciones de la Fiscalía General de la Nación. Anota que las razones expuestas por el accionante tienen plena validez dentro de la organización judicial del sistema penal en el régimen derogado por la Ley 906 de

2004, en el que era evidente y claro el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los delegados del Fiscal General. Agrega que, sin embargo, dicho argumento carece de fundamento bajo la nueva normatividad que modificó a partir de la norma superior las funciones del Fiscal General concentrando claramente en dicho funcionario el ejercicio de la acusación y la investigación necesaria para realizar la imputación ante los jueces. Añade que, por ende, “se diluye la calidad jurisdiccional que ostentan las funciones de la Fiscalía, concentrando su gestión en una función meramente requirente, encaminada fundamentalmente a la sustentación de la acusación y las actividades necesarias para su sustentación, esto es, la recolección de evidencias, entrevistas, medios que puedan constituirse como prueba en las correspondientes audiencias públicas, tarea que, contrario a lo sostenido por el demandante, consideramos si precisa en lo general y en lo concreto de una dirección funcional autónoma y suficiente, según lo dispone la propia Constitución”. Requiere así el Fiscal para la organización de la entidad y de una función autónoma e independiente de una serie de facultades mínimas para el ejercicio de dicho encargo.

Indica que siendo la función principal del Fiscal General la acusadora, no puede existir disparidad de criterios por parte de los funcionarios delegados del Fiscal General. Se reviste así al Fiscal de ciertas funciones que podrá delegar en sus subalternos quienes no pueden actuar como una rueda suelta en la ejecución de las facultades que la Carta ha dado dentro del adelantamiento de la acción penal concentrada en la función acusadora. Recalca que una vez se ha consagrado el sistema acusatorio, el Fiscal no detenta una función jurisdiccional con el mismo contenido y estructura que se predica respecto del juez. Por último, el interviniente trae a colación la Sentencia C-037 de 1996, en relación con la facultad de reglamentación del Fiscal General de la Nación, para concluir que la facultad reglamentaria conferida a la Fiscalía, dado su especial carácter de independencia y autonomía, no significa un presupuesto de su constitucionalidad.

6. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la declaración de exequibilidad de la disposición parcialmente acusada. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Indica el interviniente que la Corte en Sentencia C-873 de 2003, examinó las facultades de dirección del Fiscal General, que si bien se trata de un pronunciamiento en relación con el régimen anterior, las consideraciones allí expuestas mantienen su vigencia. Anota que si bien en dicha decisión se avaló las facultades de dirección en cabeza del Fiscal General, se realizó con suma cautela persiguiendo salvaguardar la independencia e imparcialidad judicial de los fiscales de conocimiento. Por consiguiente, señaló que los condicionamientos establecidos en dicha Sentencia se deben mantener respecto del contenido y alcance de las directrices del Fiscal General.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Ministerio Público solicita declarar la exequibilidad de los apartes acusados. En efecto, señala que la asignación de funciones al Fiscal General tienen fundamento constitucional en el numeral 3 del artículo 251 de la Carta, que incluye dentro los deberes especiales de dicho funcionario el determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en las investigaciones y procesos en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones señalados por la ley.

Expone que dicha norma constitucional, Sentencia C-1092 de 2003, respeta la independencia y autonomía que como funcionarios judiciales tienen los fiscales, sin embargo, deja en el legislador la determinación del alcance de dichos postulados respecto de los principios de jerarquía y unidad de gestión, de manera tal que sea en la ley donde se concreten los mecanismos a través de los cuales el Fiscal General define las líneas homogéneas de gestión y desarrollo de la labor investigativa y de acusación del ente acusador. Anota que no resulta contrario a la Carta que la ley procesal penal “afirme que los fiscales deben obrar con objetividad, respetando las directrices del Fiscal General de la Nación, y con el fin de garantizar la aplicación correcta del principio de disponibilidad que se materializa en la celebración de preacuerdos y el seguimiento de la línea de gestión trazada por el Fiscal General en la materia, es decir, no ir contra las pautas o criterios que con carácter general ha fijado el Jefe de la Fiscalía General de la Nación”.

Señala que las expresiones acusadas no permiten, autorizan o promueven la expedición de directrices que modifiquen las reglas y condiciones fijadas por la Constitución y el Código de

Procedimiento Penal para la realización de preacuerdos sino que persiguen garantizar la correcta utilización de dicho mecanismo para materializar la política criminal del Estado y dignificar la administración de justicia evitando su cuestionamiento. No se desconoce el numeral 11, del artículo 189 de la Constitución, ya que el contenido y la finalidad de las directivas del Fiscal no son las de regular la forma como deben adelantarse los preacuerdos y negociaciones que son materia propias del Código y que fueron reglamentadas, sino de determinar los criterios y condiciones al interior de la Fiscalía que permitan a los fiscales cumplir con mayor eficiencia y efectividad sus funciones. Al respecto, trae a colación la Sentencia C-775 de 2001.

Agrega que tampoco se desconoce el artículo 230 de la Constitución, por cuanto los criterios que fije el Fiscal General a través de las directivas tienen por objeto señalar parámetros de carácter general que se deben observar en el cumplimiento de funciones constitucionales y legales a cargo de ese organismo, y en el artículo 348, concretamente en la celebración de preacuerdos, que según lo previsto por el numeral 3 del artículo 251 Constitucional, no deben desconocer la autonomía de los fiscales delegados. Añade que se contempla un mecanismo mediante el cual se realiza la unidad de gestión y se fije el alcance del principio de jerarquía al interior de la Fiscalía General, como es señalar directrices sin desconocer la sujeción de los fiscales a la Constitución y la ley. Por ende, señala que se trata del desarrollo del mandato constitucional del numeral 3, del artículo 250 de la Carta.

Concluye que en el evento que “dentro de las directrices o directivas el Fiscal General de la Nación se incorporen criterios que coarten la autonomía que constitucional y legalmente tienen los fiscales, serán estas disposiciones las viciadas de inconstitucionalidad, más no la norma que habilita su expedición, y que, como se precisó anteriormente tienen indiscutible fundamento constitucional”.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Problema jurídico

Corresponde a la Corte examinar si la facultad otorgada al Fiscal General de la Nación para expedir directrices o directivas, las cuales deben ser respetadas por la Fiscalía General de la Nación, desconoce los artículos 189-11 y 230 de la Constitución, por cuanto i) se estaría radicando en cabeza de este funcionario la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de

la República y ii) sujetando a los fiscales ya no sólo a la Constitución y la ley, sino también a la observancia de unas directrices afectando con ello la imparcialidad e independencia que se les reconoce.

Conforme al planteamiento del actor, este es el único cargo que debe resolver la Corte, pues si bien se alega por el actor la violación a otros artículos constitucionales como el 1º y el 113, y algunos instrumentos internacionales, respecto de ellos no se formularon cargos de inconstitucionalidad.

2. El caso concreto. La expedición de directrices por el Fiscal General de la Nación

En el caso que nos ocupa, el actor expone que la previsión contenida en la disposición parcialmente acusada consistente en otorgar al Fiscal General de la Nación la facultad de expedir directrices o directivas desconoce los artículos 189-11 y 230 de la Constitución en la medida que se radica en cabeza de dicho funcionario la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República y se sujeta a los fiscales a la observancia de unas directrices o directivas afectando la imparcialidad e independencia judicial que se les reconoce.

Para la Corte, a la luz de la implantación del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria es claro que la Fiscalía General de la Nación continúa haciendo parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal. De igual manera, de lo previsto en el numeral 3 del artículo 251 de la Carta, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional²⁶, se trata de una competencia preferente del fiscal que implica “el ejercicio de valoraciones internas de dirección y control para la toma de decisiones y el establecimiento de directrices”, que armoniza plenamente con el principio de unidad de gestión y jerarquía en virtud del cual “el Fiscal General de la Nación puede determinar el criterio y la posición que la entidad debe asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados en la ley. Este principio radica en el Fiscal poderes de dirección y orientación que, con criterio general, promuevan la responsabilidad institucional y la unidad de actuación en las fases de investigación y acusación²⁷”.

Cabe recordar, que el inciso tercero del artículo 249 de la Constitución, dispone que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal. Además, consagra el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, como función del Fiscal General

de la Nación, entre otras, la siguiente:

"3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.
(Subrayas fuera del texto)

Al respecto, esta Corte en la Sentencia C-873 de 200328, señaló a nivel enunciativo los cambios introducidos con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, al implantar en Colombia un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento penal de tendencia acusatoria. De dicha Sentencia se puede extraer principalmente en cuanto al caso que nos ocupa, lo siguiente:

-En relación con los cambios introducidos al artículo 116 de la Constitución, se tiene que la Fiscalía continúa perteneciendo a la Rama Judicial al mantener intacta la enumeración de los organismos que administran justicia.

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

También conviene retomar desde ahora, los criterios sentados en dicha sentencia respecto a la autonomía judicial de los fiscales y la facultad reglamentaria de la Fiscalía General de la Nación. Veamos:

"4. Examen de las disposiciones acusadas a la luz de los mandatos del Constituyente de

1991.

4.3. Cargos relativos a la autonomía, independencia e imparcialidad de los fiscales en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, así como al principio de determinación legal de la competencia judicial.

(...) Siendo así, son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la Carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces, quienes en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la ley"²⁹ (subraya la Corte). En este mismo sentido, el artículo 26 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia dispone que a la Fiscalía, en el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales previstas en la ley, le son aplicables "los principios de la administración de justicia de que trata la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia, esta Ley Estatutaria y las demás normas con fuerza de ley".

Por su parte, los deberes de independencia e imparcialidad que deben acompañar la administración de justicia fueron caracterizados por la Corte en la sentencia C-037 de 1996 como principios esenciales para lograr el propósito central de la función jurisdiccional, como lo es el de impartir justicia; en tal oportunidad, se definió la independencia como la ausencia de presiones ejercidas sobre los funcionarios, esto es, que quienes administran justicia no se vean sometidos a "insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial... la independencia se predica también... respeto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial". (...)

(E)n la sentencia C-558 de 1994 se afirmó, en relación específica con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Fiscalía, que "no le está permitido al Fiscal General de la Nación, como a ningún otro funcionario de la Fiscalía, injerir en las decisiones que deban adoptar los demás fiscales en desarrollo de su actividad investigativa y acusadora, ni señalarles criterios relacionados con la forma como deben resolver los casos a su cargo, ni cómo deben interpretar la ley, pues se atentaría contra los principios de independencia y autonomía funcional del fiscal".

La relevancia de las anteriores reglas jurisprudenciales para la resolución de los problemas planteados por el actor es directa. De allí se deduce que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 22830 y 23031 de la Constitución, los fiscales, en tanto ejercen funciones judiciales

y a su cargo se encuentra la instrucción de procesos penales en un sistema con las características del creado en 1991, son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, y deben cumplir con el mandato de imparcialidad para preservar los derechos del investigado al debido proceso y la igualdad; en consecuencia, ni siquiera el Fiscal General puede intervenir en el desarrollo específico de las investigaciones asignadas a cada fiscal, puesto que ello equivaldría a inmiscuirse indebidamente en un ámbito constitucionalmente resguardado de autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Lo anterior no obsta para que, en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las actividades de investigación penal, el Fiscal General de la Nación trace políticas generales aplicables a las distintas actividades desarrolladas por los funcionarios de la Fiscalía; tales políticas pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas. Esto implica que el Fiscal General sí puede orientar en términos generales el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, así como llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; pero todo ello debe realizarse en general, sin que se invoquen dichas facultades de orientación y definición de políticas para incidir sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales. Los lineamientos, pautas y políticas que trace el Fiscal General de la Nación deben ser, así, de carácter general, como también lo deben ser aquellos parámetros o criterios adoptados por los Directores Nacional o Seccionales de Fiscalías en cumplimiento de sus funciones, para respetar los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia. En el nuevo sistema, el principio de jerarquía adquiere unas connotaciones especiales, distintas a las que tenía bajo el esquema original de 1991, que no entra la Corte a precisar en esta oportunidad.

4.5. Cargo relativo a las facultades reglamentarias del Fiscal General de la Nación.

En efecto, el numeral 11 del artículo 17 faculta al Fiscal General para “desarrollar y reglamentar en lo no previsto la estructura orgánica de la Fiscalía, con sujeción a los

principios y reglas generales del presente decreto". Observa la Corte que existe una disposición similar en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; en efecto, el artículo 30 de este estatuto establece: "Corresponde a la ley determinar la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación. El Fiscal General desarrollará dicha estructura con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. En desarrollo de tal facultad, asignará la planta de personal que corresponda a cada dependencia, podrá variarla cuando lo considere necesario y establecerá el manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos".

Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta disposición estatutaria en la sentencia C-037 de 199632, la Corte estableció que lo allí establecido se justifica por el status especial del que goza la Fiscalía frente a las demás entidades constitutivas de la Rama Judicial, en el sentido de que goza, por mandato del artículo 249 Superior, de autonomía administrativa y presupuestal, para garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones; además, se precisó que "dentro de ese mismo orden de ideas, la Corte estima que la autonomía a la que se ha venido haciendo referencia abarca todos los aspectos propios de las decisiones administrativas y presupuestales, entre los que se encuentran, lógicamente, la definición de la estructura de la Fiscalía, la determinación de la planta de personal y la asignación del manual de requisitos y de funciones".

Se observa, así, que la facultad de reglamentación conferida al Fiscal General por la norma que se acusa cuenta con un fundamento expreso en el artículo 249 de la Carta, y que su constitucionalidad ya ha sido declarada por la jurisprudencia de esta Corte. Sin embargo, ello no obsta para advertir que esta facultad debe ejercerse de conformidad con la ley, y no sólo con la ley objeto de reglamentación, sino también con otras disposiciones legales de obligatoria observancia; según explicó la Corte en la misma sentencia, "las anteriores consideraciones no significan de modo alguno que el ente acusador goce de plena autonomía para ejercer las atribuciones en comento, pues resulta claro que el Congreso, a través de una ley ordinaria, deberá definir ciertos aspectos presupuestales y administrativos de la Fiscalía. Tal es el caso, por ejemplo, de la fijación de la planta de personal -la cual habrá de depender necesariamente de las normas relacionadas con carrera administrativa -, o del manual de funciones que igualmente deberá ser determinado por el legislador"³³.

En Sentencia C-1092 de 200334, la Corte estudió el numeral 3 del artículo 251 de la

Constitución, concretamente la expresión “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, respecto de la cual reiteró que la Fiscalía continúa haciendo parte de la Rama Judicial por lo que se somete a los principios de autonomía e independencia de la función judicial, los que armonizan plenamente en el nuevo esquema procesal penal con el principio de jerarquía. Observemos lo señalado en dicha Sentencia:

“En particular, en lo que toca con la expresión “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, la Corte advierte que a través de ella se reafirmaron las consecuencias derivadas de la decisión de mantener a la Fiscalía General de la Nación como un órgano que hace parte de la rama judicial del poder público (C.P. arts. 116 –aprobado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002- y 249), lo que en sí mismo comporta que los fiscales, en su calidad de funcionarios judiciales y en ejercicio de las funciones judiciales que desempeñan, se sometan a los principios de autonomía e independencia predicables de la función judicial, de acuerdo con los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y al artículo 5 de la Ley 270 de 1996, lo que no implica necesariamente una contradicción con el principio de jerarquía³⁵ sino más bien un precisión sobre su proyección y alcance.

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

En una decisión posterior, en la C-591 de 2005³⁶, la Corte al estudiar varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, se refirió igualmente a los cambios introducidos en el sistema procesal penal con el Acto Legislativo 03 de 2002. En esta decisión la Corte reitera que la ubicación constitucional de la Fiscalía General de la Nación sigue siendo la de pertenecer a la Rama Judicial y que mantiene su autonomía en los términos de la Constitución. Además se aludió igualmente a los cambios introducidos al artículo 251 de la Constitución y a las nuevas funciones del Fiscal General de la Nación, así:

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

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

Recientemente, en la Sentencia C-979 de 200537, la Corte abordó el estudio, entre otros, de los artículos 330 (reglamentación-principio de oportunidad) y 527 (directrices-mediación), donde se aludió al artículo 251.3 de la Carta, para señalar que la primera parte de dicho artículo desarrolla el principio de competencia preferente del fiscal que comporta un permanente ejercicio de valoraciones internas de dirección y control para la toma de decisiones y establecimiento de directrices, y la segunda parte de dicha disposición constitucional refiere al principio de unidad de gestión y jerarquía donde el fiscal puede determinar el criterio y la posición que la institución debe asumir de manera general al

respecto de las investigaciones, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados, radicando en el fiscal poderes de dirección y orientación, que con criterio general promuevan la responsabilidad de la entidad y la unidad de actuación en las etapas de investigación y acusación. Esta decisión también refirió a las facultades reglamentarias del Fiscal General de la Nación y sus límites constitucionales, respecto de la autonomía e independencia que se le confiere a la Fiscalía General de la Nación. Veamos lo señalado en dicha decisión:

“Las facultades reglamentarias del Fiscal General de la Nación y sus límites constitucionales

59. Los poderes de reglamentación que se asignan al Fiscal General de la Nación, se insertan en la autonomía administrativa y presupuestal que la Carta (Art.249 CP) reconoce a la Fiscalía. Sin embargo tal autonomía no es absoluta, en tanto que encuentra límites claros en la Constitución y la ley. En ejercicio de esa facultad el Fiscal General no puede nunca desconocer el ámbito que le demarcan la Constitución y la ley, ni puede invadir la cláusula general de reserva legal. De tal manera que los poderes de reglamentación de este funcionario deben tener siempre un referente normativo en la ley y estar sujetos a los controles judiciales propios de los actos administrativos.

60. En reiteradas oportunidades la Corte se ha pronunciado acerca del ámbito legítimo, y los límites de reglamentación que conforme a la Constitución corresponden al Fiscal General de la Nación³⁸ en virtud de su adscripción a la rama judicial del poder público, a su condición de institución unitaria, a la autonomía administrativa y presupuestal que le asigna la Carta, y a los poderes generales de dirección y orientación de las actividades de investigación y acusación que le competen. De tales pronunciamientos se derivan reglas jurisprudenciales de clara trascendencia para la resolución del problema que este cargo plantea.

En tal sentido ha indicado la Corte que (i) corresponde al Fiscal General orientar y definir lineamientos, pautas y políticas generales para el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, que pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas; (ii) así mismo llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; (iii) tales potestades deben desarrollarse con irrestricto respeto por los mandatos

constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia que ampara la gestión de los fiscales; (iv) la autonomía que la Constitución confiere a éste órgano (Art. 249) abarca los aspectos propios de las decisiones administrativas y presupuestales³⁹ ; (v) la autonomía que se otorga al Fiscal es estas materias no es ilimitada por cuanto debe ejercerse de conformidad con la ley, y no sólo con la ley objeto de reglamentación, sino también con otras disposiciones legales de obligatoria observancia.

Las líneas jurisprudenciales así condensadas, se han trazado con propósitos diversos como los de preservar y armonizar los principios de autonomía e independencia que amparan la gestión de los fiscales, frente al principio de jerarquía que rige la estructura orgánica de la entidad⁴⁰; así como el de conciliar los principios de autonomía e independencia que la Constitución (Art. 249) confiere a la Fiscalía General de la Nación, con las potestades reglamentarias que el artículo 257.3 de la Carta otorga al Consejo Superior de la Judicatura “para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia” así como lo relacionado “con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales(...)”⁴¹”

61. Las facultades reglamentarias que la ley asigne al Fiscal General de la Nación deben ceñirse a la Constitución y a la Ley, así como a las claras reglas jurisprudenciales que la Corte ha trazado al respecto. De otra parte, un referente constitucional relevante para determinar el marco, y por ende los límites del poder reglamentario del Fiscal General de la Nación, es el previsto en el artículo 257.3 de la Carta referido al Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido que se trata de una potestad limitada a los ámbitos de organización y funcionamiento interno y a la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, que propende por el eficaz funcionamiento de la administración de justicia en su conjunto.

Así las cosas, si la propia Carta asigna a éste órgano encargado de regentar la Administración de Justicia, unas explícitas facultades de reglamentación que se ubican en un plano esencialmente operativo y administrativo para la potenciación de los recursos y la eficiencia de la función, el ámbito reglamentario del Fiscal General de la Nación que apenas es deducido de la autonomía presupuestal y administrativa que le reconoce el artículo 249 C.P., no puede desbordar ese marco.”

De acuerdo a lo anterior, puede concluirse que la Corte ha mantenido una clara línea jurisprudencial que armoniza los principios de autonomía e independencia de la Fiscalía con los de unidad de gestión y jerarquía. Si se tiene en cuenta el significado de la palabra “directriz”, que se define como un conjunto de instrucciones o normas generales para la instrucción de algo⁴², como “directiva o norma” que a su vez significa norma o línea de conducta⁴³, instrucción o norma⁴⁴, o que “Se aplica a aquellas normas flexibles que están destinadas a orientar a los sujetos de derecho o a guiar al intérprete en su búsqueda de un fin determinado, sin condicionar su aplicación con prescripciones de detalle. V. Estandarización, Norma, Normativo, Regulador.”⁴⁵, puede afirmar la Corte, que las directrices que corresponde expedir al Fiscal General de la Nación pueden enmarcarse dentro de los principios constitucionales que rigen la actuación de la Fiscalía General de la Nación, relativos a la unidad de gestión y jerarquía previstos en el numeral 3 del artículo 251 de la Carta, así como a su autonomía administrativa y presupuestal.

Como claramente se señala en la jurisprudencia constitucional transcrita⁴⁶, el Fiscal General de la Nación en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las funciones de investigación y acusación penal que le competen, debe orientar y definir lineamientos, pautas y políticas generales para el funcionamiento de la fiscalía, sobre las distintas actividades que cumplen sus funcionarios pudiendo fijar “prioridades, parámetros o criterios institucionales”, para orientar el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, “así como llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad”.

Dicha competencia para expedir lineamientos, pautas y políticas de carácter general a manera de directrices que señale el Fiscal General de la Nación y que se expiden a nivel institucional, no puede confundirse con la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República en virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que refieren es a la competencia del Ejecutivo para “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

En el presente caso, la facultad otorgada al Fiscal General para la expedición de unas “directrices” alude es a lineamientos, pautas y políticas de carácter general a nivel institucional, es decir, para la organización interna de dicho órgano, las que de todas

maneras deben estar sujetas a la Constitución y a la ley. En efecto, dichas directrices que contienen sólo instrucciones de carácter general expedidas a nivel interno constituyen un acto administrativo de carácter general con sujeción al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En efecto, le corresponde al Fiscal General orientar y definir lineamientos, pautas y políticas generales para el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, que pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas; llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; tomar las decisiones administrativas y presupuestales⁴⁷ propias de su autonomía. Esta facultad para la toma de decisiones administrativas sin embargo no es ilimitada por cuanto debe ejercerse de conformidad con la Constitución y la ley.

Todo lo anterior con irrestricto respeto por los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia que ampara la gestión de los fiscales, por lo que, en virtud de éstos principios, la imposición de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales, por ser decisiones de contenido judicial, y no de impulso o preparación del juicio, no pueden estar sometidas a presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de los superiores jerárquicos del fiscal respectivo que deba tomar tales determinaciones⁴⁸.

Conforme a lo anterior, la expedición de directrices por el Fiscal General de la Nación que refieren a las facultades de orientación y definición de políticas no podrán incidir “sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales. Los lineamientos, pautas y políticas que trace el Fiscal General de la Nación deben ser, así, de carácter general, como también lo deben ser aquellos parámetros o criterios adoptados por los Directores Nacional o Seccionales de Fiscalías en cumplimiento de sus funciones, para respetar los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia.”⁴⁹.

Por lo expuesto, no le está permitido al Fiscal General de la Nación que a través de las directrices que expida injerir en las decisiones judiciales propias de los fiscales ni indicarle criterios para su adopción ni interpretación de la ley y la Constitución, en aras de la garantía a la autonomía judicial. Por consiguiente, no se desconoce el artículo 230 de la Constitución.

Por lo anterior, esta Corte declarará la exequibilidad de la expresión “respetando las directrices del Fiscal General de la Nación”, por los cargos estudiados en esta sentencia.

3. Artículo 221, inciso 2, parcial

a) Texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el texto del inciso 2, del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, subrayando el aparte acusado:

“ARTÍCULO 221. RESPALDO PROBATORIO PARA LOS MOTIVOS FUNDADOS. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías.

Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.”

b) Fundamentos de la demanda

El actor considera que la frase acusada “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías” viola los artículos 29 y 250 de la Constitución, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto de una parte, la reserva de identidad de testigos y fiscales que hacía parte de las instituciones de la justicia regional dejó de regir el 30 de junio de 1999, por expreso mandato del artículo 205, transitorio, de la Ley 270 de 1996 y, de otra parte, la facultad que el artículo 250 de la Carta otorga a la Fiscalía General para velar por la protección de las víctimas, jurados, testigos y demás intervenientes en el proceso no puede interpretarse como una autorización para desconocer el derecho a un debido proceso público que es lo que ocurre con testigos cuya identidad se desconoce por el procesado.

Anota que un informante es un testigo por lo que es relevante las informaciones que suministre como respaldo probatorio para los motivos fundados que dan origen al registro y allanamiento. Se anula así la publicidad y contradicción del testimonio del informante que compromete el derecho de defensa. Cita la Sentencia C-392 de 2000, que declaró inexequible la reserva de identidad de testigos.

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar la exequibilidad de los apartes acusados.

Al efecto, considera que lo señalado en la norma parcialmente acusada no significa que la Fiscalía no tenga la obligación constitucional y legal de presentar al informante en el juicio público como uno de los testigos, diligencia en la que se da aplicación a los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción y donde los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recopiladas en el allanamiento y registro se convierten en pruebas bajo la presencia del juez de conocimiento, observando todas las garantías. Agrega que ello se tiene del inciso 3 del artículo 250 de la Constitución, cuando señala que “En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán

suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado". También puso de presente el artículo 344 de la Ley 906, que refiere al inicio del descubrimiento (elementos materiales probatorios y evidencia física).

Agrega que las expresiones acusadas constituye una medida temporal que busca proteger la seguridad del informante y los intereses superiores de la administración de justicia. Así mismo, los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos permiten la restricción cuando la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia.

2. Fiscalía General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio, interveniente en este asunto y en su calidad de Fiscal General de la Nación, señala que la norma parcialmente acusada tiene respaldo en los artículos 83 y 250 de la Constitución y que los cargos carecen de fundamento al referirse a razones de inconformidad por la conveniencia o inconveniencia de la figura de los informantes en la política criminal. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

En efecto, expone que el actor vuelve a incurrir en el error conceptual de impugnar la reforma del Código de Procedimiento Penal dispuesta en el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, con el parámetro constitucional anterior al mismo, por lo que no se cumple con la claridad, pertinencia y especificidad que exige la presentación de la demanda de inconstitucionalidad. Anota que el argumento de que el legislador reprodujo una disposición anterior, cuando el orden constitucional ya no es el mismo, constituye un cargo que no cumple con la necesaria claridad al menos conceptual de lo que es el sistema acusatorio. Y en el mismo sentido, respecto de la vigencia de las normas de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia frente al reordenamiento normativo procesal derivado de la implementación del sistema acusatorio.

El interveniente recuerda i) lo que debe entenderse por el sistema acusatorio penal según el nuevo orden constitucional, para lo cual pone de presente la Sentencia C-873 de 2003, ii) la motivación objetiva de la reforma constitucional del año 2002, y iii) el análisis sistemático de las normas acusadas. Anota que las expresiones elementos probatorios y evidencia física de

los hechos investigados no son sinónimos de prueba. Considera que las expresiones acusadas en este asunto tienen fundamento constitucional en el principio de la buena fe ya que la norma constituye el soporte legal de dicho principio con el objeto de proteger los derechos y garantías fundamentales de quien depositando su confianza legítima en las autoridades debe ser reservado para que su dicho soportado en la verdad no le cueste la vida. Indica que el supuesto normativo acusado se refiere a actos de investigación donde por motivos de protección de los derechos y garantías fundamentales es requisito de constitucionalidad y legalidad del registro o allanamiento que existan motivos razonablemente fundados, que tengan un soporte en un medio de prueba que permitan establecer con verosimilitud la vinculación del bien por registrar o allanar con el delito investigado. Anota que “Ello es así, porque el orden constitucional exige para la persecución penal que los hechos ‘revistan las características de un delito’ y que existan ‘suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo’, como lo ordena el artículo 250 de la Constitución Política, el cual le pone límites a la actuación de la Fiscalía General de la Nación en dicha etapa investigativa, es decir, la norma previene que exista persecución penal a la ciudadanía por simples sospechas o elucubraciones sin soporte en la realidad.”

Añade que la disposición demandada tiene también soporte fundamental en el artículo 250 de la Carta, el cual obliga a la Fiscalía a suministrar “todos los elementos probatorios e informaciones”, por lo que dicho ordenamiento considera que la oportunidad para descubrir las pruebas e informaciones no sea la etapa de investigación sino a partir de la acusación. Indica que la “racionalidad de estas normas es la que en el sistema penal acusatorio implantado no rige el principio de la permanencia de la prueba del régimen anterior; tampoco el principio escritural probatorio, sino el de la concentración de la prueba y multiplicidad de percepción de la realidad delincuencial y, por ello, en las etapas donde no existe procesado las hipótesis no probadas son fallidas. Por tal razón no se justifica ni jurídica ni razonablemente someter al informante a esa carga pública, cuando quien responde por el éxito de esa etapa investigativa es el fiscal del caso y no el informante, y la culminación exitosa de la misma es la acusación”. Expone que el sistema acusatorio vigente primero investiga y luego acusa por lo que una vez realizada la acusación debe suministrarse todos los elementos probatorios e informaciones ante el juez del conocimiento. Se trata también de cumplir con el deber ciudadano de colaborar con la justicia sin tener que exponer sus derechos y garantías fundamentales y de los suyos, y en la que el fiscal pueda mantener la

reserva y honrar su palabra, sin agredir el orden legal.

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anotan que los informantes son testigos secretos con otro nombre que resulta un eufemismo que distrae. Se pretende imponer la justicia secreta, los testigos secretos. Aduce que “Esta visto que por un lado las fiscalías han optado en sus providencias por hacer referencias a guías de investigación, a informes de la policía judicial, sin contradicción, sin asistencia del defensor, y así fundamentan las mismas, aún a pesar que la H. Corte Constitucional ya ha manifestado que apenas son guías de investigaciones los dichosos informes, y no pruebas que puedan dar motivación a las providencias. Son generadoras de pruebas, esas guías de investigación, nada más”. Agrega que el aparte “para los efectos” contenido en las expresiones acusadas “no significa otra cosa que como motivación de la decisión, la cual puede ser la privación de la libertad”, lo que resulta constitucional por violación de la Constitución y los tratados internacionales. Se trata de la resucitación de la prueba secreta con meras expresiones idiomáticas.

4. Universidad del Rosario

Alejandro Venegas Franco, interviente en este proceso y en calidad de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita declarar la exequibilidad de los apartes demandados. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anota que “en el estudio de la naturaleza jurídica del informante, se ha dicho por la doctrina que éste se asemeja a la figura del testigo anónimo u oculto. En la famosa sentencia de Bacigalupo Zapater, del 15 de julio de 1996, donde se analiza el caso de una llamada telefónica anónima recibida por la policía y que no pudo ser totalmente comprobada, afirmando que un testigo anónimo y desconocido por todas las autoridades actuantes en la causa no es equiparable a un testigo de referencia. Sin embargo, se afirma que son válidos los testimonios en que sólo el sindicado no puede ver al testigo. Sin embargo, es necesario que se valore su credibilidad y confiabilidad por la autoridad correspondiente”.

5. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano interveniente en este asunto, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Al respecto considera que se trata de una disposición que revive un sistema inquisitivo proscrito no solamente por la jurisprudencia constitucional sino también por el Constituyente que implica desconocer las garantías mínimas en el ejercicio de la acción penal. Al efecto, se pone de presente la Sentencia C-392 de 2000, para señalar que la reserva de datos del informante constituye “un quebrantamiento a los principios establecidos por la propia ley en lo que se refiere a la publicidad y contradicción de las pruebas, por cuanto elimina el ejercicio del derecho a la defensa e impide al imputado y a su defensor acceder al conocimiento total de los fundamentos que presente el Fiscal ante el juez de control de garantías. Si se permite el ocultamiento de la identidad del informante, se pierde una herramienta valiosa e indispensable para determinar la veracidad de los datos que este haya aportado al funcionario acusador y se imposibilita determinar la calidad de su dicho de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Recuerda que los antecedentes históricos como los sucedidos bajo la vigencia de la Ley 504 de 1999, son ilustrativos del peligro que encierra dicha disposición demandada.

6. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la declaración de inexequibilidad de los apartes acusados. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anotan que la reserva de identidad del informante ante el juez de garantías resulta violatorio del numeral 2 del artículo 250 como también del artículo 29 de la Constitución. Puso de presente que el artículo 250 de la Carta, contempla en su numeral 2, que el juez de control de garantías deberá controlar los registros y allanamientos en las 36 horas siguientes a su realización. No hay ninguna razón para señalar que la declaración que sustenta la actuación sujeta a control tenga alguna reserva frente a una autoridad judicial imparcial como es el

juez de control de garantías. Agrega que “Por otra parte, la reserva de identidad de un informante cuya declaración se convierte en fundamento para un allanamiento afecta gravemente el derecho al debido proceso”. Se pone de presente el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Concluye que “para el caso de los allanamientos y registros de que trata el artículo demandado no se puede hablar en estricto sentido del derecho de contradicción de las pruebas por parte de la persona acusada; por una parte porque, como se dijo en el punto anterior, las declaraciones de los informantes no pueden tener carácter de pruebas; por otra, porque los allanamientos y registros son actuaciones que conviene realizar sin el conocimiento de la persona investigada. Sin embargo, el juez de control de garantías debe velar porque las restricciones a los derechos fundamentales estén debidamente motivadas y justificadas, para lo cual debe apreciar los elementos que conduzcan a esa limitación, teniendo la posibilidad de controvertir la declaración y de tacharla si duda sobre su veracidad”.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Ministerio Público solicita a la Corte declarar exequibles los apartes acusados. Como fundamento de su solicitud refiere a la exclusión de la configuración de la cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C-673 de 2005, en la medida que la censura que se hace ahora por el demandante es que la declaración jurada del informante no es otra cosa que un testimonio con reserva de identidad, que es incompatible con el derecho a la defensa, como se expuso en la Sentencia C-392 de 2000.

Expone dicho concepto que con el Acto Legislativo 03 de 2002, se adoptó un nuevo esquema procesal penal en el cual el debate probatorio debe desarrollarse en la etapa del juicio oral, en presencia del juez de conocimiento, en donde los medios de pruebas aportados pueden servir de fundamento a la sentencia. En este nuevo sistema todos los elementos materiales probatorios, evidencia física e información recaudada en desarrollo de la investigación por el fiscal son medios cognoscitivos más no pruebas por cuanto no se introducen en la actuación judicial como elementos de juicio tendientes a demostrar la existencia de la responsabilidad del imputado pues debe presentarse y practicarse en la audiencia de juzgamiento. Anota que esta condición excluye el deber de dar a conocer a la defensa para su contradicción y

controversia de esos elementos materiales, evidencias informaciones como acto preparatorio del debate de juzgamiento.

Agrega que la distinción que hace el legislador entre declaración jurada de testigo e informante no es gratuita toda vez que el primero tiene la vocación de ser llamado a juicio oral como testigo de los hechos materia de investigación, mientras el informante sólo se limita en desarrollo de la obligación constitucional de colaborar con la administración de justicia a dar información cuanto tiene conocimiento de actos relacionados con negocios ilícitos, por lo que puede ser cualquier persona a cambio de que se le asegure un trato confidencial y posiblemente una compensación monetaria. Recalca que la declaración jurada del informante recaudada por el Fiscal con el fin de establecer la viabilidad de ordenar el allanamiento y fuera del juicio, no es una prueba sino uno de aquellos medios cognoscitivos a que el Fiscal puede acudir para respaldar su decisión lo que excluye la sujeción a contradicción y publicidad.

Concluye el Procurador General que i) como no es ni puede ser prueba resulta imposible que las partes la aporten en el juicio para soportar su teoría del caso, ii) no puede el Fiscal aducir esta declaración para fundamentar la petición de condena del procesado, iii) como su finalidad exclusiva y razón de ser es constituir un fundamento a la orden de allanamiento y registro, únicamente es posible allegarla en la audiencia de control de legalidad que realiza el juez de garantías para demostrar que existían aquellos motivos fundados que exige el artículo 220 de la Ley 906 de 2004 y evitar la exclusión de pruebas que surjan de la misma, iv) si es partir de la declaración del informante que el fiscal habrá de ordenar el allanamiento y registro, resulta irracional que se llame al investigado si ha sido individualizado para que participe en la práctica de la declaración y controversia, ya que ello destruiría toda posibilidad de éxito de esta clase de diligencias y también sería un obstáculo al descubrimiento de la verdad, v) por mandato del artículo 250 de la Constitución, compete al fiscal dirigir y ordenar actividades investigativas, y es imposible que el defensor intervenga e incida en la forma como este funcionario desarrolla su gestión, de tal manera que indique cuando existe mérito para ordenar el allanamiento, y vi) lo precedente no significa que se impida censurar los fundamentos de la diligencia de registro y allanamiento y dentro de ello la información obtenida del informante.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

Los argumentos formulados por el actor. Cosa juzgada constitucional respecto del cargo formulado

El planteamiento de la demanda se reduce a indicar que las expresiones “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías” desconocen los artículos 29 y 250 de la Constitución, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos por cuanto para el actor el informante al ser un testigo resulta relevante las informaciones que suministre como respaldo probatorio para los motivos fundados que dan origen al registro y allanamiento por lo que la reserva de su identidad anula la publicidad y contradicción del testimonio.

En la medida que esta Corporación en Sentencia C-673 de 200550 se pronunció sobre la frase acusada, la Corte previamente examinará si se ha configurado o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

En efecto, en dicha Sentencia la Corte se planteó los siguientes problemas jurídicos:

- “a. Viola el debido proceso, el que se exija que los informes que rinda una persona ante el órgano de policía judicial puedan convertirse en testimonio sin la debida contradicción de la prueba ya que solo el Fiscal puede presenciarlo para decreta un allanamiento.
- b. La reserva sobre los datos del informante cuya declaración sustenta una orden de allanamiento y registro, incluso para efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías, desconoce las competencias constitucionales del mismo.
- c. La causal de procedencia del principio de oportunidad, establecida en el numeral 16 del artículo 324 del C.P.P., vulnera el artículo 250 Superior, por cuanto no se basa en reglas claras y taxativas de fácil encuadramiento a un caso concreto, transgrediendo el ámbito de lo reglado para pasar a la discrecionalidad absoluta del fiscal, teniendo además en cuenta la inexistencia de una política criminal estatal en la materia.”

Los cargos de inconstitucionalidad sólo se dirigían contra las expresiones “Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual

interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad" y "De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías" ambas del inciso 2 del artículo acusado, sin embargo, la Corte consideró necesario "hacer integración normativa con los apartes no demandados del inciso segundo y con el inciso primero, es decir, examinará conjuntamente los dos primeros incisos del artículo 221 del nuevo C.P.P., por lo tanto estudiará el inciso segundo en su integridad."

Dentro de las consideraciones que realizó la Corte como fundamento de su decisión, se señalaron las siguientes:

"De tal suerte que la declaración jurada de testigo o informante, para efectos del decreto de un registro y allanamiento, cumple la única labor de servir de soporte para establecer con verosimilitud que existen motivos fundados para decretar una medida restrictiva del derecho a la intimidad, mas no constituye como tal una prueba con respecto a la responsabilidad del imputado. En otros términos, la declaración jurada de testigo o informante, al igual que los demás elementos materiales probatorios y la evidencia física, constituyen tan solo instrumentos para direccionar y encausar la actividad investigativa del Estado, mas no se trata de un medio probatorio para establecer la existencia del hecho punible ni el grado de responsabilidad penal del imputado.

(...)

En relación con la figura de los informantes, en algunas ocasiones⁵¹ la Corte se ha pronunciado sobre determinados aspectos concretos. Así, en sentencia C - 683 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra varias disposiciones de determinados decretos legislativos que fueron adoptados como legislación permanente, la Corte examinó algunos aspectos puntuales relacionados con los informantes.

En tal sentido, en lo que concierne al pago de recompensas, por información que conduzca a hacer efectivas órdenes de captura o por el suministro de pruebas eficaces que permitan establecer la responsabilidad penal, a condición de que el informante no fuese autor o partícipe del hecho punible, se consideró que las normas acusadas no vulneraban la Constitución, por las siguientes razones:

“La Corte tampoco encuentra vicio alguno de constitucionalidad y por el contrario reitera sus consideraciones anteriores; en efecto, el artículo 64 cuestionado en sus incisos primero, segundo y tercero se fundamenta en la necesidad de proteger a testigos e informantes quienes tienen derecho a obtener recompensa por la colaboración útil a la Administración de Justicia, supuesto que se soporta en la necesidad de una legislación especial ante las modalidades criminales que la provocaron. Las informaciones que ellos suministran los ponen en situación de riesgo, dadas las graves modalidades que adquiere el crimen organizado y por tanto el Estado está en la obligación no solo de recompensarlos monetariamente sino de darles una protección. Adviértese que la expresión “Director Nacional de Instrucción Criminal” deberá entenderse sustituída por la de Director Nacional de Fiscalías, dentro de la nueva estructura del procedimiento penal; en consecuencia de lo anterior, en la parte resolutiva de la sentencia así se decidirá.

Luego, en sentencia C- 392 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, fue declarada exequible una disposición legal según la cual, en ningún caso, las versiones suministradas por los informantes tendrían valor probatorio en el proceso penal. Posteriormente, la Corte en sentencia C- 251 de 2002, con ponencia de los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández⁵², adelantó las siguientes consideraciones en relación con el deber ciudadano de brindar información a las autoridades públicas:

“Las estrategias de seguridad y defensa pueden contemplar un papel para los particulares. Así, y sin que esta enumeración sea taxativa, pueden comprender mecanismos de cooperación con la administración de justicia y con la fuerza pública, pero sin colocar a los civiles en la disyuntiva de ser aliados o enemigos; dichas estrategias pueden igualmente establecer programas de sensibilización y alerta frente al terrorismo, pero sin transformar a los particulares en espías al servicio del Estado, o en sucedáneos de la fuerza pública. Esto significa entonces que las mencionadas estrategias de seguridad y defensa no pueden imponer deberes tales a la población civil, que terminen involucrándola en el conflicto armado, ya que no sólo se estaría afectando el principio de distinción derivado del derecho internacional humanitario, sino que además se estaría desconociendo el mandato constitucional, según el cual, las tareas de protección de la soberanía y el orden público corresponden a la Fuerza Pública, y no a los particulares, como se explica más adelante (Ver infra fundamentos 24 a 26).”

De tal suerte que, según los pronunciamientos de la Corte en materia de informantes (i) dado el elevado riesgo que éstos corren, el Estado está en la obligación no sólo de remunerarlos económicamente sino de protegerlos; (ii) dicho amparo no puede extenderse a autores o partícipes de delitos; (iii) las versiones suministradas por aquéllos carecen de valor probatorio en cuanto a la responsabilidad del imputado; y (iv) el Estado no puede obligar a los miembros de la población civil a convertirse en informantes, so pena de vulnerar el principio de distinción del derecho internacional humanitario. Cabe igualmente señalar que, hasta el momento, esta Corporación no se ha pronunciado sobre la reserva de identidad de los informantes, sino tan sólo acerca de tal situación en relación con testigos⁵³.

(...)

En tal sentido, al legislador le está vedado establecer una reserva sobre los datos del informante frente al juez de control de garantías, por cuanto le resultaría imposible a este funcionario judicial examinar si realmente el fiscal contaba o no con unos motivos fundados que justificaron en su momento el decreto y práctica de una diligencia de registro y allanamiento.

En efecto, los datos sobre el informante constituyen un valioso elemento de juicio al momento de adelantar un examen no sólo formal sino material sobre una medida de intervención en el derecho fundamental a la intimidad. En otros términos, le resultaría imposible al juez de control de garantías realizar un juicio de proporcionalidad sobre la mencionada medida, en el sentido de que si con ésta se perseguía un fin constitucionalmente válido; si el propósito no podía ser alcanzado por otro medio menos gravoso para el derecho fundamental, y si finalmente, las ventajas obtenidas mediante la intervención compensan los sacrificios que ésta implica para sus titulares. De igual manera, desconocer los datos del informante, conduciría a que el juez de control de garantías no pudiese aplicar la regla de exclusión sobre la evidencia física y los elementos materiales probatorios recaudados durante la diligencia de registro y allanamiento.

Ahora bien, siguiendo la Vista Fiscal, cabe señalar que el juez de control de garantías debe conocer los datos del informante, quien además en los términos del primer inciso del artículo 221 del nuevo C.P.P. ha debido rendir una declaración bajo la gravedad de juramento, que resulten relevantes para establecer si la información por él suministrada constituía o no

motivos suficientes para decretar el registro y allanamiento. De otra manera, el funcionario judicial estaría extralimitándose en el ejercicio de sus competencias constitucionales.

No se puede tampoco desconocer que hacer públicos los datos del informante conduciría, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, a poner en grave peligro la seguridad de éste, y además, impediría que en el futuro el ciudadano pudiese seguir suministrando valiosa información a las autoridades competentes. Además, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 155 de la Ley 906 de 2004, serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos y registros, entre otras, y como audiencia preliminar, y como se celebran con la presencia del imputado o de su defensor, no siendo obligatoria tampoco la asistencia del Ministerio Público, en ella no pueden hacerse públicos los datos del informante, aunque el juez de control de garantías deba conocerlos.

Así las cosas, la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, no puede ser entendida en el sentido de que la reserva sobre los datos del informante vincule al juez de control de garantías, por cuanto, se insiste, aquello impediría la realización de un control formal y material sobre la Fiscalía en materia de medidas de intervención en los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, la preservación de la seguridad del informante, justifica que los datos de éste no sean de carácter público sino reservado, razón por la cual el segmento normativo “inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, se ajusta a la Constitución, pero en el entendido que tales datos no pueden ser reservados para el juez que ejerza funciones de control de garantías.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el primer inciso del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado. Y, exequibles las expresiones “Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable”, por el cargo analizado, en el entendido de que el caso de los informantes el fiscal podrá eventualmente interrogarlo a fin de apreciar mejor su credibilidad; y “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, por el cargo analizado, en el entendido de que la reserva de datos del informante no vincula al juez de control de garantías, ambas

expresiones del inciso segundo del artículo 221 de la ley 906 de 2004.”

Con fundamento en estas consideraciones la Corte resolvió:

“Segundo.- DECLARAR EXEQUIBLE las expresiones “Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable”, por el cargo analizado, en el entendido de que el caso de los informantes el fiscal podrá eventualmente interrogarlo a fin de apreciar mejor su credibilidad; y exequible la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, por el cargo analizado, en el entendido de que la reserva de datos del informante no vincula al juez de control de garantías, ambas expresiones del inciso segundo del artículo 221 de la ley 906 de 2004.”

En consecuencia, para la Corte es claro que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con el cargo formulado. Lo anterior, se evidencia en la medida que los argumentos del actor no exponen diferentes cargos a los ya considerados y resueltos por la Corte en la Sentencia C-673 de 2005, que distingue la figura de los informantes y resuelve sobre la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías” bajo la condición que no puede ser entendida en el sentido de que la reserva sobre los datos del informante vincule al juez de control de garantías.

De igual manera, como se expuso, en dicha Sentencia se indicó que la preservación de la seguridad del informante justifica que sus datos no sean de carácter público sino reservado por lo que la expresión “inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías” se ajusta a la Constitución bajo el condicionamiento reseñado.

Por lo anterior, se dispondrá respecto de las expresiones acusadas, el estarse a lo resuelto en la Sentencia C-673 de 2005, sólo por los cargos formulados.

4. Artículo 242, incisos 1 y 2, parciales

a) Texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el texto de los incisos 1 y 2, del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, subrayando los apartes acusados:

“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 anterior.

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.”

b) Fundamentos de la demanda

El actor considera que las expresiones acusadas “incluso particulares” y “particular” resultan inexequibles en la medida que la Constitución en los artículos 249, 250 y 251-5, no confieren al Fiscal General de la Nación la función de otorgar atribuciones de policía judicial a los particulares para que actúen como agentes encubiertos.

Luego de realizar algunas consideraciones generales sobre los agentes encubiertos que considera resulta contraria a la Constitución, aduce el ciudadano que las expresiones demandadas “incluso particulares” y “particular” contenidas en el artículo acusado referente a la actuación de los agentes encubiertos desconoce el numeral 5 del artículo 251 de la Carta por cuanto “una equivocada interpretación de esta norma dio origen al art. 342 del C. de P. Penal, extendiendo la posibilidad a los particulares para actuar como agentes encubiertos, lo cual contraría el propio art. 250 constitucional que sólo faculta al Fiscal General de la Nación para otorgar funciones transitorias a ‘entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial’”

Agrega que “si se confieren facultades a los particulares para desempeñar temporalmente funciones públicas es necesaria una ley que determine el régimen aplicable y regule su ejercicio, conforme lo establece el art. 123 de la Constitución Política, el cual también resulta desconocido por la norma que se acusa...”, en la medida que la ley acusada no establece el régimen aplicable a tal clase de funcionarios ni regula su ejercicio. A continuación, el actor expone una serie de interrogantes como “¿Qué ocurre si un particular que actúa como agente encubierto, decide desaparecer a un miembro de la organización criminal infiltrada?...¿En qué clase de delitos pueden intervenir los agentes encubiertos? ...¿Qué ocurre si el particular que actúa como agente encubierto es descubierto por los integrantes

de la organización criminal que deciden darle muerte?...”.

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar exequibles las expresiones demandadas.

Señala que fue voluntad del legislador en ejercicio de su libertad de configuración consagrar dicha norma que no resulta extraña al sistema penal acusatorio existente en otros países y atendiendo la sofisticación de las organizaciones criminales. Dicha actuación se encuentra sujeta al control judicial tanto del juez de control de garantías como del juez de conocimiento. Aduce que en este caso en que los particulares actúan como agentes encubiertos previa autorización del Director Nacional o Seccional de fiscalías, no actúan como funcionarios de la policía judicial sino como informantes, de quienes se aprovecha la cercanía y confianza con los integrantes de las organizaciones criminales para obtener información de inteligencia constituyéndose en herramienta importante de política criminal.

Concluye que “Razones suficientes asisten al Estado para mantener reserva en tan delicada labor y poder obtener no sólo a nivel nacional sino internacional la información que le permita actuar rápidamente frente a las conductas delictivas, además esos mecanismos han sido acogidos plenamente por el derecho internacional contemporáneo y adoptados en instrumentos multilaterales y bilaterales como una forma de colaboración. Al respecto, también se puede citar la Convención de Viena de 1988, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada mediante la Ley 67 de 1993”.

2. Fiscalía General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio, interviniente en este asunto y en su calidad de Fiscal General de la Nación, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Sustenta su intervención en que la participación de los particulares en los cometidos del

Estado constituye una consecuencia del Estado social de derecho y República participativa y en que no sólo los servidores públicos sino todas las personas tienen el deber constitucional de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Expone que dicho servicio preferentemente debe estar a cargo de miembros de la policía técnica judicial y en defecto de éstos puede acudirse a los particulares precisamente porque dicha condición asegura el éxito de la operación por suscitar una mayor confianza de los delincuentes. Aduce que la figura del agente encubierto no es nueva en el orden interno ya que obedece a una técnica de investigación prevista en instrumentos internacionales en los que nuestro país tiene compromisos como la Convención de Viena con el ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada por la conferencia de la ONU en 1988, como continuación de instrumentos anteriores. Concluye que la técnica de investigación mediante los agentes encubiertos tiene como fundamento constitucional las disposiciones sobre tratados públicos, entre otros artículos el 9, según el cual las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional.

3. Intervenciones de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anotan que “Tener vigilancia se admite bajo una sospecha, pero dicha entidad solo puede quedar en manos de quienes depositamos desde el contrato social, nuestras amplias posibilidades naturales. Pero que a uno lo esté vigilando, sin límites, sin razones, sin cortapisas, un particular, resulta atentatorio de los derechos fundamentales a la libertad, a la intimidad, a no ser molestado en su persona y al principio democrático que es cláusula general. No hay regulación, todo por cuenta de un Estado de difícil comprensión, donde todos somos vigilantes comunitarios, los unos de los otros. Se desconoce que Colombia ya ha estado sometida a este tipo de situaciones, y para la muestra basta echar un vistazo a las épocas de la violencia partidista (eran particulares). Es cierto: qué pueden hacer, cómo actúan, quién los controla, qué calidades deben ostentar, es lo más peligroso que se ve, para la unidad del país y es una entrega de la justicia a la mano particular”.

4. Universidad del Rosario

Alejandro Venegas Franco, interveniente en este proceso y en calidad de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Fundamenta su intervención en que los particulares pueden ser investidos de la facultad para adelantar actuaciones de agentes encubiertos por el Fiscal cuanto tuviere motivos razonablemente fundados conforme a los medios cognoscitivos para inferir que el imputado continúa desarrollando alguna actuación criminal. Expone que esta decisión del Fiscal requiere autorización del Director Nacional o Seccional de fiscalías. Para fundamentar más la constitucionalidad de esta norma, las actuaciones del particular encubierto son revisadas de legalidad formal y material ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta.

5. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano interveniente en este asunto, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

En efecto, señala que dicha disposición al permitir que los particulares ejerzan actividades como agentes encubiertos, está delegando indebidamente funciones de policía judicial que por su naturaleza le corresponden en forma exclusiva y excluyente al Estado, delegación que se efectúa sin determinar en qué casos, bajo qué criterios y con la vigilancia de qué entidades podrían intervenir los particulares en ese ejercicio. Se cita al respecto la sentencias C-1024 de 2002 y C-024 de 1994. Anota que ni siquiera existe posibilidad de que dichas funciones sean delegadas en la medida que se trata de una materia absolutamente restringida para el ejercicio de ella por parte del Estado. Agrega que solamente le está otorgada la facultad a quienes ostentan la debida capacitación y preparación en el tema, por lo que si tal principio se predica de funcionarios públicos no puede pretenderse la extensión de dichas funciones a los particulares que carecen de legitimidad para el ejercicio de tales actividades y de la capacitación y preparación en estos temas judiciales y públicos.

Concluyen que “las actividades realizadas por los agentes encubiertos están clasificadas dentro del orden de aquellas que no requieren para su adelantamiento autorización judicial previa, de suerte que se ejecutan sin el aval del juez de acuerdo a lo dictaminado por la Ley 906 de 2004 en el capítulo II del libreto II al que venimos haciendo referencia. Frente a esta disposición cobra mayor relevancia la solicitud de inexequibilidad, pues las actividades previas de indagación que no requieren autorización judicial deberán sujetarse únicamente a lo que disponga la ley y la Constitución, por lo que requieren una especificidad y rigorismo máximo para evitar la vulneración de derechos fundamentales en su desarrollo”.

6. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la declaración de inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anotan que como lo habían señalado en un concepto anterior, además, de la irregularidad que se señala por el actor se permite al Fiscal que decida sobre la realización de esas operaciones de agentes encubiertos, función que debe ser exclusivamente del juez de control de garantías, y no garantiza la adecuada contradicción de la prueba. Exponen que el artículo acusado contiene varios aspectos que contrarían la Constitución. La posibilidad que los particulares actúen como agentes encubiertos es una función que sólo pueden llevar a cabo los agentes del Estado, lo cual concuerda con la garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El derecho fundamental a la intimidad personal no puede afectarse sino por los agentes del Estado y previa autorización judicial. Su afectación sólo puede autorizarla el juez de garantías. Agrega que si la información recaudada por el agente encubierto va a ser utilizada como prueba, este debe comparecer y rendir testimonio ante el juez o tribunal que conozca del juicio para asegurar así la publicidad, contradicción e inmediación de las pruebas.

Recuerdan que la función de administrar justicia compete al Estado y la delegación en los particulares es excepcional, conforme al artículo 116 de la Constitución. Añaden que la función de investigación en materia penal por parte de particulares implicaría asignarle tareas que corresponden a las autoridades y que exceden los deberes de los ciudadanos,

desconociendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Indican que “Los particulares no pueden ejercer la función pública sin haber asumido el cargo que les impone dicha tarea, que implica responsabilidades y regímenes especiales. Por otra parte, los actos de quienes actúan en ejercicio de funciones públicas tienen un control, que se diluye cuando se asignan al particular tareas de investigación que deben ser cumplidas de manera encubierta”. Finalmente, aluden a que la acción de agentes encubiertos debe ser ordenada únicamente por un juez de garantías y que las pruebas que aportes dichos agentes deben ser controvertidas en juicio.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Ministerio Público solicitar declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas en la medida que el agente encubierto realiza funciones investigativas y de este modo participa en el ejercicio de una función pública, sin que ello resulte contrario a la Constitución.

Expone el Procurador General de la Nación que el primer cargo formulado en contra del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, no prospera ya que la misma norma acusada establece como condiciones de procedibilidad de esta figura que “i) se esté adelantando una indagación o investigación contra determinada persona, y ii) que a través de alguno de los medios cognoscitivos señalados en la ley, el fiscal obtenga motivos razonablemente fundados para considerar que quien está siendo investigado hace parte o está relacionado con una organización criminal, de tal suerte que la intervención de los agentes encubiertos nunca se hará por fuera de la esfera de competencia de la Fiscalía General de la Nación, es decir de modo preventivo o sin que exista en curso una investigación de hechos que revistan las características de delito, como infundadamente lo sostiene el demandante”.

Respecto al cargo por violación del inciso 1 del artículo 250 de la Constitución, indica el Procurador General que se aparta por completo del contenido normativo de la norma demandada. Los particulares cuando actúan como agentes encubiertos fuere por infiltración o como persona de confianza no constituye una forma de administrar justicia, sino más bien del deber ciudadano consagrado en el numeral 7 del artículo 95 de la Carta, de colaborar con la justicia para su correcto funcionamiento. Dicha colaboración está dada en la consecución de información útil para la investigación y su traslado al fiscal, quien a través de las

autoridades de policía judicial, adelantan la actividad de recaudo de evidencia física y de elementos materiales probatorios. Recuerda que conforme a la disposición acusada, tales elementos son útiles sólo como fuente de la actividad investigativa que desarrollan las autoridades competentes, “y adquieren valor como elemento material probatorio y evidencia física si se verifica su autenticidad y sometimiento a la cadena de custodia, que implica dejar a disposición de servidor público, fiscal o policía judicial, dicha evidencia”. Añade que el sólo contacto del particular con dichos elementos no hace de su labor un acto de administración de justicia sino de colaboración con la misma que tiene pleno respaldo en el deber constitucional señalado, razón por la que el inciso final del artículo 255 ejusdem, dispone que los particulares “que entren en contacto con elementos materiales probatorios y evidencia física, son responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente”.

Expone que no se viola el numeral 5 del artículo 251 de la Constitución, por cuanto la gestión ocasional del particular como agente encubierto no implica el desarrollo de la función de policía judicial, aunque sin duda contribuye en la labor investigativa desarrollada bajo la dirección del Fiscal. Señala que “No puede sostenerse, entonces, que todo aquel que brinde información útil para la investigación, como la que ofrecen los testigos en las entrevistas previas al juzgamiento, el informante o los particulares cuando deciden colaborar como agentes encubiertos, desempeña una función de policía judicial, pues no se trata de personal especializado que conforma un cuerpo especial, sino de individuos que, con admirable compromiso social, deciden colaborar con la administración de justicia. Y es que si el criterio determinante de la función de policía judicial fuera exclusivamente el hacer parte de la investigación de un hecho con características de delito, resultaría absurdamente incorporado en esta categoría hasta el defensor cuando indaga con el fin de obtener elementos materiales probatorios o evidencia física relacionada con los hechos investigados”.

En cuanto al desconocimiento del artículo 123 de la Carta, indica el Procurador General que la descripción que con fundamento en la Ley 906 de 2004 realizó sobre las condiciones para ordenar la utilización de un agente encubierto y las reglas a que su actividad se debe ceñir, son suficientes para desestimar este cargo en la medida que no se observa ausencia de normatividad al respecto.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

Inepta demanda por ausencia de un cargo de constitucionalidad

El actor señala que las expresiones “incluso particulares” y “particular” resultan inexcusables por cuanto los artículos 249, 250 y 251-5 de la Constitución, no confieren al Fiscal General la función de otorgar atribuciones de policía judicial a los particulares para que actúen como agentes encubiertos. Además, alega el desconocimiento del artículo 123 de la Carta, al echar de menos el régimen aplicable y la regulación del ejercicio respecto a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas.

En la medida que el actor reduce sus argumentos solamente al anterior señalamiento, debe entonces la Corte examinar previamente si realmente estructuró en debida forma al menos un cargo de constitucionalidad que le permita a esta Corporación pronunciarse de fondo. Lo anterior, previa precisión de que las iniciales consideraciones realizadas por el actor de carácter general sobre toda la disposición y que concluyen en la constitucionalidad, no constituyen cargos de constitucionalidad en la medida que no acusa expresamente dicho artículo de manera integral, ni menos se cumplen los presupuestos mínimos que debe contener las razones de constitucionalidad.

Ahora, en el asunto concreto, la Corte concluye que el actor no estructura un verdadero cargo de constitucionalidad por cuanto se limita a considerar solamente la no previsión en la Constitución de atribuciones de policía judicial a los particulares y a echar de menos un régimen que regule su ejercicio, sin exponer de manera concreta y suficientemente los motivos que le llevan a perseguir la constitucionalidad de las expresiones acusadas.

En efecto, la Corte ha señalado que la acción de constitucionalidad a pesar de la naturaleza pública e informal que la caracteriza debe cumplir unos requisitos mínimos que se encuentran establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, que contiene el régimen procedural de los asuntos que se tramitan ante la Corte Constitucional. Dicho artículo señala:

“Artículo 20. Las demandas en las acciones públicas de constitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como constitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas;

2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas;
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados;
4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.” (Subrayas fuera de texto).

Respecto de este numeral 3, la jurisprudencia constitucional ha indicado que dichas razones deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. Así se tiene de la Sentencia C-1052 de 200154, al exponer que constituye una carga mínima de argumentación para el actor. En cuanto a la especificidad, pertinencia y suficiencia, esta decisión señaló:

“De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”⁵⁵. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisible que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”⁵⁶ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad⁵⁷.

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales⁵⁸ y doctrinarias⁵⁹, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando

el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”⁶⁰; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reapro contra la norma demandada en un análisis de conveniencia⁶¹, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa”⁶² a partir de una valoración parcial de sus efectos.

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

También se ha señalado por la Corte que esta carga mínima de argumentación para quien presenta la acción de inconstitucionalidad resulta indispensable a pesar de la naturaleza pública e informal que la caracteriza, por cuanto de no atenderse este presupuesto podría conllevar un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda. No debe olvidarse⁶³ que conforme al artículo 241 de la Constitución, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar las que efectivamente hayan sido demandadas por los ciudadanos, lo que implica que esta Corporación sólo puede adentrarse en el estudio y resolución del asunto una vez se presente una acusación en debida forma. La exigencia de una carga mínima de argumentación en la presentación de la demanda de inconstitucionalidad no implica tampoco caer en formalismos técnicos, ni en rigorismos procesales que la hagan inviable. Mas bien su exigencia formal y material permite hacer un

uso adecuado y responsable de los mecanismos de participación ciudadana y hace viable que se profiera un fallo de fondo.

Debe tenerse en cuenta que cuando un ciudadano presenta una acción de inconstitucionalidad y la Corte entra a proveer sobre su admisibilidad, esta primera providencia constituye apenas el estudio o juicio inicial del asunto que habrá de desarrollarse a través de diferentes etapas que se encuentran previstas en el Decreto 2067 de 1991, como lo son la probatoria, la intervención ciudadana y el concepto del Procurador General de la Nación, que una vez cumplidas y valoradas por el juez constitucional le permiten ahora disponer de mayores elementos de juicio para entrar a proferir la decisión que corresponda la cual puede ser de mérito, inhibitoria o incluso de estarse a lo resuelto. El inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, constituye una clara muestra de lo señalado al disponer que debe rechazarse inicialmente las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una Sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente, sin embargo dichas decisiones también pueden adoptarse en la Sentencia.

En consecuencia, la figura excepcional de la inhibición constitucional por incumplimiento de requisitos sustanciales de la demanda, resulta justificable sólo cuando el juez constitucional una vez ha estudiado y valorado la demanda en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta su desarrollo probatorio, las distintas intervenciones ciudadanas y el concepto del Procurador General de la Nación, se encuentra ante la imposibilidad de proferir un fallo de fondo por ineptitud sustancial de la demanda. Así ya lo había expuesto esta Corte⁶⁴ al señalar que la admisión de la demanda no obsta para que durante el trámite de la acción, atendiendo el estudio en detalle de los temas planteados, las pruebas aportadas y las intervenciones de las distintas autoridades públicas o privadas, la Corte encuentre que las razones de inconstitucionalidad no cumplen los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, y decida por ende inhibirse. En igual sentido, lo había expuesto esta Corporación⁶⁵ cuando indicó que si bien la Corte al momento de admitir la demanda en virtud del examen apriorístico que realiza en dicha etapa se consideró que cumplía con los requisitos exigidos por el Decreto 2067 de 1991, si al entrar a realizar el examen de fondo encuentra defectos insalvables en cuanto a la existencia de un verdadero cargo de inconstitucionalidad, deberá proceder a inhibirse.

No basta, entonces, sólo con mencionar en la demanda el contenido normativo acusado e indicar las normas constitucionales que se consideran infringidas, sino se exponen las razones de inconstitucionalidad que resulten específicas, pertinentes y suficientes.

Por lo anterior, al presentarse una ausencia de cargos de inconstitucionalidad respecto de las expresiones “incluso particulares” y “particular”, esta Corte se declarará inhibida para pronunciarse sobre las mismas.

5. Artículo 288, numeral 2, parcial

a) Texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el texto del numeral 2, del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, subrayando el aparte acusado:

“ARTÍCULO 288. CONTENIDO. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.”

b) Fundamentos de la demanda

Para el actor la frase acusada “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía” que hace parte de los requisitos para formular la imputación (art. 288 de la Ley 906), debe analizarse en el contexto pleno de su aplicación ligándola a los requisitos para que procedan los preacuerdos entre el fiscal y el delegado (art. 350 de la Ley 906), lo que significa que existen pruebas secretas que se traduce en la violación del derecho a un juicio público y de defensa como partes del debido proceso.

En efecto, expone que “Si desde la formulación de la imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación (art. 350), pueden, fiscal e imputado, a través de su defensor, llegar a un acuerdo en el que el imputado se declare culpable, no se entiende cómo puede el imputado allanarse a la imputación si no conoce cuáles son las pruebas que lo incriminan y qué delito resulta de la presentación y existencia de dichas pruebas”. Agrega que lo consagrado en los apartes acusados y el artículo 350 que lo complementa, es un escalonamiento de oportunidades que se le brindan al imputado para que se declare culpable con la trampa de ocultarle las pruebas y las evidencias sobre las cuales se sustenta la imputación en la medida que se podrá formular cargos por delitos más graves o inexistentes e incluso simular poseer pruebas.

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas.

Al efecto, sostiene que el inciso 3 del artículo 250 de la Constitución, establece que en caso de presentarse escrito de acusación, el fiscal debe suministrar por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones que se tenga conocimiento, por lo que los apartes acusados deben interpretarse en armonía con esta disposición constitucional y con los artículos 286, 287, 290, 293, 336 y 344 de la Ley 906, que la desarrollan. Recuerda igualmente que se está ante la implantación del sistema acusatorio en donde el momento que determina el ejercicio de la acción es la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento que es cuando se establece la relación jurídico

procesal entre el juez, fiscal y la defensa. Por último, pone de presente el ordinal 4 del artículo 250 de la Carta, que alude a que la actuación central se realiza en la audiencia del juicio oral y público.

2. Fiscalía General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio, interviniente en este asunto y en su calidad de Fiscal General de la Nación, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Al respecto, sostiene que el actor desconoce el principio de inmediación de la prueba en el nuevo sistema penal acusatorio y que el artículo 250 de la Carta por razones del principio de la concentración de la misma exige que se agote en la etapa del juicio oral y no en la investigación. El interviniente lleva a cabo unas reflexiones para concluir que la formulación de la imputación es una etapa desconocida en buena parte de las legislaciones que han acogido este sistema. Anota que la ley exige lo fundamental pero no respecto de llevar al imputado a un conocimiento absoluto de lo obtenido sino de satisfacer las mínimas exigencias de esta inicial imputación como es la relación clara y sucinta de los hechos relevantes sin entrar a exteriorizar sus soportes como son los elementos materiales probatorios, evidencia física, información en poder de la Fiscalía. Agrega que la Fiscalía señala lo que conoce del caso pero no revela los medios que sustentan su descubrimiento por lo que el imputado que sabe a ciencia cierta la verdad de los hechos deberá decidir si colabora o no con las autoridades. Se busca, así, conocer la verdad. Recalca la diferencia con el procedimiento anterior donde la investigación al verificarce el hecho delictuoso daba paso de inmediato a esas dos funciones, es decir, a la averiguación y defensa. Ahora, el investigador no produce en dicha etapa ninguna prueba, ni lo deja conocer, ni está comprometido a divulgarla.

3. Intervenciones de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Para los intervinientes “Si la fiscalía puede adelantar las indagaciones con fundamento en pruebas de dudosa procedencia, al amparo de las finalidades de acabar con la impunidad como se lo propone la reforma, y por ello puede hacer seguimientos pasivos, interceptación de comunicaciones, allanamientos de policía judicial sin orden de fiscalía, recoger declaraciones, etc., ya para el momento procesal definitivo donde se le endilgan a una persona determinada todos esos resultados, es necesario y lógico que los pueda conocer (a esos medios de prueba o evidencias) sin restricciones”. Agrega que si las personas se les dice que no pueden conocer lo que existe en su contra se le desconoce su derecho de defensa violando el principio de igualdad, al seguir las pruebas secretas. Si en la imputación no se puede saber que existe en su contra, la situación resulta oscura, desequilibrada y violatoria del derecho de defensa.

4. Universidad del Rosario

Alejandro Venegas Franco, interviniente en este proceso y en calidad de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Recuerda que el artículo 344 del C. de P.P., da la posibilidad de defensa para que pueda solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía o a quien corresponda el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, lo cual el juez ordenará si es pertinente con un plazo máximo de tres días.

5. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano interviniente, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la inexequibilidad de los apartes acusados por cuanto se evidencia el desconocimiento del debido proceso y de las formas propias de cada juicio como también de los principios estipulados en el mismo Código de Procedimiento Penal. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Como fundamento de su intervención señala que los elementos probatorios que recaude la fiscalía en ejercicio de sus funciones en forma previa a la imputación no pueden mantenerse

reservados una vez se ha hecho pública aquella, ya que se requiere determinar como se formó el convencimiento del funcionario acusador para que el implicado pueda estructurar una defensa adecuada. Agrega que la permanencia de esta consagración normativa implica un peligroso retroceso al proceso inquisitivo que no encuentra compaginación alguna con los principios de publicidad de la prueba, juicio público, contradictorio y controversial, y respeto del derecho de defensa. Independientemente de la denominación que se otorgue, la actividad de recaudo de evidencias y elementos materiales se encuentra dirigida a la reconstrucción de un hecho histórico y a la determinación de su ocurrencia y su autoría.

6. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la declaración de inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Como fundamento de su intervención indican que con independencia del curso del proceso el imputado debe tener la oportunidad de conocer la imputación y los elementos probatorios que la fiscalía ofrecerá en el juicio o la evidencia de que dispone. Si bien la práctica de las pruebas sólo se hará durante el juicio, el procesado debe disponer de la información que ha llevado a la fiscalía a realizar la imputación.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Procurador General de la Nación, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas por cuanto los elementos materiales probatorios y evidencia física no son pruebas hasta su aporte en la audiencia de juzgamiento. Antes de la acusación no es constitucionalmente exigible el descubrimiento de aquellos medios cognoscitivos.

Señala el Ministerio Público que el cargo se estructura en el desconocimiento del esquema procesal penal adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002. Lo anterior, porque la Carta al fijar las reglas singulares del procedimiento penal determinó el momento a partir del cual el fiscal está obligado a poner al descubierto todos esos elementos de convicción que serán aportados al juicio como prueba, según se tiene del inciso final del artículo 250 de la Constitución, que señala que sólo cuando el fiscal decide acusar, surge para el mismo el

deber de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información que posea el fiscal, y no antes.

Recordó que el debate probatorio se traslada por completo a la etapa de juzgamiento por lo que la prueba existe es en esta etapa, donde frente al juez de conocimiento se práctica y presenta. Añade que en el nuevo esquema procesal opera con rigor el principio de inmediación probatoria y no el de permanencia de la prueba, excepto cuando se trata de prueba anticipada que es imposible reproducir en el juicio, lo que demuestra que los elementos materiales probatorios, evidencias e informaciones recaudadas por el fiscal antes y después de formular la imputación, y antes de ser presentadas en juicio para su contradicción, no son pruebas sino que constituyente lo que la doctrina española llama diligencias sumariales de investigación, que no sirven para justificar una sentencia condenatoria en la medida que su finalidad es preparar el juicio oral suministrando los elementos necesarios para la acusación y defensa (Cita el texto sobre las garantías constitucionales del proceso de Joan Picó I Junoy).

Agrega que conforme al mismo numeral 2 del artículo 288 acusado, al formular la imputación el fiscal hará una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje comprensible, lo que permite preparar su defensa. Así mismo, a partir de la acusación podrá conocerlos y en la audiencia preparatoria tendrá oportunidad de solicitar la exclusión como prueba, garantizando así el ejercicio del mencionado derecho fundamental. No se vulnera el derecho a un juicio público en la medida que la norma acusada se ocupa de regular el momento inicial de la actuación procesal y no la etapa del juicio.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Problema jurídico

El actor acusa las expresiones “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía” que hacen parte de los requisitos para formular la imputación para significar que se establecen pruebas secretas violando los derechos a un juicio público y de defensa (art. 29 de la Constitución). Agrega que si desde la formulación de la imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación pueden el fiscal y el imputado a través de su defensor llegar a un preacuerdo en el que el imputado se declare culpable, “no se entiende cómo

puede el imputado allanarse a la imputación si no conoce cuáles son las pruebas que lo incriminan y qué delito resulta de la presentación y existencia de dichas pruebas”.

El Procurador General de la Nación solicita la declaración de exequibilidad de los apartes acusados por cuanto los elementos materiales probatorios y evidencia física no son pruebas hasta su aporte en la audiencia de juzgamiento. Así mismo, señala que antes de la acusación no es constitucionalmente exigible el descubrimiento de aquellos medios cognoscitivos.

2. El caso concreto. Implicaciones del nuevo sistema procesal penal en materia probatoria.

En cuanto a los rasgos estructurales del nuevo procedimiento penal, en la sentencia C-873 de 200366, se determinó que bajo el nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, la etapa del juicio toma suma importancia al tener preponderancia sobre la fase de investigación convirtiéndose en el eje del proceso penal. Esta decisión se indica que el trabajo investigativo de la Fiscalía es más bien una preparación para el juicio, etapa del proceso en donde se practicarán y valorarán en forma pública y con participación del imputado las pruebas que se hubieren recaudado conforme a los principios de concentración, inmediación y contradicción de la prueba. En efecto, en esta Sentencia C-873 de 2003, se indicó:

“(a) En cuanto a las etapas del procedimiento, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación -encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a ésta última; (...). La etapa del juicio se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación⁶⁷. En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo. En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal

de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado."

De igual manera, como lo expuso esta última decisión, se establecen cambios trascendentales en materia probatoria en virtud del inciso final del artículo 250 de la Constitución, como también del numeral 4, en la medida que las pruebas se habrán de practicar dentro de la etapa de juzgamiento con las garantías procesales:

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

i. El poder de prueba se mantiene en cabeza tanto de la Fiscalía como del acusado y del Juez; sin embargo, el numeral 4 y el último inciso del artículo 250 de la Carta, tal y como fueron modificados por el Acto Legislativo, establecen cambios trascendentales en materia probatoria. Cabe resaltar, por ejemplo, el nuevo alcance de los principios de inmediación y de contradicción, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción."

Posteriormente, en la Sentencia C-591 de 2005, la Corte al analizar la constitucionalidad de los artículos 16 (inmediación probatoria), 154 (práctica de una prueba anticipada) y 284 (prueba anticipada) de la Ley 906 de 2004, expuso que se abandona el principio de permanencia de la prueba conforme al cual las practicadas por la Fiscalía desde la indagación preliminar tenían validez para dictar una sentencia, por los de concentración, inmediación y contradicción de la prueba según los cuales las pruebas se practican en el curso del juicio oral, público y con todas las garantías. Igualmente, se señala en dicha providencia, que durante la etapa de indagación como en el curso de la investigación, realmente no se practican pruebas sino que se recaudan evidencias o elementos materiales probatorios, tanto por la fiscalía como por el imputado, y es solamente en el curso de la audiencia de formulación de acusación, donde el fiscal deberá descubrir las pruebas de cargo a fin de que sean practicadas en la etapa del juicio. Veamos lo señalado en dicha decisión:

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

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

(...)

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

(...)

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

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

Y, en relación con el momento en el cual es procedente el descubrimiento de las pruebas, como soporte de la acusación, a fin de que ellas sean practicadas en el juicio según la configuración del nuevo sistema procesal penal, en la sentencia C-1194 de 200568 la Corte consideró, que la presentación del escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. Los fines primordiales de esta fase son la delimitación de 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 misma es depurar el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relativo a la responsabilidad penal del imputado.

En dicha sentencia, la Corte además consideró que el propósito central de la diligencia de descubrimiento, manifestación concreta del principio de igualdad de armas, es, entonces, que la defensa conozca el material de convicción que el fiscal hará efectivo en el juicio, cuando se decreten las pruebas por parte del juez de conocimiento, incluyendo las evidencias que la Fiscalía haya recaudado y que favorezcan al acusado.

Igualmente se precisó en la mencionada decisión, que "En complemento de lo anterior y con la intención de que el despliegue del principio de igualdad de armas sea una realidad para la controversia procesal, el legislador ha querido también que la Fiscalía conozca el material de convicción que la defensa ha podido recopilar desde el momento en que presentó la

formulación de la imputación e, incluso, desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la indagación preliminar, si así hubiese ocurrido. Por ello, en la diligencia de descubrimiento, el fiscal también puede pedir a la defensa que entregue copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (art. 344 C.P.P.)”.

Así como que, “Ahora bien, el hecho de que la diligencia de descubrimiento del material probatorio sustento de la acusación se haga en la propia audiencia de acusación busca que la defensa o a la Fiscalía complementen las correspondientes pesquisas con el fin de controvertir los elementos de convicción que serán usados por su contraparte. El descubrimiento tiene lugar con anterioridad al juicio para que la defensa recopile las pruebas de descargo y la Fiscalía complemente las pruebas de cargo. De hecho, la defensa debe haber empezado a recopilarlas desde la imputación misma⁶⁹ o desde que tenga conocimiento de la existencia de una investigación en su contra, tal como lo indica el artículo 267 del C.P.P.⁷⁰. Así las cosas, la diligencia de descubrimiento también evita la presentación sorpresiva del material de convicción en el juicio, circunstancia que comprometería gravemente el derecho de defensa del acusado ante la imposibilidad material de recaudar, en esa etapa final, el material probatorio de contraste.”.

Y finalmente que, “En última instancia, la diligencia de descubrimiento pretende garantizar la transparencia del juicio penal -fair trial-⁷¹, pues, aunque la estructura del proceso está sentada sobre la base de una contienda, el fin último constitucional del proceso penal es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas.”.

En el presente caso, el actor limita su cargo únicamente a señalar que el no descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la fiscalía en la diligencia de formulación de imputación implica el establecimiento de una prueba secreta al ocultar las pruebas que lo incriminan y el delito que resulta de las mismas lo que desconoce en su opinión los derechos a un juicio público y de defensa.

Para la Corte, las expresiones acusadas por el actor, es decir, “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información

en poder de la Fiscalía”, no desconocen las garantías procesales de defensa y de publicidad, como lo sostiene el actor, en la medida que:

La implementación del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria implicó cambios estructurales en el sistema de investigación, acusación y juzgamiento. Uno de ellos, fue precisamente en materia del descubrimiento de las pruebas al señalar el inciso final del artículo 250 Constitucional, que “En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”, lo cual implica que las pruebas habrán de practicarse dentro de la etapa de juzgamiento con todas las garantías procesales propias como las de publicidad y contradicción.

Por consiguiente, como lo ha interpretado este Tribunal Constitucional en los precedentes reseñados, según el nuevo modelo procesal penal, es la etapa del juicio la oportunidad en que habrán de practicarse y valorarse las pruebas bajo las garantías procesales de publicidad y defensa, y con aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba. Por lo tanto, según el nuevo sistema, al haberse abandonado el principio de permanencia de la prueba y regir los de concentración e inmediación de la misma en el curso de un juicio público y bajo todas las garantías procesales, en la etapa de investigación no se practican realmente pruebas sino que, tanto la Fiscalía como la defensa, recaudan elementos materiales probatorios y evidencias físicas, las cuales habrán de descubrirse en el momento de la acusación para ser practicadas en el juicio, tanto los favorables como los favorables al procesado, por lo que no puede considerarse que se violan los principios de publicidad y defensa según lo expone el actor en la demanda, pues el equilibrio procesal en la etapa de investigación se logra con la intervención del juez de control de garantías, a fin de que al imputado no se le vulneren sus derechos fundamentales.

No existen así pruebas secretas ni ocultas en la medida que el nuevo sistema penal impone su práctica durante una audiencia pública -etapa del juicio- donde podrán controvertirse. Por ende, sólo cuando el fiscal decide acusar surge el deber de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información en poder de la fiscalía.

Finalmente, debe señalarse que la norma parcialmente acusada refiere es al inicio de la

actuación procesal penal como es la formulación oral de la imputación por parte del Fiscal, a fin de comunicarle a una persona su calidad de imputado, momento en el cual el fiscal debe hacer: (i) la individualización concreta del imputado que incluye nombres, datos de identificación y domicilio para citaciones, y (ii) la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; por lo que el imputado si tendrá conocimiento de unos hechos que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la fiscalía para obtener rebaja de pena.

Por lo anterior, se declarará la exequibilidad de las expresiones “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía”, en relación solamente con los cargos formulados.

6. Artículo 348, inciso 2, parcial

a) Texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el texto del inciso 2, del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, subrayando el aparte acusado:

“ARTÍCULO 348. FINALIDADES. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”

b) Fundamentos de la demanda

El actor señala que respecto de la frase acusada “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, se remite a la argumentación indicada respecto de frase similar que acusó (las directrices del Fiscal General de la Nación) contenida en el numeral 1 del artículo 142 de la

ley acusada.

En cuanto a la segunda frase demandada “a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, anota el actor que es una norma de corte fascista ya que quienes necesitan aprestigar sus sistemas de justicia y evitar su cuestionamiento “son los regímenes totalitarios como el fascismo, el nacionalsocialismo y los nuevos modelos totalitarios, aún a costa de la dignidad humana, instrumentalizando al hombre y convirtiéndolo en un objeto a través del cual se pueden enviar mensajes a la sociedad”.

Considera así desconocido el principio de dignidad humana en la medida que la persona es un fin en sí misma, por lo que no puede ser manipulable ni utilizado con propósitos de intimidación o para lanzar mensajes de ejemplarización a sus congéneres. Se privilegia el interés del Estado por encima del valor superior de la justicia. Extrae el actor como consecuencia que “las decisiones no estarán guiadas por la observancia de la Constitución y la ley, sino por un nuevo derrotero que significa sumisión, fidelidad y obediencia a las directrices de la fiscalía.”

Concluye que en la medida que se instrumentaliza al hombre para colocarlo al servicio de los intereses del Estado y de la Fiscalía resulta contraria la expresión acusada a los valores superiores del Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución.

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas.

Señala que en el análisis de constitucionalidad de las expresiones acusadas debe observarse lo previsto en el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución, que sirve de fundamento constitucional. Recuerda que al contemplar este numeral que “en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, conlleva la facultad del fiscal de dictar pautas y directrices que guíen las

actividades de los servidores públicos del ente investigador que así mismo están sometidos a la ley. Respecto de la segunda frase acusada, anota que tiene como objetivo proteger el valor superior de la justicia al reiterar la obligación que tienen los fiscales en los preacuerdos y negociaciones que realicen de que sus actuaciones se lleven conforme en el marco legal y adicionalmente se acaten las instrucciones y las pautas trazadas como política criminal expedidas por el Fiscal General en la medida que su desconocimiento puede implicar la afectación de intereses no sólo de la justicia sino también de las partes e intervenientes en el proceso lo que podría ocasionar la disminución de la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y su des prestigio.

Concluye que las expresiones que se demandan deben ser interpretadas igualmente en forma sistemática y en armonía con el inciso 1 del artículo que los contiene y con el principio rector del artículo 27 de la Ley 906 de 2004 que establece que “ARTÍCULO 27. MODULADORES DE LA ACTIVIDAD PROCESAL. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.”

2. Fiscalía General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio, interveniente en este asunto y en su calidad de Fiscal General de la Nación, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Señala que el prestigio de la justicia y el evitar que incurra en descrédito ante la comunidad constituyen un límite constitucional y legal que determina la finalidad objetiva de cada actuación desarrollada por la Fiscalía en los preacuerdos y negociaciones en procesos penales. Por ende, la disposición demandada desarrolla el artículo 124 de la Carta, al determinar la forma de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos. Anota que cuando faltan las sustanciales notas de humanizar la actuación procesal y procurar una pronta y cumplida justicia es poco lo que se puede decir como elogio y mucho en reprobación de un estatuto. Expone que todas las democracias constitucionales necesitan tener y mostrar una justicia que no avergüence ni a los nacionales ni a la comunidad internacional. Agrega

que “El Código hace evidente al funcionario el sentido de que cada acto suyo puede engrandecer este nivel institucional, o postrarlo, según aplique con rectitud su normatividad o se aleje de éstas o las vulnere. Cuando aleja motivos fundados de crítica, la administración de justicia acrecienta su mérito, su renombre, su autoridad. (...)Cualquier codificación, en su diseño, debe incluir principios, finalidades y valores, según lo reconoce la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-395 de 1994...)...”.

3. Intervenciones de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anotan que se presenta la inconstitucionalidad por cuanto no atienden al sentido y fines del proceso penal que tiene como protagonista al ser humano, a su consideración absoluta, lejos de criterios que lo limiten a ser un medio de otros objetivos. Consideran que dichas directrices no pueden ser declaradas ajustadas a la Constitución al dar no sólo poderes omnímodos a dicho funcionario sino “por limitar la Nación colombiana a concepciones utilitaristas que están años luz de la dignidad del ser humano y el criterio democrático que nos inunda por completo desde el preámbulo de la Constitución. Solicitamos su declaratoria de inconstitucional, para evitar la intromisión de ideas y concepciones fascistas y antidemocráticas”.

4. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano intervintente en este asunto, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Aducen que si bien la alusión referida a las directrices impartidas por el Fiscal General no reviste de inconstitucionalidad alguna, sí se debe aceptar que frente a la referencia contenida en el artículo 348 parcial, debe realizarse un análisis adecuado en la medida que puede resultar atentatorio de la norma constitucional. Señalan que la alusión a fines

relacionados con el prestigio de la administración de justicia si bien pueden constituir una consecuencia del cumplimiento de sus fines, no pueden plantearse como sustento de su actuación por lo que su mención resulta un factor de desvío con la posibilidad de alejarla de sus objetivos primordiales que resulta inconstitucional no tanto por las razones expuestas por el actor sino por su evidente distanciamiento de los fines establecidos en los artículos 259 y 250, que finalmente son extensión de la norma constitucional. Las directrices del Fiscal General no pueden estar sujetas a razones de agrado o beneplácito de la comunidad sino que deben responder solamente a las funciones y propósitos establecidos por el Constituyente.

5. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la declaración de inexequibilidad de las expresiones acusadas. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Señalan que se privilegia el interés del Estado por encima del valor superior de la justicia sacrificando los objetivos de la administración de justicia a cambio del prestigio y credibilidad de la misma, por lo que los fiscales que celebren preacuerdos o negociaciones estarán sujetos a las directivas de las Fiscalía General y las pautas de política criminal incluso antes que a la Constitución y la ley. De igual manera, se contraría el artículo 2 de la Constitución, que establece dentro de los fines del Estado el garantizar por la efectividad de los principios y derechos, y por la defensa de la vigencia de un orden justo.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

Para el Ministerio Público no es procedente emitir un juicio sobre la constitucionalidad de la expresión “a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento” por lo que solicita la inhibición ya que la argumentación del actor no se ajusta al parámetro de especificidad del concepto de la violación en la medida que restringe la sustentación al afirmar con insistencia que viola la dignidad humana por cuanto instrumentaliza al hombre y lo pone exclusivamente al servicio del Estado sin considerar la realización de la justicia, sin que el ciudadano se ocupe de desarrollar dicho cuestionamiento, es decir, de exponer las razones por las que considera que se produce esa instrumentalización y de qué modo tiene lugar. Anota que no se expresa un razonamiento mínimo demostrativo del cargo enunciado.

Recalca que al margen de esta solicitud, la positivización de ese deseo compartido de enaltecer a la administración de justicia penal y promover en los fiscales el valor del compromiso institucional no riñe per se con la Constitución, si se actúa con sujeción a ella.

Respecto de la acusación formulada contra la primera expresión, es decir, “las directivas de la Fiscalía General de la Nación y”, se habrán de tener en cuenta las mismas consideraciones realizadas respecto del numeral 1 del artículo 142 de la ley acusada.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

Extensión de las consideraciones realizadas en el punto 2. de esta decisión, al mismo cargo formulado contra la expresión “las directivas de la Fiscalía General de la Nación” e ineptitud sustancial de la demanda respecto de la expresión “a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”

1. En cuanto a las expresiones demandadas “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, el actor se limita a remitirse a los mismos argumentos expuestos en esta demanda cuando acusó frase similar contenida en el numeral 1 del artículo 142 de la ley estudiada.

Como la expresión demandada en esta última disposición legal, es decir, la referente al numeral 1 del artículo 142 de la Ley 906, es “respetando las directrices del Fiscal General de la Nación”, debe indicarse por la Corte que las consideraciones expuestas por esta Corporación sobre dicha frase en el punto número 2 de esta Sentencia, son extensibles a la presente normatividad acusada en la medida que los vocablos “directivas” y “directrices” son términos sinónimos. Por lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, por los cargos formulados por el actor.

2. Ahora, respecto de los argumentos expuestos por el actor en cuanto a la expresión “a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, esta Corte habrá de inhibirse por ineptitud sustancial de la demanda, conforme a lo considerado y solicitado por el Procurador General de la Nación.

En efecto, encuentra la Corte que los argumentos expuestos por el ciudadano no cumple con las previsiones del numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, al no exponer razones de constitucionalidad que resulten específicas y suficientes.

Así se tiene en la medida que el actor no expresa un razonamiento mínimo demostrativo de las afirmaciones que realiza que le permitan al juez constitucional disponer al menos de un cargo concreto de inconstitucionalidad y que además resulte suficiente. Las consideraciones generales que realiza el actor soportándolas en el principio de dignidad humana no son objeto de desarrollo, es decir, como lo anota la Procuraduría General de la Nación, no se exponen “las razones por las que considera que se produce esa instrumentalización y de qué modo tiene lugar”.

Por lo anterior, esta Corte habrá de inhibirse para proferir fallo de fondo sobre la expresión “a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, por ineptitud sustancial de la demanda.

7. Artículo 350, numeral 2, parcial

a) Texto de la norma acusada

“ ARTÍCULO 350. PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”

b) Fundamentos de la demanda

El actor considera que la frase acusada “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” viola el artículo 29 de la Constitución en cuanto al principio de taxatividad, pues, “le permite al fiscal que conozca del asunto tipificar la conducta con miras a disminuir la pena”, lo cual trae consecuencias por cuanto ya no será la conducta la que se adecue a la norma, sino la conducta que se adecue al querer del fiscal, de tal forma que se pueda disminuir la pena.

Anota que los funcionarios judiciales no tipifican conductas por cuanto dicha labor compete al legislador. Lo que hacen es un proceso de adecuación típica de las conductas humanas que es algo bien distinto. Recalca que al permitirse que sea el fiscal quien tipifique la conducta se viola el principio de taxatividad y, así mismo, se consagra el aumento de los poderes de la Fiscalía General “lo que traduce una decisión política de gran significancia que es muy reveladora de la concepción de Estado que se quiere”. Recuerda que la transferencia al fiscal de la facultad de tipificar la conducta por fuera de la taxatividad “no es más que admitir y aumentar el poder hegemónico que la Fiscalía tiene y, de paso, reducir a los jueces en las labores que hasta ahora habían desarrollado. Esta es otra manera velada de dar aplicación al principio de oportunidad, convirtiendo al juez en una especie de servidor público con funciones notariales.”

Señala que lo más grave es que el esfuerzo del legislador al tipificar una conducta y señalarle una pena queda sin sentido “en razón de una norma de carácter procesal que autoriza al fiscal para ‘tipificar la conducta..con miras a disminuir la pena.’” De igual manera, se citan varias decisiones de esta Corte, C-1144/00, C-133/99, C-559/99 y C-843/99, para resaltar que en virtud del principio de taxatividad la definición de las conductas punibles corresponde al legislador y no a los jueces ni a la administración. Así mismo, expone una serie de consideraciones sobre el nuevo sistema procesal penal que no comparte.

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las

expresiones acusadas.

Al efecto, señala que el actor hace una interpretación equivocada del numeral acusado puesto que la expresión “tipifique” se refiere a la calificación de la conducta como se tiene de la intervención del Fiscal General en una de las sesiones de la Comisión Constitucional Redactora. No se viola entonces los principios de taxatividad y determinación ni tampoco el Fiscal va más allá de la Constitución y de la ley ya que en el Estado social de derecho todas las competencias se encuentran regladas sin que los fiscales sean la excepción, por lo que están sujetos al principio de legalidad. Además, los preacuerdos y negociaciones tienen un control judicial del juez de control de garantías y de la causa.

2. Fiscalía General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio, interveniente en este asunto y en su calidad de Fiscal General de la Nación, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del numeral acusado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Para el interveniente el actor repite su rechazo al establecimiento por la Constitución del sistema penal acusatorio, que demuestra en su ataque a los preacuerdos y negociaciones, formas de hacer efectivo dicha sistema penal en los cuales por definición se flexibiliza la obligatoriedad de la persecución penal a cambio de lograr una pronta y cumplida justicia. Anota que sólo al actor se le ocurre que por no haberse empleado una determina manera de expresión, que es la que prefiere, se han desplazado las atribuciones del legislador al fiscal para crear, suprimir o degradas delitos. Sostiene que “Por lo mismo que un procedimiento de índole acusatoria tiene por esencia la flexibilización del régimen de legalidad absoluta e inquebrantable vigente en el sistema anterior, por ello, se permite consensuar la imputación o la acusación y hasta variar, en cuanto a cargos y demostración de los mismos, el desarrollo del juicio oral. Pero siempre con la limitación de mantenerse un grado de punición mínimo que no puede ser inferior a la mitad de la pena imponible, si al formularse la imputación su aceptación es total (art. 351, inciso 1), o la disminución punitiva alcanza una tercera parte de la misma, si ocurre al conocerse la acusación y hasta el interrogatorio que antecede al juicio oral (art. 352, inc. 2), o en una sexta parte si en este se reconoce culpable (art. 367, inc. 2). Pero cuando la admisión se expresa de manera parcial, es en este ámbito en donde los

acuerdos y negociaciones aparecen y exhiben su decisiva importancia, al punto que, conforme lo señala el artículo 350, la imputación (y otro tanto puede ocurrir con la acusación) elimine uno o varios de los cargos; o se elimine la única agravación advertida, o se desaloje parte de las agravaciones concurrentes, todo con repercusión sobre la pena”.

Concluye en que los beneficios punitivos son los contrapesos de ley derivados de la renuncia del titular de los derechos del garantismo penal y la consecuencia de la política criminal del sistema acusatorio, donde el Estado cede su poder punitivo en garantía de una pronta y cumplida justicia.

3. Intervenciones de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad del numeral demandado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Señalan que no se puede tipificar ninguna conducta y la adecuación debe sujetarse a la legalidad como género. Se desconoce el artículo 29 de la Carta, al permitirse este criterio ya porque hasta el mismo derecho de defensa resulta violado con la indeterminación de la conducta investigada y sancionada, más si se admite que sea el fiscal quien la tipifique lo cual desconoce la Constitución al entregar atribuciones exorbitantes al fiscal, más de las que posee. Agrega que se está dejando en manos de la función judicial, un proceso exclusivo del legislador, “y la adecuación, no puede quedar sujeta a negociaciones para entrar a establecer si por cuenta de un acuerdo sea mejor tener un delito distinto al que realmente se cometió, lo cual reinventaría toda la dogmática penal para formarla de un solo golpe, a plumazo limpio, sin siquiera análisis que llevan cientos de años en la doctrina y decantación jurisprudencial”. Anota que el depositario de la legalidad en cuanto a su aplicación directa es el legislador por la capacidad de la ley para advertir y dar el marco general a la capacidad sancionadora del Estado. La reserva de ley es infranqueable para lograr eficiencia .

4. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano intervintente en este asunto, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la

exequibilidad del numeral acusado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Sostiene que aún cuando la alusión es inapropiada no constituye una vulneración del principio de reserva legal ni de legalidad ya que el verdadero sentido es que se debe realizar un juicio de adecuación típica por parte del fiscal como requisito para las negociaciones y preacuerdos en la medida que se hace necesario máxime cuando se trata de concretar las formas de aceptación de cargos, pues, el imputado debe tener certeza del delito cuya responsabilidad aceptará y de la pena que se le podría imponer en virtud del mismo.

5. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la declaratoria de inexequibilidad del numeral acusado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Ministerio Público señala que aunque la argumentación de la demanda carece de coherencia y concreción lo que podría dar lugar a un fallo inhibitorio, atendiendo el carácter público de esta acción y bajo el entendimiento que el cuestionamiento está dado en abandonar al fiscal el proceso de tipificación relevándolo de la obligación de ajustar la conducta a los tipos definidos por el legislador en el Código Penal, concluye que el numeral acusado resulta exequible.

Expresa que si bien desafortunadamente se utiliza el término “tipifique”, que puede dar lugar a confusión en el lector desprevenido, no atribuye al fiscal la potestad de configurar conductas delictivas, ya que el sentido de la disposición es indicar que cuando el acuerdo se celebra desde la audiencia de formulación de la imputación hasta antes de presentarse el escrito de acusación en donde se concretan los cargos, el fiscal debe realizar el proceso de adecuación típica de la conducta investigada en el preacuerdo que tiene los efectos de escrito de acusación, por cuanto así lo impone el principio acusatorio.

Se trata así de una forma de aplicar una disminución punitiva por la terminación anticipada o

temprana del proceso que facilita la administración de justicia y realiza los principios de eficiencia o eficacia. Por ende, “cuando el fiscal modifica la adecuación típica de la conducta con ocasión del acuerdo, debe hacerlo atendiendo los parámetros fijados por la ley, es decir, atribuyendo el delito señalado al formular la imputación, pero en condiciones que permitan la disminución de la pena, o acusándolo por ‘uno relacionado de pena menor’, dado que los preacuerdos no son medios para suplir elementos de juicio, como lo estima el demandante, sino para negociar, en el supuesto analizado, la atenuación de cargos a cambio de la renuncia al juicio. No puede el fiscal apartarse por completo del delito imputado para atribuir, con ocasión del acuerdo, uno diametralmente distinto, aquel siempre será su referente...”.

Agrega que desde el punto de vista de la proporcionalidad del mecanismo utilizado no se afecta los derechos y garantías procesales a favor de los imputados en la medida que la adecuación del fiscal se hace como parte del acuerdo celebrado con la otra parte del proceso, el imputado, para obtener una disminución material de la pena, que supone una voluntad libre en aquél. Además, las reparaciones efectivas pueden aceptarse por la víctima o rehusarse para acudir a otras vías judiciales. Tampoco se quebranta el principio de taxatividad ya que ni se ocupa de definir algún tipo penal, ni afecta la consagración clara de los ya enunciados en el Código Penal.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Problema jurídico

Como lo entiende la Procuraduría General de la Nación, el problema jurídico radica en determinar si la facultad otorgada al fiscal para que “Tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” desconoce la reserva exclusiva del legislador de configurar conductas delictivas y el principio de taxatividad penal (art. 29 de la Constitución) en la medida que la definición de las conductas corresponde al Congreso de la República por lo que no se puede abandonar en el querer del fiscal el proceso de tipificación con miras a disminuir la pena.

De igual manera, sobre las consideraciones de conveniencia que se realizan sobre el nuevo sistema procesal penal establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, la Corte no se pronunciaría atendiendo su incompetencia al respecto.

Conforme a lo anterior, esta Corte traerá a colación la jurisprudencia constitucional en materia de reserva legislativa y del principio de taxatividad penal, para así entrar a resolver el caso concreto.

2. Reserva legislativa en materia de tipificación de conductas punibles y alcance del principio de taxatividad penal

Como lo sostuvo la Sentencia C-420 de 200272, el legislador es el titular de la potestad de configuración normativa en materia de política criminal y, por ende, para la tipificación de conductas punibles:

“(...)el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático⁷³. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentales en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos.”

De igual manera, en la Sentencia C-205 de 200374, la Corte aludió a la reserva de ley en la creación de tipos penales en materia del principio de legalidad:

“4.2.1. Examen de constitucionalidad sobre el principio de legalidad.

En tal sentido la Corte, en sentencia C-599 de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro

Martínez Caballero consideró lo siguiente:

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente.”

El deber de observar la estricta legalidad comprende pues la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege prævia*); 4) la prohibición de delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)⁷⁶; 5) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*)⁷⁷; 6) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*)⁷⁸ y 7) el derecho penal de acto y no de autor.

En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.

De tal suerte que el legislador debe abstenerse de realizar una punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger.”

Más concretamente sobre el alcance de los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad penal en cuanto al debido proceso, esta Corte en Sentencia C-200 de 200279, sostuvo lo siguiente:

“3.3. El principio de legalidad en materia penal

En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”⁸⁰.

En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”⁸¹, los cuales define de la siguiente manera:

“ ...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”⁸²

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado⁸³, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.⁸⁴

(...)

En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional⁸⁵, haciendo énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena. Así ha dicho esta Corporación lo siguiente:

“13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del

constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”⁸⁶. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)⁸⁷.

15- Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale” sino que además la norma sancionadora “ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.⁸⁸”

16- La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad⁸⁹, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción,

que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal”⁹⁰ (Subrayas fuera de texto)

También, en cuanto a las funciones del legislador y del juez en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, la Corte en Sentencia C-173 de 2001⁹¹, reiteró:

“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley (artículo 6 C.P.). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P.)”

3. El caso concreto

En el presente caso, el numeral 2 del artículo 350 cuestionado, refiere expresamente a que el Fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal, entre otro, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal.

De la jurisprudencia constitucional reseñada, es claro que es el legislador el titular de la potestad de configuración de tipos penales, y, en consecuencia, es el facultado constitucionalmente crear conductas punibles con fundamento principal en los principios democrático y de separación de poderes.

Así mismo, en torno al entendimiento que debe darse a los principios de reserva legal y de

tipicidad o taxatividad de la pena en cuanto a la garantía constitucional del debido proceso, se ha indicado por la Corte que el principio de legalidad penal tiene dentro de sus dimensiones y alcances la más natural como es la reserva legal consistente en que la definición de las conductas sancionables compete al legislador y no a los jueces ni a la administración en virtud de que se persigue que la imposición de penas provenga de criterios establecidos por los representantes del pueblo “y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo”⁹².

De igual manera, el principio de legalidad en sentido lato o de reserva legal consistente en que la ley debe definir previamente los hechos punibles, como se expuso en dicha Sentencia⁹³, debe ser complementado con el principio de legalidad en sentido estricto también denominado “como el principio de tipicidad o taxatividad⁹⁴, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohíja, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal”⁹⁵.

Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo -preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal esta referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado,

aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

8. Artículo 449, inciso 2, parcial

a) Texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el texto del inciso 2, del artículo 449 de la Ley 906 de 2004, subrayando lo acusado:

“ARTÍCULO 449. LIBERTAD INMEDIATA. De ser absuelto de la totalidad de los cargos consignados en la acusación el juez dispondrá la inmediata libertad del acusado, si estuviere privado de ella, levantará todas las medidas cautelares impuestas y librará sin dilación las órdenes correspondientes.

Tratándose de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, la libertad se hará efectiva en firme la sentencia.”

b) Fundamentos de la demanda

El actor considera que el inciso acusado al establecer que en “Tratándose de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, la libertad se hará efectiva en firme la sentencia”, está disponiendo que un ciudadano absuelto por un juez especializado debe permanecer en prisión si el Fiscal o el Ministerio Público apela la sentencia y si la sentencia absolutoria es confirmada por el Tribunal Superior tampoco podrá obtener la libertad si dichas autoridades deciden interponer el recurso extraordinario de casación con lo cual se desconoce los artículos 13, 28 y 29 de la Carta, así como el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Alude a un tratamiento discriminatorio injustificado, exceptivo, con desconocimiento de la presunción de inocencia, a un proceso sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías mínimas entre las cuales se tiene la libertad como regla general y la detención como medida cautelar, y no al contrario como lo contempla el inciso demandado.

Concluye que “No es posible que en un Estado social de derecho como el que proclama nuestra Constitución se apruebe, por parte del Congreso de la República, una norma que establece discriminaciones odiosas propias de Estados autoritarios; tampoco resulta admisible una legislación que pretende sacrificar la presunción de inocencia para dar paso a razones de Estado inconcebibles, lo que convierte la privación de la libertad en la regla y la excarcelación en la excepción; mucho menos puede aceptarse el desconocimiento de la presunción de inocencia y su aliado inescindible del derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas”.

c) Intervenciones ciudadanas

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, en su calidad de ciudadano en ejercicio y actuando como apoderado

del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte declarar la exequibilidad del inciso acusado.

En efecto, sostiene que conforme al artículo 35 de la ley acusada, se atribuyó a los jueces penales de circuito especializados la investigación y juzgamiento de aquellas conductas que más alarma social causan y que, además, en la generalidad de los casos se realizan por integrantes de poderosas organizaciones criminales. Agrega que fue voluntad del legislador en ejercicio de su libertad de configuración disponer que cuando se esté ante delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, la persona absuelta de la totalidad de los cargos, su libertad se hará efectiva una vez en firme la sentencia como una medida encaminada a evitar que en casos de extrema gravedad no se presente impunidad “previendo que en la actuación procesal de primera instancia, puedan presentarse situaciones de intimidación o casos de corrupción protagonizadas por las organizaciones criminales a las cuales pertenecen los procesados puedan llevar a los funcionarios judiciales a tomar decisiones que no reflejen la realidad de los hechos, haciéndose necesario que éstas sean examinadas por los superiores jerárquicos a efectos de descartar situaciones de este tipo. No debe olvidarse que en el nuevo Código de Procedimiento Penal no se contempla la figura de la consulta...Por otra parte, el legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales bien puede establecer tratamientos diferentes ante situaciones distintas y tratamientos iguales ante hipótesis iguales, sin violar la igualdad...Por otra parte, la interpretación del inciso acusado debe hacerse en forma sistemática y en armonía con lo dispuesto en los artículos 21, 308 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y no en forma aislada como lo hace el actor”.

2. Fiscalía General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio, interviniente en este asunto y en su calidad de Fiscal General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad del inciso acusado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Como fundamento de su intervención señala que la disposición parcialmente demandada tiene soporte en el artículo 31 de la Constitución, que establece la posibilidad de apelar toda sentencia judicial. Agrega que es claro que la necesariedad de la norma acusada surge de

cumplir con la obligatoriedad de la persecución penal de delitos de tal magnitud que sus efectos nocivos superan las fronteras nacionales y que comprometen la responsabilidad internacional del Estado en caso de impunidad. Anota que “si de un lado hay una orientación normativa que trata de reducir las privaciones físicas de libertad, no es dable escandalizarse porque estos excepcionales casos atraigan un aditivo que marque cierta severidad, justificada, se repite, por las características del hecho y de ahí su adscripción a los jueces especializados del circuito. El artículo demandado necesariamente presupone que una o las tres circunstancias que imponen la medida de aseguramiento, se ha cumplido y ha sido tan acentuado el fenómeno que no da lugar a las de carácter no restrictivas de la libertad sino de su física pérdida. Esto permite que solo cuando esté en firme la decisión que ordena su recuperación, ésta se cumpla. La inconstitucionalidad, para darse, exigiría de un texto explícito en sentido contrario, que no existe y por tanto hay lugar a la previsión legal objetada con base en el principio de proporcionalidad. Contra este resulta improcedente invocar el de igualdad, que no entra en juego, y reduce su incidencia el relacionado con la presunción de inocencia, porque ésta, mediante el recurso introducido, está en vía de ganar su plena vigencia y eficacia”.

Señala que el fallo de absolución de primera instancia debe mirarse como un factor importante pero no definitivo en la cuestión y la presunción de inocencia así como tiene aspectos que le favorecen también recibe el contrapeso que la decisión no está en firme y se continúa discutiendo la materia.

3. Intervenciones de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala

Los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, intervenientes en este asunto, solicitan la declaratoria de inexequibilidad del inciso demandado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Anotan que la Corte no debe cambiar el criterio por el cual declaró inconstitucional una norma similar del ordenamiento procesal penal. Aducen que se presenta un trato discriminatorio de prelación de unos sindicados sobre otros por cuenta de la simple competencia. Agregan que “Por lo menos, la medida de aseguramiento debe tener una ponderación y se sabe que los criterios son objetivos y no subjetivos, pero hacer semejante

restricción, para suspender la libertad, siendo ésta un derecho fundamental cuyos límites estén justificados, la mera política criminal abstracta y difusa no lo puede ser. Se violan las disposiciones trascritas, y sujeta la libertad la disposición en comento a discusiones que pueden resultar incluso absurdas”.

4. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Juan Carlos Prias Bernal, ciudadano interveniente en este asunto, como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita declarar la inexequibilidad por desconocimiento del derecho a la igualdad, a la libertad y a la presunción de inocencia. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Considera que la restricción de la libertad en forma provisional durante el desarrollo del debate penal no implica la pérdida o desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia, ya que debe permanecer inmodificable hasta que se profiera una decisión judicial que demuestre que se ha desvirtuado tal presunción por lo que debe imponerse la sanción correspondiente a la conducta penal que se ha verificado. Expone que si la decisión es absolutoria “no existe razón ni fundamento alguno que le permita ni al legislador ni al operador judicial mantener privada de la libertad a aquella persona cuya inocencia permaneció incólume y ha sido declarada inocente mediante una sentencia judicial. Una decisión como la que se incorpora en el nuevo Código de Procedimiento Penal es absolutamente atentatoria de la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, puesto que desvirtuados los presupuestos para restringirlo a través de una decisión a la que arribó un juez de la República, luego del desarrollo del procedimiento y el recaudo de las pruebas, se arriba a la conclusión de la inexistencia de responsabilidad penal, por lo que no puede limitarse en forma alguna el derecho a la libertad pues se han perdido todos los supuestos para tal efecto al haberse reafirmado la inocencia del procesado”.

Aduce que se viola también el principio de igualdad ya que sin motivos fundados, serios y razonables y con un sustento claramente contrario a la Constitución en lo que tiene que ver con la presunción de inocencia se establece una diferenciación entre aquellas personas que son procesadas por los jueces especializados con las restantes que se someten al desarrollo de un proceso penal como imputados. Concluye que no puede existir un tratamiento

diferenciador entre personas que han obtenido una sentencia absolutoria proferida por un juez de la República como culminación de un proceso penal en el que la inocencia se ha demostrado y declarado judicialmente, pues, se pretermite claramente el derecho a la igualdad. Finalmente, se alude a la Sentencia de la Corte sobre la Ley 504 de 1999, que fue declarado inexequible en lo acusado.

5. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos intervenientes Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Rodríguez Mejía actuando en representación de la Comisión Colombiana de Juristas, solicitan la declaración de inexequibilidad del inciso acusado. El escrito fue presentado extemporáneamente por lo que se hará referencia de manera breve a su contenido.

Sostienen que las consideraciones realizadas por la Corte en la Sentencia C-392 de 2000, resultan aplicables al análisis del artículo demandado en esta oportunidad. La violación de los derechos a la igualdad y presunción de inocencia se evidencian ya que frente a una situación jurídica idéntica la consecuencia es distinta en función de delito sin que exista una razón que la justifique. Agregan que “Prolongar la detención cuando por una parte ya hubo una decisión judicial que desestimó las razones que llevaron a privar de la libertad a la persona procesada, y adicionalmente, esta persona recibe un trato discriminatorio en relación con quienes fueron juzgados por otro tipo de delitos, equivale a una detención arbitraria”. Agregan que se desconoce también el principio según el cual la libertad debe ser la regla general y la detención la excepción.

d) Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Ministerio Público solicita a la Corte declarar la inexequibilidad del inciso acusado. Como fundamento de su concepto señala que se reproduce el contenido normativo del artículo 27 de la Ley 504 de 1999, declarado inexequible por la Corte en Sentencia C-392 de 2000, lo que desconoce la prohibición contenida en el artículo 243 Constitucional, que prohíbe la reproducción de actos declarados inexequibles por razones de fondo, cuando subsisten en la Constitución las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma y la Carta.

Agrega que otra razón para declarar inexequible el inciso demandado es que “si bien desde

la óptica de la presunción de inocencia podría considerarse que la prolongación de la detención preventiva cuando aún no se encuentra en firme la sentencia absolutoria no riñe con la Constitución porque la norma no establece ni permite que se trate al sentenciado como si fuese condenado y estuviere cumpliendo una pena, si viola el derecho a la libertad personal, la cual, conforme a la Constitución y en un Estado social de derecho, sólo puede ser restringida mediante la detención preventiva en los casos expresamente previstos por el legislador y previa orden judicial". Agrega que si ha sido manifiesta en la sentencia absolutoria la ausencia de uno de tales presupuestos, resulta claro que el fundamento de la medida ha desaparecido y no puede el legislador prolongar sus efectos sin desconocer el derecho a la libertad personal. Tampoco encuentra fundamento para que el enjuiciado permanezca privado de la libertad luego de dictarse una sentencia absolutoria ya que no se tiene la expectativa que la medida sirva para la finalidad que la justifica.

Finalmente, solicita que la Corte se inhiba de resolver el cargo por violación del principio de igualdad ya que no se precisa por qué razón la norma contempla un trato discriminatorio. De entrar la Corte al análisis de la violación de esta disposición constitucional considera que no se desconoce cuando fija un régimen especial de libertad en la investigación y enjuiciamiento de determinadas conductas que por su especial connotación y gravedad tiene un trato punitivo y procesal proporcionalmente más severo.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Problema jurídico

Corresponde a la Corte examinar si las expresiones "Tratándose de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, la libertad se hará efectiva en firme la sentencia" desconocen la libertad personal, presunción de inocencia, la igualdad y el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas como también el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al disponer en opinión del actor que "un ciudadano absuelto por juez especializado deba permanecer en prisión si el Fiscal o el Ministerio Público apela la sentencia; pero si la sentencia absolutoria es confirmada por el Tribunal Superior tampoco podrá obtener la libertad si el Fiscal o el Ministerio Público deciden interponer el recurso extraordinario de casación".

Además, señala el actor que se presenta un tratamiento discriminatorio injustificado, exceptivo, con desconocimiento de la presunción de inocencia, a un proceso sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías mínimas entre las cuales se tiene la libertad como regla general y la detención como medida cautelar y no al contrario como lo contempla el inciso demandado. También indica que no resulta posible la aprobación de una norma que establece discriminaciones odiosas propias de Estados autoritarios, ni admisible una legislación que sacrifique la presunción de inocencia para dar paso a razones de Estado inconcebibles, al convertir la privación de la libertad en la regla y la excarcelación en la excepción, como tampoco puede aceptarse la violación de la presunción de inocencia y el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas.

La Procuraduría General de la Nación solicita la declaración de inexequibilidad del inciso acusado. Además, advierte el desconocimiento de la prohibición constitucional (artículo 243) de reproducir actos declarados inexequibles por razones de fondo cuando subsisten en la Constitución las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma y la Constitución.

La Corte examinará previamente si se ha configurado en este caso la cosa juzgada material.

2. Alcance de la cosa juzgada material por la reproducción del contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo. La inexequibilidad en el caso concreto

El inciso 2, del artículo 243 de la Constitución, refiere:

“ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

Al respecto, esta Corte en Sentencia C-774 de 200196, se refirió a la cosa juzgada material, en los siguientes términos:

“...la cosa juzgada material, “...se [presenta] cuando no se trata de una norma con texto

normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica...” 97.

Y, en cuanto al alcance de la cosa juzgada material cuando la norma ha sido declarada inexequible, esta misma decisión, señaló:

“Esta restricción tiene sustento en el artículo 243 de la Constitución Política, según el cual “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto declarado inexequible por razones de fondo...”. De este modo la reproducción integral de la norma, e incluso, la simple variación del giro gramatical o la mera inclusión de un elemento normativo accesorio por parte de legislador, no afecta el sentido esencial de la disposición, y entonces se concluye que sobre la misma opera el fenómeno de la cosa juzgada.

Cuando una disposición es declarada inexequible, la cosa juzgada material produce como efecto, una limitación de la competencia del legislador (ordinario o extraordinario), que le impide reproducir el contenido material de la norma que no se ajusta a la Carta Fundamental, y en el evento que ello ocurra la Corte debe proferir un fallo de inexequibilidad por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.”

Así mismo, la Corte, al interpretar dicha disposición constitucional, Sentencia C-039 de 200398, ha señalado que para la determinación de si un acto jurídico del legislador constituye una reproducción y se ha configurado una cosa juzgada material, es menester estudiar los siguientes elementos:

- “1. Que una norma haya sido declarada inexequible
 2. Que se trate de un mismo sentido normativo, esto es, que el contenido material del texto examinado sea similar a aquel que fue declarado inexequible por razones de fondo, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se inscribe la norma examinada, ya que su significado y sus alcances jurídicos pueden variar si el contexto es diferente;99
 3. Que el texto legal, supuestamente reproducido, haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual hace necesario analizar la ratio decidendi del fallo anterior;
- 100

4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de referencia en la sentencia anterior de la Corte.¹⁰¹

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material, en sentido estricto, y, en consecuencia, la norma reproducida, debe ser declarada inexequible, pues la cosa juzgada material limita la competencia del legislador para reproducir el contenido material de la norma contraria a la Carta Fundamental. Cuando el legislador desconoce esta prohibición, la Corte debe proferir un fallo de inexequibilidad por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

Esta disposición constitucional cumple varias funciones. Así, por ejemplo, propende por la seguridad jurídica en la medida en que la norma declarada inexequible no puede ser reintroducida en el ordenamiento jurídico. Además, garantiza el respeto por el Estado Social de Derecho puesto que el legislador ordinario o extraordinario debe respetar los límites fijados en la Constitución absteniéndose de reproducir lo que se ha considerado incompatible con ella. Igualmente, preserva la supremacía de toda la Constitución ya que “ninguna autoridad” constituida puede insistir en contradecir la Carta mediante la expedición de actos cuya inconstitucionalidad ya ha sido declarada. Finalmente, limita a la propia Corte Constitucional, puesto que exige que ésta sea consistente en las decisiones que impidieron al legislador adoptar determinada norma jurídica por ser contraria a la Constitución y, además, requiere que ésta sea explícita respecto a la ratio decidendi de sus sentencias, así como al fundamento constitucional de las mismas.

El antecedente de esta norma se encuentra en el Informe presentado en la Asamblea Nacional Constituyente por el Delegatario José María Velasco Guerrero, en el cual se dijo lo siguiente:

“Y ya desde entonces los fallos que el plenario de la Corte emite en ejercicio del control jurisdiccional, producen efectos universales, “erga omnes” y hacen tránsito a la (sic) juzgada constitucional. Por ello, el Gobierno ni el Congreso pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inexequible en el fondo, mientras subsistan en la Carta las mismas normas que sirvieron para confrontar la norma ordinaria en el texto superior. Si así no fuere, la Corte, por virtud de los imperativos universales que emanen de sus fallos de inexequibilidad, se convertiría en una pequeña asamblea nacional constituyente, en función

permanente.”¹⁰²

No obstante, la prohibición de reproducción del contenido material de una norma declarada inexequible no petrifica el derecho.¹⁰³ El legislador puede insistir en solucionar los problemas o en buscar los objetivos que lo llevaron a expedir una norma declarada inexequible, pero para hacerlo debe acudir a contenidos normativos diferentes a los declarados inexequibles que sean compatibles con la normatividad superior.¹⁰⁴ También puede el Congreso, cuando actúe como constituyente derivado, modificar las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento al fallo previo, como en efecto lo ha hecho en varias ocasiones,¹⁰⁵ lo cual representa, además, un control ejercido por el constituyente a las decisiones de la Corte Constitucional.”

“Artículo 27. El numeral 3º y el parágrafo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal quedarán así:

“Artículo 415. Causales de Libertad Provisional.

“3. Cuando se dicte en primera instancia preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.

“En los procesos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados la libertad provisional procederá siempre y cuando no se hubiere interpuesto recurso de apelación por parte del Fiscal Delegado o del agente del Ministerio Público. En el evento en que se hubiere interpuesto el recurso de apelación, la libertad provisional sólo se concederá una vez confirmada la decisión de primera instancia por el superior.

“En todo caso, si el recurso no se resuelve dentro de los treinta (30) hábiles siguientes, a partir del día en que entre al despacho del funcionario, se concederá la libertad provisional.

“Parágrafo. En los procesos que conocen los jueces penales de circuito especializados, para que proceda la libertad provisional, los términos previstos en los numerales 4º y 5º de este artículo se duplicarán. La inobservancia de los términos establecidos en este artículo se considerará falta gravísima y se sancionará con la destitución del cargo”.

Al respecto, esta Corte consideró:

“2.2.5. Causales de libertad provisional.

La norma del art. 27 establece que en los delitos que corresponda conocer a los Jueces Penales del Circuito Especializados, cuando se dicte en primera instancia preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, la libertad provisional no procede cuando se hubiere interpuesto recurso de apelación por el fiscal delegado o el respectivo agente del ministerio público, caso en el cual sólo será concedida “una vez confirmada la decisión de primera instancia por el superior”.

Además, allí se dispone que si el recurso no se resuelve dentro de los treinta días hábiles siguientes a partir de aquél en que entre al despacho del funcionario, se “concederá la libertad provisional”.

Finalmente, se establece que los términos señalados en los numerales cuarto y quinto del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en aquellos procesos de que conozcan los Jueces Penales del Circuito Especializados, “se duplicarán”, cuando por el vencimiento de los mismos en estos procesos se solicite la libertad provisional.

La libertad de configuración legislativa con respecto a las causales para la concesión de la libertad provisional, no es absoluta sino relativa, en tanto tiene como limitante las normas constitucionales.

En ese orden de ideas, la norma acusada, salvo su parágrafo, resulta contraria a la Carta Política, por cuanto:

Conforme al artículo 29 de la Constitución, una de las garantías mínimas a que tiene derecho el sindicado de cualquier delito, es la de la presunción de inocencia mientras judicialmente no se le declare culpable.

En este caso, si se produce una sentencia absolutoria, o se precluye la investigación, o se ordena la cesación del procedimiento conforme a la ley, a la presunción de inocencia que acompaña al sindicado, le sigue ahora una decisión judicial que la reafirma, lo que llevaría, como consecuencia lógica, a la concesión inmediata de la libertad.

Con todo, pese a ello, lo que la norma en cuestión ordena es que el sindicado permanezca privado de la libertad si la decisión judicial fue objeto de apelación por el fiscal delegado o

por el agente del ministerio público, mientras el recurso no se decida confirmando lo resuelto en primera instancia, lo que significa que la presunción de inocencia desaparece para prolongar indebidamente la privación de la libertad del procesado, lo que equivale a presumirlo culpable con ostensible quebranto del artículo 29 de la Carta, y con violación además, del artículo 28 de la Constitución, que instituye como regla general la libertad personal.

En cambio, considera la Corte que el parágrafo de la disposición acusada, en cuanto duplica los términos para efectos de la libertad provisional en los procesos de que conocen los jueces penales del circuito especializado se ajusta a la Constitución, por la circunstancia de que la Corte debe valorar la apreciación del legislador, en cuanto que la naturaleza propia de los delitos asignados a dichos jueces, las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ello ocurre y especialmente las dificultades para incorporar pruebas al proceso, pueden justificar una mayor laxitud de los términos procesales, lo cual, no conlleva una violación de los principios nucleares del debido proceso.”

Con fundamento en lo anterior, la Corte resolvió:

“Cuarto. Declarar INEXEQUIBLE el art. 27 de la ley 504/99, salvo su parágrafo que se declara EXEQUIBLE.”

El artículo ahora demandado se refiere a la libertad inmediata, y dispone:

“ARTÍCULO 449. LIBERTAD INMEDIATA. De ser absuelto de la totalidad de los cargos consignados en la acusación el juez dispondrá la inmediata libertad del acusado, si estuviere privado de ella, levantará todas las medidas cautelares impuestas y librará sin dilación las órdenes correspondientes.

Tratándose de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, la libertad se hará efectiva en firme la sentencia.”

Como se observa, los contenidos normativos de las dos disposiciones no son ni idénticos ni similares, y además la norma ahora demandada se encuentra enmarcada en un contexto diferente el nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, y expedida en virtud del

Acto legislativo 03 de 2002, por lo tanto faltan algunos elementos para que pueda configurarse en este caso la cosa juzgada material. Por lo tanto, la Corte abordará el estudio de fondo de la disposición demandada para lo cual tendrá como fundamento el precedente contenido en la sentencia C-392 de 2000 citada.

4. El caso concreto

Se tiene, entonces, que la Corte en la Sentencia C-392 de 2000107, que analizó algunas normas que regulaban la justicia especializada incluida la disposición sobre las causales de libertad provisional, resolvió que el artículo 27 de la Ley 504 de 1999, violaba al debido proceso -presunción de inocencia- y la libertad contenidos en los artículos 29 y 28 de la Constitución, en la medida que se prolongaba indebidamente la privación de la libertad de la persona a pesar de proferirse sentencia absolutoria, o preclusión de la investigación u ordenado la cesación del procedimiento conforme a la ley.

En efecto, dicha norma demandada y declara inexequible en los apartes correspondientes disponía que el sindicado permaneciera privado de la libertad si la decisión fuere objeto de apelación por el fiscal o el agente del ministerio, mientras el recurso no se decidiera confirmado lo resuelto en primera instancia.

En el presente caso, el inciso acusado refiere a que la libertad se hará efectiva, en tratándose de delitos de competencia de los jueces penales de circuitos especializados, una vez en firme la sentencia.

Así mismo, como se anotó dicho contenido normativo fue declarado inexequible en la Sentencia C-392 de 2000, por razones de fondo al desconocer el principio de presunción de inocencia y de la libertad personal previstos en los artículos 29 y 28 de la Constitución, que constituyeron el soporte para la declaración de inexequibilidad y que no sobra recordarlo subsisten actualmente en la Constitución Política. Lo anterior, aunque se hubiere expedido el Acto Legislativo 03 de 2002, que si bien introdujo cambios en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria, no se han modificado las garantías propias de la presunción de inocencia y de la libertad, reconocidas constitucional e internacionalmente y que resultan violadas con la norma demandada que dispone que tratándose de delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, la libertad se hará efectiva en firme la sentencia, al permitir que para ciertos delitos el acusado permanezca privado de la libertad

hasta que la providencia permanezca en firme, es decir, aún mientras se tramita el recurso de apelación de haberse propuesto.

Por lo anterior, esta Corte declarará la inexequibilidad del inciso 2 del artículo 449 de la Ley 906 de 2004.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión “Renunciar a los derechos contemplados en los literales...k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada”, contenida en el literal I) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, conforme a las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión “respetando las directrices del Fiscal General de la Nación”, contenida en el numeral 1 del artículo 142 de la Ley 906 de 2004.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, las expresiones “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía”, contenida en el numeral 2 del artículo 288 de la Ley 906 de 2004.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, contenida en el inciso 2 del artículo 348 de la Ley 906 de 2004 e INHIBIRSE de pronunciarse de fondo respecto de la frase “a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, por ineptitud sustancial de la demanda.

Quinto. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”,

contenida en el numeral 2 del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Sexto. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “Tratándose de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, la libertad se hará efectiva en firme la sentencia”, contenida en el inciso 2 del artículo 449 de la Ley 906 de 2004.

Séptimo. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-673 de 2005, respecto de los cargos formulados contra la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, contenida en el inciso 2 del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, en la cual se dispuso:

“Segundo.- (...); y exequible la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, por el cargo analizado, en el entendido de que la reserva de datos del informante no vincula al juez de control de garantías, ambas expresiones del inciso segundo del artículo 221 de la ley 906 de 2004.”.

Octavo. INHIBIRSE de proferir fallo de fondo respecto de las expresiones “incluso particulares” y “el particular” contenidas en los incisos 1 y 2 del artículo 242.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

CON SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACION DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

CON ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-1260 DE 5 DE DICIEMBRE DE 2005. (Expediente D-5731).

RESERVA DE IDENTIDAD DE INFORMANTE EN PROCESO PENAL-Alcance (Aclaración parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me veo precisado a aclarar el voto en cuanto hace referencia al alcance de la exequibilidad del inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004. En efecto, en la Sentencia C-1260 de 2005 se dispuso en el numeral 7º estar a lo resuelto en la Sentencia C-673 de 2005.

Como allí se afirma, existe cosa juzgada. Sin embargo, a mi juicio si bien es verdad que en la Sentencia C-673 se condicionó el artículo 221, inciso segundo del actual Código de Procedimiento Penal para declararlo exequible “en el entendido de que la reserva de datos del informante no vincula al juez de control de garantías”, ello significa, adicionalmente, que en la audiencia ante el juez de control de garantías, no puede privarse a los sujetos procesales y muy especialmente al sindicado de conocer la identidad del informante, de interrogarlo y contra interrogarlo por cuanto se trata, simplemente, de un testigo y en consecuencia su declaración se encuentra sometida a la publicidad y a la contradicción de la prueba conforme al artículo 29 de la Carta Política, precisión que debería haberse incluido en la parte motiva de la sentencia a la cual se refiere esta aclaración de voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

SALVAMENTO Y ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-1260 DEL 2005 DEL MAGISTRADO
JAIME ARAUJO RENTERIA

Referencia: expediente D-5731

Demandada de constitucionalidad contra los artículos 8, literal 1), parcial; 142, numeral 1, parcial; 221, inciso 2, parcial; 242, incisos 1 y 2, parciales; 288, numeral 2, parcial; 348, inciso 2, parcial; 350, numeral 2; y 449, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la mayoría, me permito presentar salvamento y aclaración de voto a esta decisión, respecto de los artículos acusados de la Ley 906 de 2004, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En relación con el numeral primero de la parte resolutiva de la presente decisión, que

declara la exequibilidad del artículo 8 literal I), de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva de la sentencia, me permito aclarar mi voto, en cuanto considero que por tratarse de la renuncia de derechos, necesariamente el juez debe inquirir sobre dicha renuncia para garantizar los derechos del imputado.

2. Respecto del numeral segundo de esta decisión que declara exequible el artículo 142, numeral 1, por los cargos formulados en la demanda, me permito presentar aclaración de voto en relación con el alcance de la atribución de fijar directrices conferida al señor Fiscal General de la Nación, por cuanto, en mi concepto, ello es violatorio del principio de autonomía judicial que debe aplicarse al fiscal de inferior jerarquía, por las siguientes razones:

2.1 Este problema de nuestro sistema penal obedece, en mi concepto, a la mezcla acrítica de los modelos de sistemas penales “administrativos” y “judiciales”. Una Fiscalía administrativa, no judicial, como el sistema de los Estados Unidos, ofrece la garantía que cuando se van a afectar derechos fundamentales se acude al juez, y el fiscal tiene necesariamente que pedir orden judicial. En este sistema, los ciudadanos tienen la garantía de que los derechos no se afectan sino con previa autorización del juez.

En el otro sistema, donde la Fiscalía es judicial, como por ejemplo en Italia, el postulado general es que no existe un mandato de obediencia o de subordinación jerárquica entre los fiscales, sino que rige el principio de autonomía judicial para los fiscales inferiores respecto de los superiores. Este sistema constituye también una garantía porque se respeta al juez natural, el cual no está subordinado, ni lo pueden orientar o influenciar en la investigación, ni hay inherencias indebidas por parte de funcionarios superiores. A mi juicio, nuestra Fiscalía debería funcionar de conformidad con este principio de independencia por cuanto hace parte de la rama judicial.

En mi criterio, el sistema penal colombiano acogió los vicios pero no así las virtudes de los dos sistemas penales mencionados anteriormente, puesto que por un lado no se tiene siempre la garantía del juez, otorgándole funciones judiciales a la Fiscalía, y por otro, la Fiscalía no tiene la independencia propia de la rama judicial, aunque hace parte de ella, ya que se le han concedido poderes y facultades excesivas al Fiscal General de la Nación para dirigir, coordinar y marcar directrices a los fiscales inferiores, lo que es, a mi juicio,

claramente violatorio de la autonomía de estos últimos. Así nuestro sistema, no tiene ni la garantía del sistema norteamericano, porque no cuenta siempre con el control del juez, pero tampoco tiene la independencia, esto es, la autonomía de los fiscales. Esta es la razón, del por qué en mi concepto, el sistema penal colombiano se encuentra en el peor mundo posible: porque tiene lo malo tanto del sistema administrativo como del sistema judicial, en razón a que no cuenta con la garantía del juez, pero tampoco con la independencia necesaria del funcionario judicial.

2.2 De otra parte, considero necesario hacer aquí mención de la razón última de teoría y filosofía del derecho que explica mi posición en relación con este punto. Esta razón se encuentra en la teoría de Adolfo Merkl y Hans Kelsen quienes sostienen que en realidad en el Estado existen solamente dos funciones: la aplicación inmediata de la Constitución, y la aplicación mediata e inmediata de la Constitución y de la ley. Así la función legislativa, constituye la aplicación inmediata de la Constitución. Las otras dos funciones, tanto la ejecutiva como la judicial, corresponden a la aplicación tanto inmediata como mediata de la Constitución y la ley. Así, la función ejecutiva se refiere a la aplicación inmediata de la ley, mientras que la función judicial hace mención a la aplicación mediata de la Constitución y la ley.

La diferencia entre estas dos formas de aplicación de la ley se encuentra finalmente en el principio del mando de jerarquía. En consecuencia, el principio que rige la administración es el principio de mando-obediencia, esto es, de subordinación jerárquica. Por el contrario, en la rama judicial el principio que rige es la independencia y la autonomía del juez, el juez es libre, y sólo se encuentra atado o sujeto a la Constitución y a la ley. En nuestro ordenamiento este principio se encuentra consagrado en los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional.

Por tanto, es claro a mi juicio, que el principio de independencia y autonomía es el que debe regir a la rama judicial, a la cual pertenece la Fiscalía, lo cual encuentra su explicación teórica y filosófica en la diferenciación entre las dos funciones existentes en el Estado: por un lado, la aplicación inmediata de la Constitución y, por el otro, la aplicación inmediata y mediata de la Constitución y de la ley. Los dos últimos se rigen respectivamente por el principio administrativo y el principio de independencia.

Por estas razones, no estoy de acuerdo con las facultades de fijar directrices otorgadas al Fiscal General de la Nación, por cuanto en mi concepto, esto viola la autonomía del fiscal de inferior jerarquía, y da lugar a discrecionalidad y abuso por parte del Fiscal General. En este sentido, en cuanto la Fiscalía pertenece a la rama judicial debe respetar, en mi concepto, el principio de independencia de los fiscales en su calidad de funcionarios judiciales.

4. En lo que toca con el numeral cuarto de la parte resolutiva de la presente decisión, que declara exequible por los cargos formulados, la expresión “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, y se inhibe de fallar de fondo, frente a la expresión “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, contenidas en el inciso 2 del artículo 348, me permito presentar aclaración de voto en relación con el alcance de la facultad conferida al Fiscal General de la Nación, por las mismas razones anteriormente expuestas en el numeral segundo del presente escrito.

5. En relación con el numeral quinto de esta decisión, que declara la exequibilidad condicionada, por los cargos formulados, de la expresión acusada del numeral 2 del artículo 350, me permito aclarar mi voto, por cuanto considero que en respeto de las normas constitucionales y especialmente del principio de legalidad en el que se basa toda la dogmática penal, hay que precisar unos límites a esa adecuación que realiza el fiscal, argumento que fue acogido en su momento por esta Corte a través del condicionamiento de la exequibilidad del numeral acusado.

Sostengo por tanto la tesis, de que el condicionamiento de la exequibilidad de la norma acusada es necesario, en razón a que la norma tiene dos interpretaciones. De un lado, puede entenderse que la Fiscalía reemplaza al legislador; de otro, que el Fiscal tiene límites por cuanto la adecuación del tipo penal no puede ir en contra de los derechos ni del Código Penal.

6. Finalmente y respecto del numeral octavo de la sentencia que nos ocupa, que se inhibe de proferir fallo de fondo respecto de las expresiones acusadas contenidas en los incisos primero y segundo del artículo 242, me permito salvar mi voto, por cuanto considero que sí existía un cargo de constitucionalidad para entrar a fallar de fondo en el sentido de declarar inexequibles las expresiones acusadas.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Pueden consultarse también las sentencias C-224 de 2004 y C-040 de 2004.

3 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Cfr. Corte Constitucional. C-560 del 6 de noviembre de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

5 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

7 Ley 906 de 2004, art. 348

8 Ley 906 de 2004, arts. 350 y 351

9 Ley 906 de 2004, art. 351

10 Ley 906 de 2004, art. 351 inc. 3

11 Ley 906 de 2004, art. 352

12 “ “ “ “ , art. 351 inc. 5

13 “ “ “ “ , art. 131

14 “ “ “ “ , art. 367

15 “ “ “ “ , art. 368

16 “ “ “ “ , art. 368

17 “ “ “ “ , art. 349

18 “ “ “ “ , art. 351 inc. 6

19 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 Sent. T-458/94 M.P. Jorge Arango Mejía

22 Sent. C-053/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

23 M.P. Jaime Araujo Rentería.

24 Ediciones jurídicas Olejnik y J.M. Bosch Editor. Pág. 21.

25 ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien 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.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

26 C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

27 C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

28 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

29 Sentencia C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido, ver sentencia C-034 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía).

30 Artículo 228: “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

31 Artículo 230: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. // La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

32 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

33 Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

34 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

35 Cfr. Sentencia C-1643 de 2000

36 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

37 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

38 Sentencias C-037 de 1996 MP Vladimiro Naranjo Mesa; C- 873 de 2000, MP Manuel José Cepeda Espinosa; C- 775 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis; C-1092 de 2003 MP Álvaro Tafur Galvis.

39 Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

40 C-873 de 2003 y C - 1092 de 2003

41 El pronunciamiento que la Corte realizó sobre el artículo 30 de la Ley 270 de 19996, a cerca de las potestades reglamentarias, limitadas , de la Fiscalía General de la Nación , se orientó a destacar el estatus especial que el artículo 249 C.P. confiere a la Fiscalía en relación con los otros órganos pertenecientes a la rama judicial del poder público, estos sí sometidos a la potestad reglamentaria del Consejo Superior de la Judicatura en los términos del Art. 257.3 C.P.

42 Diccionario de la Lengua Española.

43 Diccionario Enclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas.

44 Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Manuel Osorio.

45 Vocabulario Jurídico. Asociación Henri Capitán. Temis.

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

47 Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

48 Ver sentencia C-591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

50 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

51 Sentencias C- 683 de 1996; C- 392 de 2000 y C- 251 de 2002.

52 Con salvamento de voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

53 Sentencia C- 053 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

54 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

55 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-568 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte se declara inhibida para resolver la demanda en contra de los artículos 125, 129, 130 y 131 de la Ley 106 de 1993, puesto que la demandante no estructuró el concepto de la violación de los preceptos constitucionales invocados.

56 Estos son los defectos a los cuales se ha referido la jurisprudencia de la Corte cuando ha señalado la ineptitud de una demanda de inconstitucionalidad, por inadecuada presentación del concepto de la violación. Cfr. los autos 097 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y 244 de 2001 (M.P. Jaime Cordoba Triviño) y las sentencias C-281 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-519 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-013 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Gálvis), C-380 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-177 de 2001 (M.P. Fabio Morón Díaz), entre varios pronunciamientos.

57 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte se declara inhibida para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del Decreto Ley 1228 de 1995, por demanda materialmente inepta, debido a la ausencia de cargo.

58 Cfr. la Sentencia C-447 de 1997, ya citada.

59 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-504 de 1993; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz. La Corte declaró exequible en esta oportunidad que el Decreto 100 de 1980 (Código Penal). Se dijo, entonces: “Constituye un error conceptual dirigir el cargo de inconstitucionalidad contra un metalenguaje sin valor normativo y, por tanto, carente de obligatoriedad por no ser parte del ordenamiento jurídico. La doctrina penal es autónoma en la creación de los diferentes modelos penales. No existe precepto constitucional alguno que justifique la limitación de la creatividad del pensamiento doctrinal – ámbito ideológico y valorativo por excelencia -, debiendo el demandante concretar la posible antinomia jurídica en el texto de una disposición que permita estructurar un juicio de constitucionalidad sobre extremos comparables”. Así, la Corte desestimaba algunos de los argumentos presentados por el actor que se apoyaban en teorías del derecho penal que reñían con la visión contenida en las normas demandadas y con la idea que, en opinión del actor, animaba el texto de la Constitución.

60 Cfr. Ibíd. Sentencia C-447 de 1997.

61 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-269 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Este fallo que se encargó de estudiar la Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 61 de 1993 artículo 1º literales b y f, es un ejemplo de aquellos casos en los cuales la Corte desestima algunos de los cargos presentados por el actor, puesto que se limitan a presentar argumentos de conveniencia.

62 Son estos los términos descriptivos utilizados por la Corte cuando ha desestimado demandas que presentan argumentos impertinentes a consideración de la Corte. Este asunto también ha sido abordado, además de las ya citadas, en la C-090 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-357 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C, 374 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) se desestiman de este modo algunos argumentos presentados por el actor contra la Ley 333 de 1996 sobre extinción de dominio, C-012 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-040 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-645 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-876 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-955 de 2000 (M.P.)C-1044 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-052 de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Gálvis), C-201 de 2001 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

63 C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

64 C-913 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

65 C-176 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

66 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

67 En este sentido, en la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo se expresó: "...mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. (sic) Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales -defensa y acusador- ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el

tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.// Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual..."

68 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

69 "Artículo 290. Derecho de defensa. Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código".

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

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

71 "Encyclopedia of Crime and Justice. Stephen A. Saltzburg, Discovery, 1984. Vol II pp. 617-623, citado por "Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal", Oscar Julián Guerrero Peralta, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 282

72 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

73 Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: "Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el

fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarlos los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica". Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinoza.

74 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

75 Ver al respecto las siguientes sentencias: C-996 de 2000 y C-939 de 2002.

76 Roxin, C., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 140. En el mismo sentido, puede citarse la siguiente obra: Mir Puig, S., Derecho Penal. Parte General. Barcelona, quinta edición, 2002, p. 75.

77 Ferrajoli, L, ob.cit, p. 467.

78 Ibídem, p. 468.

79 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

80 Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Cordoba Triviño

81 Ver Sentencia C-739/00 M.P. Fabio Morón Diaz.

82 Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal", Edit.

Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

84 Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

85 Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

86 Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3. Ver igualmente, entre otras, las sentencias C-127 de 1993. C-2465 de 1993 y C-344 de 1996.

87 Ver igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15-1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9, aprobados por nuestro país mediante las leyes 74 de 1968 y 16/72, respectivamente.

88 Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3

89 Al respecto, ver por todos, Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, párrafos 6.3., 9 y 28.

90 Sentencia C-559/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

91 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

92 C-200 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

93 C-200 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

94 Al respecto, ver por todos, Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, párrafos 6.3., 9 y 28.

95 Sentencia C-559/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

96 M.P Rodrigo Escobar Gil. Puede consultarse también en este mismo sentido las sentencias C-228 de 2002, C-036 de 2003,C-096 de 2003 y C-1114 de 2003.

97 Sentencia C - 427 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

98 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en la Sentencia C-096 de 2003.

99 Ver entre otras las sentencias C-427 de 1996. MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte señaló que el fenómeno de la cosa juzgada material se da cuando se trata, no de una norma cuyo texto normativo es exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino cuando los contenidos normativos son iguales; C-551 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis, donde la Corte declaró que había ausencia de cosa juzgada formal o material respecto de los artículos 16 numeral 1° y artículo 17 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, pues no se trataba de contenidos normativos idénticos; C-1064/01, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, donde la Corte examinó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con omisiones legislativas.

100 Corte Constitucional, C-774 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, donde la Corte analizó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

101 En la sentencia C-447 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte sostuvo que “la cosa juzgada material no debe ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente. Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica - pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. (...) Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.”

102 Cfr. Gaceta Constitucional N° 36, de abril 4 de 1991, página 26.

103 Los casos de reproducción material de normas declaradas inexequibles son excepcionales. Ver, por ejemplo, las sentencias C-311 de 2002, MP: Manuel José Cepeda; C-255 de 1995, MP: Jorge Arango Mejía.

104 Ver, por ejemplo, la sentencia C-551 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis, ya citada.

105 La más reciente es el Acto Legislativo No. 1 de 1999, que eliminó los incisos 5 y 6 del artículo 58 Superior, que establecían la posibilidad de expropiación sin indemnización por razones de equidad. Durante la vigencia de estos dos incisos, la Corte declaró la inexequibilidad de las cláusulas de los tratados bilaterales de inversión extranjera que establecían la obligatoriedad de la indemnización en todos los casos. Ver la sentencia C-358 de 1996, MP: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, en donde la Corte analiza la constitucionalidad de un convenio de inversión extranjera que establece la obligatoriedad de indemnización en los casos de nacionalización y expropiación. La Corte declara la inexequibilidad de dicha cláusula por considerar que era contraria al inciso 5 del artículo 58 de la Carta que permitía la expropiación sin indemnización por razones de equidad. Además de este acto legislativo, se pueden mencionar otros desde los primeros años de vigencia de la Carta, como el Acto Legislativo No. 2 de 1995, por medio del cual se adicionó el artículo 221 de la Constitución Política en relación con la integración de cortes o tribunales militares. Con anterioridad a este Acto Legislativo la Corte declaró la inexequibilidad de normas relativas a la justicia penal militar ejercida por militares en servicio activo. Ver, por ejemplo, las sentencias C-141 de 1995, MP: Antonio Barrera Carbonell; C-399 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero; y C-444 de 1995, MP: Carlos Gaviria Díaz.

106 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

107 M.P. Antonio Barrera Carbonell.