

#### SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Características/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Objetivo

El nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento penal, adoptado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, modificadorio de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, tiene como puntos más sobresalientes la introducción de un nuevo modelo de proceso penal basado en la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; la creación de la figura del juez de control de garantías; la consagración del principio de oportunidad y el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación. En cuanto a sus objetivos: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación; (ii) propiciar un juicio público, pleno de garantías, oral, contradictorio, concentrado y con intermediación en la incorporación y práctica probatoria; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante un sistema procesal basado en la oralidad, que garantice el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por el de la producción de la misma dentro del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; y (vii) dar función efectiva a la figura del juez de control de garantías.

#### SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Actuación de la Fiscalía General de la Nación bajo la vigilancia del juez de control de garantías/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Limitaciones y restricciones de derechos fundamentales por la Fiscalía sujetas a control de juez de control de garantías

En el diseño constitucional del nuevo proceso penal la Fiscalía General de la Nación no puede actuar a su arbitrio en el ejercicio de sus funciones de investigación y acusación, ya que cuando su actuación compromete derechos fundamentales, debe someterse a la supervisión del juez de control de garantías, a quien corresponderá verificar si las medidas adoptadas por el ente investigador implican o no afectación de derechos fundamentales, pues en principio toda medida de investigación que sea restrictiva de tales derechos debe estar precedida de autorización de dicho juez

#### SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Deberes y atribuciones de la defensa/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Equilibrio e igualdad de oportunidades de las partes/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Principio de igualdad de armas o igualdad de posiciones

En el sistema penal acusatorio la labor del defensor sufre transformación, aunque conserva su rol tradicional de asistir personalmente al imputado desde su captura, interponer recursos, interrogar y contra interrogar testigos y peritos en audiencia pública, sin perjuicio de las garantías establecidas directamente en favor del imputado por la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En el nuevo sistema la defensa goza del derecho de controvertir los elementos de prueba presentados por la parte acusadora en contra del imputado y, con tal fin, puede acceder a la evidencia, recolectar información y acudir, si es necesario, a los medios técnicos de que disponga el Estado, si carece de recursos económicos o ante la inexistencia de alternativa. En el nuevo proceso penal se realiza una distribución de cargas procesales, pues el imputado y su defensor han de ser diligentes en aportar elementos de juicio que sustenten su teoría del caso y confronten la versión del ente acusador, trabándose así una verdadera contención en la que se hace indispensable asegurar a los enfrentados equilibrio e igualdad de oportunidades sin

desfigurar, claro está, el perfil constitucionalmente asignado a cada una de las partes. Con tal fin, se incorporó el principio de igualdad de armas o igualdad de posiciones que, como lo ha señalado esta Corte, constituye una de las características sobresalientes de los sistemas penales de tendencia acusatoria donde los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Justificación del equilibrio e igualdad de oportunidades de las partes/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Fortalecimiento de la capacidad investigativa de la defensa**

En el diseño constitucional del sistema penal acusatorio, para imprimirle dinámica y efectividad al proceso, se ha previsto que la defensa intervenga como oponente de la Fiscalía, sin que pueda equipararse del todo a ella, siendo ahora su responsabilidad el recaudo de elementos de prueba que sustenten su teoría del caso, dado que en el nuevo esquema ya no opera la investigación integral por la Fiscalía, lo cual justifica dotar a la defensa de herramientas que compensen la situación de desigualdad inicial y así garantizar el equilibrio entre las partes, obviamente sin perjuicio de lo estatuido en el inciso final (previo al párrafo) del artículo 250 de la Constitución. Así con la inclusión del numeral 9° del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, introducido por el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007 se pretendió fortalecer la capacidad investigativa de la defensa en el proceso penal acusatorio, complementado de esa manera la facultad que en el mismo sentido ya estaba consignada en los artículos 267 y 268 de la Ley 906 de 2004, en favor de quien no es imputado y de quien ya tiene esa condición, respectivamente, en cuanto hace al recaudo y embalaje de elementos probatorios.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Inoponibilidad de reserva para acceso de la defensa a material en poder de particulares o entidades públicas o privadas/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y DEBER DE COLABORACION CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Consolidación/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Inoponibilidad de reserva a la defensa podría conllevar a restricción de derechos fundamentales de terceros**

La prohibición según la cual las entidades públicas o privadas y los particulares no pueden oponer reserva al defensor cuando éste solicita su colaboración para recoger elementos de prueba, es una medida por la que el imputado tendría mejores posibilidades en el diseño de su programa de defensa, dirigido a controvertir los cargos que le ha formulado el fiscal, lo cual además incide en la eficiencia del proceso penal acusatorio, siendo esa determinación expresión del principio de solidaridad y del deber de colaboración con la administración de justicia, pero observa esta Corte, que la inoponibilidad de reserva que consagra la norma acusada estaría lejos de realizar el equilibrio entre las partes en el proceso penal acusatorio, pues como esa medida cobija toda clase de información que solicite el defensor, incluyendo la de carácter reservado, en relación con esta última el imputado contaría con una ventaja relativa frente al ente acusador, pues ante el silencio de la norma sobre la exigencia de autorización judicial, la defensa podría restringir directamente derechos fundamentales de terceros, incluyendo los de las víctimas, a diferencia de la Fiscalía que tiene que obtener tal autorización cuando al realizar esa misma actividad afecta dichas garantías.

## PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO-Aplicación/PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO-Constitucionalidad condicionada

El principio de conservación del derecho, que para la Corte tiene como soporte el imperativo de que los tribunales constitucionales no sólo deben maximizar la fuerza de los contenidos normativos de la Carta sino también evitar el desmantelamiento del orden jurídico, por lo cual es siempre preferible aquella decisión constitucional que, dentro de los marcos de la Carta, permite preservar la labor del Congreso, que aquella que supone su anulación, y en virtud del mencionado principio el juez constitucional debe abstenerse de desmontar el sistema normativo, a menos que la expulsión de la norma legal sea completamente indispensable para garantizar la integridad del texto constitucional. Es decir, que el juez constitucional eliminará del ordenamiento normativo aquella disposición que definitivamente sea incompatible con el régimen constitucional, salvo que admita una lectura acorde con los parámetros de la Carta, caso en el cual es su deber mantenerla en la legalidad a fin de respetar el principio democrático que se expresa mediante la expedición de la ley por parte del Congreso.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Investigación de la defensa que pueda afectar garantías constitucionales de terceros, requiere previa autorización judicial

Como ha de asegurarse equilibrio a la defensa, sin ignorar su situación estructural e inicial respecto del ente acusador, tiene que admitirse que en los eventos en que al adelantar su labor de investigación y recaudo de evidencias requiera limitar derechos fundamentales de terceros, deberá obtener autorización judicial, lo cual no sólo permitirá el acceso a la evidencia, sino que además constituirá una barrera contra posibles violaciones de garantías constitucionales. La defensa no puede motu proprio ordenar y menos realizar actividades que impliquen limitación de derechos fundamentales, pues dicha facultad está reservada al juez y por excepción a la Fiscalía. Sin embargo, si su tarea investigativa implica afectar esas garantías, no puede actuar inopinadamente, pues deberá solicitar autorización judicial.

Referencia: expediente D-6876

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9° (parcial) del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, "Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana".

Demandante: Mauricio Pava Lugo.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil ocho (2008).

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

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Mauricio Pava Lugo demanda el numeral 9° (parcial) del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007,

“Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad y previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

### II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, conforme a su publicación en el Diario Oficial N° 46.673 de julio 28 de 2007, resaltando los apartes acusados:

“LEY 1142 DE 2007

“Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

... ..

Artículo 47. El artículo 125 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 125. Deberes y atribuciones especiales. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

... ..

9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales.”

### III. LA DEMANDA

En concepto del demandante la expresión acusada vulnera los artículos 2º (fines esenciales del Estado), 15 (derecho a la intimidad) y 250-3 (necesidad de autorización judicial para adoptar medidas que impliquen afectación de derechos fundamentales), de la Constitución

Política.

Previamente a exponer la demostración de la infracción constitucional por parte de la norma acusada, el actor efectúa algunas reflexiones y consideraciones sobre la imposibilidad de que en el contexto judicial se presenten “injerencias estatales”, justificadas en lo que denomina “eficientismo judicial” y que para él entrañan violación de derechos fundamentales.

Señala que dentro del modelo procesal adoptado en la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1142 de 2007, se procuró dotar a la defensa de herramientas que permitan asegurarle equilibrio procesal en su tarea de preparar el juicio y controvertir la hipótesis investigativa, como quedó consignado en los antecedentes de ese ordenamiento legal, en lo cual a su juicio deben existir límites, pues cuando la actividad de las partes e intervinientes conduce a la afectación de derechos fundamentales es necesario contar con autorización del órgano judicial.

Estima que por tal motivo en la norma acusada no podía impedirse de plano que el particular, entidad pública o privada puedan oponer reserva frente a la solicitud de información elevada por la defensa, pues con esa medida se desconocen garantías fundamentales como el secreto profesional, que a su modo de ver en el marco de una investigación penal no puede levantarse ni aún con autorización judicial, siendo posible que en otros eventos como el secreto bancario y fiscal se pueda levantar, si media autorización del juez penal competente.

Al respecto expresa que admitir que la defensa está facultada para recoger información o evidencia, sin que las entidades públicas o privadas y los particulares puedan oponer reserva, cuando esa información esté protegida por el secreto profesional, bancario o fiscal, equivale a vulnerar los mencionados preceptos superiores.

Considera que cuando la defensa hace uso de tal atribución, debe someterse a los criterios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad que sopesa el juez penal competente, para autorizar previamente la injerencia estatal que se pretende adelantar.

Seguidamente el actor menciona algunas citas jurisprudenciales sobre el secreto profesional, acotando que no sólo es un privilegio “sino un derecho del que se sirve de su profesión”, por lo cual juzga inconstitucional que se prohíba a una persona natural o jurídica oponer reserva sobre información amparada que solicite un defensor.

Sobre el secreto bancario puntualiza que “a la petición de un defensor que conlleve la afectación del derecho a la intimidad que por razón del secreto bancario está obligado a proteger la persona jurídica, le debe ser oponible la reserva correspondiente, salvo orden específica y concreta emanada por una autoridad judicial competente”.

Con base en lo expuesto concluye que es inconstitucional negarle de plano a la persona jurídica o natural la posibilidad de oponer reserva ante la petición de información de un defensor, pues en su criterio “tal actividad podría llevar al levantamiento del secreto profesional (lo cual no es posible) o a la violación del secreto bancario o fiscal (lo cual solo

puede hacerse por orden de un juez penal competente), lo anterior por vulneración de los artículos 2º, 15 y 250 de la Carta Política”.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio del Interior y de Justicia

Su apoderado judicial se opone a las pretensiones de la demanda, expresando que no es cierta la afirmación del actor de que exista desconocimiento de preceptos superiores al facultar la norma acusada a la defensa para recoger información o evidencia sin que las entidades públicas o privadas o los particulares puedan oponer reserva, pues en su criterio en un Estado Social de Derecho “organizado y además garantista” priman los derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa, “que se verían cercenados si dentro del contexto del actual sistema penal acusatorio la defensa no tuviese una mínima oportunidad de encontrarse en igualdad de condiciones probatorias frente a la Fiscalía, su contraparte”.

Afirma que si bien la aplicación de la norma acusada puede acarrear que ciertas informaciones privadas deban ser develadas, ello ocurre por la necesidad de garantizar y efectivizar el debido proceso y luego de transcribir apartes de doctrina especializada, señala que de ningún modo la expresión demandada vulnera los fines esenciales del Estado, siempre y cuando se cuente con “previa autorización del juez de garantías y con el pleno de los requisitos formales, para buscar, aportar y presentar evidencias”.

Indica que cuando el legislador define las reglas propias de cada juicio, como ocurre con la disposición impugnada, “lo hace en el entendido que el sentido de la norma es garantizar a la defensa el acceso al material probatorio que esté en poder de particulares o entidades públicas o privadas, previa autorización judicial del juez (sic) de garantías y con el pleno cumplimiento de las formalidades procesales, a fin de evitar intromisiones arbitrarias en los derechos fundamentales de los terceros”.

Asegura que en el supuesto regulado en la norma demandada, el debido proceso garantizado por el artículo 29 superior tiene prioridad sobre el derecho a la intimidad y agrega que ello es a sí porque en el nuevo sistema se busca fortalecer la defensa y establecer equilibrio con la acusación, de modo que la interpretación del precepto acusado no debe hacerse de manera aislada sino en conjunto con el ordenamiento del cual forma parte y atendiendo la finalidad que ella persigue, advirtiendo finalmente que tratándose de actos que impliquen afectación a derechos fundamentales es evidente la exigencia de requisitos aún más estrictos, razón por la cual “esa facultad legal otorgada a la defensa, dentro de ese marco legal, no puede ser absoluta y debe acogerse a los requisitos exigidos para ello”.

##### 2. Fiscalía General de la Nación

Considera que los reproches formulados contra la norma demandada no deben prosperar, pues en su sentir no todas las formas de reserva de información de origen legal o consuetudinario se hallan dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad, “por lo que la obligación de las entidades públicas y privadas de suministrar dichos datos cuando sean requeridos por la Fiscalía o por la defensa para fines procesales no implica ningún tipo

de limitación a las garantías constitucionales”.

Expresa que la reserva que cubre la información en determinados escenarios carece de entidad constitucional en sí misma considerada, tan solo siendo objeto de protección por la Carta en la medida en que se encuentre estrechamente relacionada con el derecho a la intimidad y afirma que así concebida la reserva de información “no puede erigirse como un argumento para obstaculizar la labor de los órganos jurisdiccionales o de los sujetos procesales”.

En relación con la reserva bancaria, sostiene que la Corte Constitucional en la sentencia T-440 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, precisó que si bien es proyección del derecho a la intimidad, no todos los datos cobijados hacen parte de ese derecho y por lo tanto en esos aspectos el secreto bancario carece de protección constitucional, por lo que en su criterio el legislador en ejercicio de su facultad de configuración válidamente puede imponer a las entidades públicas y privadas el deber de suministrar información a la Fiscalía o la defensa, “siempre que ésta, como lo dispone la norma bajo examen, cuente con la certificación emitida por el ente acusador en el sentido que los datos solicitados serán empleados para ser allegados en una actuación penal”.

Considera que en sentido contrario, cuando la información solicitada haga parte del núcleo esencial del derecho a la intimidad, el defensor deberá acudir al juez de control de garantías para que ordene le sean suministrados los datos requeridos, contando al efecto con la mencionada certificación de la Fiscalía, interpretación que en su criterio se compadece con la postura fijada por esta Corte en torno a la restricción de derechos fundamentales en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004.

Con base en esas razones concluye que la imposibilidad de oponer reserva ante los requerimientos de la defensa se refiere a aquellos datos que no hacen parte del derecho a la intimidad, de manera que es suficiente en esos casos que la defensa eleve directamente la solicitud correspondiente acompañada de la certificación emitida por la Fiscalía, en la cual conste que los datos serán utilizados para fines judiciales.

Finalmente señala que cuando la solicitud comporta afectación de garantías fundamentales, la entidad requerida tampoco podrá oponerse, pues en dichos eventos la solicitud de información se halla sustentada en la orden del juez penal, la cual podrá obtener la defensa, “siempre que cuente con la mencionada certificación de la Fiscalía”.

### 3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

En concepto de uno de sus académicos, el precepto acusado debe ser declarado exequible, pues la inoponibilidad de reserva garantiza la “igualdad de armas” de la defensa con el órgano acusador, “toda vez que se encuentran en una disputa en la mayoría de los casos de intereses contrapuestos, es decir, cada uno busca probar su teoría del caso o desvirtuar la teoría del caso del adversario”.

Sostiene que de la igualdad de armas, predicable del modelo adversarial donde las partes presentan sus versiones en igualdad de condiciones, para recoger la evidencia y después transformarla en material probatorio, se desprende la igualdad de oportunidades y

potestades similares.

En su opinión, lo primero supone que el Estado reconoce que los imputados no pueden acceder a medios técnicos de investigación, “lo que demanda que éstos también pueden aprovechar, de alguna manera, la infraestructura investigativa del Estado en su favor” y precisa que lo segundo conlleva la búsqueda de una igualdad relativa entre las partes, “toda vez que no todas las potestades que se le reconoce a una parte se le pueden trasladar a otra”.

Considera que para enfrentar los posibles problemas de igualdad, ha de reconocerse que la defensa y la víctima pueden acudir ante el juez de control de garantías a solicitar, bajo parámetros de estricta proporcionalidad, la adopción de algunas medidas que limiten los derechos fundamentales de terceros y es de esta forma que en su criterio debe interpretarse la norma demandada.

Estima que al hacer uso de su facultad investigativa la defensa no puede actuar a su libre albedrío, ya que tiene unas limitaciones constitucionales y legales que debe respetar y en caso de que la igualdad de armas se vea truncada por el deber de respetar derechos fundamentales, debe ser un juez de control de garantías o de conocimiento, según el momento procesal, quien ordene a ese tercero la limitación de un derecho fundamental.

Apoyado en esas razones, concluye que la interpretación taxativa que realiza el actor es inexacta y no corresponde con la intención del legislador de equilibrar las cargas entre los sujetos procesales, pues no le está dado a la defensa solicitar lo que quiera sin respetar los derechos fundamentales y las normas constitucionales y legales; por el contrario debe, como todas las partes, acatar criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la justicia.

#### 4. Universidad Santo Tomás

El Director del Consultorio Jurídico de esa institución conceptuó en pro de la inexecutable de la norma acusada, pues en su criterio vulnera el derecho fundamental a la intimidad, el cual es protegido constitucionalmente a través de la reserva de documentos privados y representa así mismo una limitante al derecho a la información.

Señala que a la luz de la jurisprudencia constitucional los secretos profesional, bancario y fiscal son en últimas formas de protección a la información y, por ende, del derecho a la intimidad y expresa que con base en esos pronunciamientos la reserva es un mecanismo de protección de dicho derecho, por lo cual desconocer el derecho que tienen las entidades públicas y privadas así como los particulares a oponer reserva, cuando la información requerida goza de esa protección, constituye una afrenta al artículo 15 superior.

Indica que la autoridad judicial es la llamada a determinar si procede o no develar información protegida con reserva legal, “pues justamente la intención del legislador fue la de que la autoridad competente y solamente ella, en concordancia con la Constitución y la ley, fuera la que determinase en qué casos procede revelar ese tipo de información”.

Expresa que conforme al artículo 250 de la Carta, a la Fiscalía se le exige que en caso de

adoptar medidas adicionales que acarreen afectación de derechos fundamentales debe obtener autorización del juez de garantías, razón por la cual es importante mantener en reserva documentos, informaciones o datos que puedan afectar esos derechos, siendo necesario exigir que la autoridad competente realice el análisis respectivo atendiendo los parámetros de la jurisprudencia: que la información requerida persiga un fin constitucionalmente legítimo y que sea relevante y necesaria.

Concluye que si al Juez y a la Fiscalía se le imponen esos límites, no es atendible sustraer a la defensa de la obligación de obtener la autorización pertinente, pues si bien la intención del legislador fue dotarla de herramientas adecuadas y necesarias para el ejercicio efectivo del derecho de defensa técnica y así obrar en un plano de igualdad con el órgano acusador, “con el apartado demandado se desconocen los límites impuestos por el ordenamiento constitucional, nacidos de la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales como la intimidad y el buen nombre (art.15), el derecho a la propia imagen (art. 14) y el secreto profesional (art.74 inciso 2º)”.

#### 5. Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia -Asobancaria-

Su apoderado judicial considera que no es ajustado a la Carta que la norma acusada obligue a los particulares a suministrar a los defensores la información que poseen sin que les sea posible oponer reserva alguna, pues considera que el derecho a la intimidad, el secreto profesional y la reserva bancaria son instituciones reconocidas por la Constitución, que tienen por objeto proteger la información, máxime cuando es un hecho indiscutible que en la actualidad los datos contenidos en bases de datos abarcan múltiples aspectos de la vida, pudiendo ser la información pública, semi-privada, privada y reservada o sensible.

Anota que en los casos en que los terceros obtengan información protegida por el derecho a la intimidad, ese acceso permitirá la consecución de uno de los fines señalados en el artículo 15 superior, siempre que el procedimiento respete el debido proceso y lo establecido en el artículo 250 ibídem, que exige la intervención del juez de garantías, atendiendo siempre el principio de razonabilidad.

Aduce que la jurisprudencia reconoce la posibilidad de que terceros accedan a información protegida con el derecho a la intimidad, siempre y cuando obedezca a motivos de interés general y se cuente con la autorización del juez de garantías, como lo dispone el artículo 250 de la Constitución.

En su parecer también es importante tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 284 de la Carta, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo pueden solicitar información sin que se les pueda oponer reserva, respetando en todo caso las excepciones constitucionales y legales, lo cual solo obliga a las autoridades y no a los particulares y sin que el Ministerio Público quede eximido de realizar los procedimientos correspondientes.

Por lo anterior considera inadmisibles que una ley ordinaria establezca para la defensa la posibilidad de acceder a información sin el cumplimiento de mínimas formalidades, además prohibiendo a los particulares oponer reserva, cuando es claro que en caso de que sea indispensable limitar el derecho a la intimidad deben observarse los principios de razonabilidad, relevancia y necesidad.

Indica que un análisis de la limitación contenida en la norma acusada revela que el objetivo de garantizar que la defensa tenga acceso a información reservada constituye en principio un fin legítimo, pero no está clara la relevancia de esa medida ya que en su parecer la facultad que se otorga es tan amplia que se puede solicitar a un particular cualquier información sobre un tercero.

Expresa que la norma acusada desconoce el principio de necesidad, pues al exigir que sólo se presente una certificación expedida por la Fiscalía sobre el destino judicial de la información requerida, permite que cualquier particular acceda sin límites ni controles a información protegida por el derecho a la intimidad, lo cual a su modo de ver afecta ese derecho, máxime cuando existe otro mecanismo menos oneroso como es la orden judicial.

Concluye que la inoponibilidad de reserva que consagra la norma acusada no prevé un procedimiento riguroso que evite arbitrariedades y violaciones a derechos fundamentales como la intimidad, dignidad, honra y buen nombre, por lo cual “no será posible en cada caso concreto determinar si se está respetando o no el principio de razonabilidad, según el cual la limitación de un derecho fundamental se puede considerar constitucionalmente justificada” y por ello pide a esta Corte declarar la inexecutable de la norma demandada.

#### 6. Intervención del ciudadano Alberto José Prieto Vera

El interviniente defiende la constitucionalidad de la disposición acusada manifestando que con el advenimiento del sistema acusatorio en la Ley 906 de 2004, se concretó de alguna manera la igualdad de las partes, lo que se traduce en que deben recibir el mismo tratamiento de las autoridades, contar con los mismos plazos, tener las mismas oportunidades y similares recursos para realizar la investigación, esto es, gozar de “paridad de armas”.

Comenta que en el nuevo esquema procesal penal el imputado y su defensa técnica ya no cuentan con la Fiscalía como órgano de investigación a su disposición para la búsqueda de los medios de prueba favorables al procesado, razón por la cual el acusado y su defensor deben valerse de sus propios medios para allegar pruebas que sustenten la teoría del caso.

Expone que en la Ley 906 de 2004 no hay mayor referencia al investigador de la defensa y explica que, por el contrario, los artículos 267 y 268 de ese ordenamiento de manera impracticable radican en cabeza del indiciado, imputado y defensor un derecho a intervenir en el proceso realizando su propia investigación, lo cual imposibilita la incorporación probatoria de todos los hallazgos, pues esas personas no pueden convertirse en testigos de sus propias causas.

Manifiesta que además de la incapacidad operativa de ejercer el derecho a la defensa sin investigador a su servicio, en la práctica se ha observado que el abogado defensor cuando

intenta buscar informaciones muy especializadas se encuentra con la dificultad de que no se le suministra lo requerido por la entidad pública o privada que, prevalidas de una supuesta reserva legal, deciden entregar la información solamente a la Fiscalía.

Considera que la lectura que hace el demandante no consulta la práctica judicial ni el desenvolvimiento de las investigaciones, pues nunca se ha presentado que el investigador de la defensa vulnere privilegios constitucionales, como el secreto profesional o el secreto bancario.

Estima que en esos casos la exigencia de orden judicial previa desnaturalizaría el sistema acusatorio, atentando de paso contra la separación de funciones, la imparcialidad y la prohibición del juez de conocimiento de ordenar pruebas de oficio, ignorando también la limitación que tiene el juez de garantías para disponer su allegamiento, salvo en las hipótesis señaladas por la jurisprudencia.

Aduce que existen actividades del investigador de la Fiscalía que no requieren orden judicial y otras que la requieren, por lo cual sería desproporcionado e irrazonable que todas las actividades del investigador de la defensa deban contar con ese requisito, máxime cuando el juez de garantías no es un instructor y no ordena pruebas.

Advierte que otro efecto problemático de acoger los planteamientos de la demanda consiste en que la defensa estaría obligada a revelar la parte de la investigación que no utilizará en el juicio, atentándose de esta forma contra el derecho a la no autoincriminación.

Por lo anterior concluye que lo impugnado es manifestación de la igualdad procesal y no puede haber entonces temor de desbordamiento en su aplicación, pues de un lado normas constitucionales garantizan el secreto profesional y bancario y, de otro, están las disposiciones legales que consagran la ética del defensor y del investigador.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

Para el Jefe del Ministerio Público las expresiones acusadas “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 47 de la Ley 906 de 2004 deben ser declaradas inexecutable. Para llegar a esta conclusión parte de las consideraciones que a continuación se resumen:

Estima que la facultad otorgada a la defensa, relacionada con la actividad probatoria, se enmarca en la lógica del sistema acusatorio y debe ser interpretada de manera sistemática dentro del marco constitucional y legal.

Agrega que en la búsqueda de la verdad en el proceso penal entran en juego el derecho a la defensa del imputado, el derecho a la verdad de la sociedad, el derecho de los ciudadanos a una pronta y recta justicia, los derechos de las víctimas, que cada vez cobran mayor relevancia y la prevalencia de los derechos inalienables de las personas, sean estas intervinientes o terceros.

Afirma que en ejercicio de su potestad “in persecuendi”, el Estado puede requerir todo tipo de información pública o privada con el fin de que la verdad procesal coincida en lo posible con la verdad material y se pueda lograr el objetivo de administrar justicia, “especialmente en un ámbito tan delicado como el penal, actividad que debe enmarcarse dentro de los límites constitucionales y en particular los relativos a la reserva legal y la reserva judicial, que tienen como objetivo garantizar el principio de legalidad y el respeto a los derechos fundamentales”.

Considera que a partir de la implementación del sistema acusatorio, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, la actividad investigativa que, en el esquema del sistema inquisitivo correspondía fundamentalmente a la Fiscalía General de la Nación, fue ampliada a las partes del proceso, en particular a la defensa, con el fin de fortalecer su capacidad probatoria, buscando el equilibrio con la parte acusadora, para aumentar las garantías del imputado y para agilizar el proceso penal.

Expresa que el Código de Procedimiento Penal establece como regla general, con excepción de las actuaciones a que se refiere el capítulo II, la necesidad de orden judicial proferida previamente por el juez de control de garantías para las actuaciones que implican afectación de los derechos y garantías fundamentales, autorización que debe ser solicitada por el fiscal correspondiente, con excepción de los casos en que se requiera su práctica urgente, circunstancia en la que puede solicitar la autorización al juez, debiendo informar inmediatamente al fiscal del caso.

Expone que en ese ordenamiento también se consagra en favor de quien no es imputado (artículo 267), del imputado (artículo 268) y del abogado defensor, la facultad de 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 hiciera y utilizar tales pruebas ante las autoridades judiciales; así como realizar entrevistas (art. 271) y solicitar la práctica de pruebas anticipadas (art. 274), con la innovación que contiene la norma acusada, cuyo alcance puede determinarse en una interpretación sistemática dentro del marco legal y constitucional.

A continuación se refiere el Procurador a las disposiciones constitucionales y legales a partir de las cuales debe interpretarse la facultad contenida en el numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, que son las que consagran los deberes constitucionales (artículo 95 Const.), el principio de buena fe (artículo 83 ib.) y los límites que impone a la Fiscalía el artículo 250 superior. Considera que la defensa debe observar el principio rector del Código de Procedimiento Penal del respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso y la intimidad, cumpliendo con los deberes de las partes e intervinientes señalados por la propia Ley 906 de 2004 (arts. 140 y 141), como son proceder con lealtad, obrar sin temeridad y abstenerse de revelar información relacionada con el proceso, así como los principios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, los cuales tienen como finalidad evitar excesos en el ejercicio de las funciones.

Sin embargo, en opinión del Ministerio Público la pretensión de una interpretación analógica de la norma acusada con otras disposiciones constitucionales (art. 250-3 Const.) y legales (art. 27 Ley 906 de 2004) no permite defender su constitucionalidad, pues a su modo de ver el texto legal consagra de manera expresa la prohibición a los particulares de oponer reserva, la cual no existe frente a las actuaciones conferidas a la Fiscalía y a la policía judicial que, por el contrario, deben tener autorización del juez de garantías cuando afecten derechos fundamentales.

Afirma que el precepto acusado al eliminar la posibilidad de utilizar los mecanismos judiciales de protección contraría el texto constitucional y los principios de reserva legal y judicial, pues “no puede dejarse la protección de tales derechos a la eventual interpretación contra legem por parte de la defensa, esperando que ésta solicite una autorización judicial que no le exige la disposición demandada, la cual, por el contrario, prohíbe a los requeridos, como se dijo, la interposición de cualquier reserva”.

Por lo anterior, estima indispensable que se prevea por vía jurisprudencial como condición de aplicación del segmento restante del numeral 9° y mientras el legislador regula la materia, la necesidad de autorización previa del juez de control de garantías cuando se afecten derechos fundamentales, quedando incólume el deber de colaboración por parte de las autoridades.

Explica que es la ley la que debe precisar no sólo las actuaciones debidas sino las consecuencias jurídicas del incumplimiento, tanto del deber legal de colaboración de los particulares, como del eventual uso indebido de la facultad legal, por parte de la defensa, especialmente cuando se trata de un abogado particular que no tiene la investidura de autoridad pública y ante el cual el ciudadano requerido se siente desprotegido, ya que en su sentir esas personas “a diferencia de los funcionarios públicos, no tienen un control jerárquico ni están sometidos en su actuación al estricto principio de legalidad y además actúan en atención al interés particular de su cliente y no en atención del interés general ni están obligados a los principios de igualdad, neutralidad, imparcialidad, como lo están los funcionarios públicos”.

El Procurador reflexiona sobre la reserva legal y judicial en la armonización del derecho de defensa con otros derechos y valores constitucionales, expresando que la recolección de pruebas relativas a información pública o semi-privada en poder de las autoridades públicas o de los particulares, que no tengan reserva legal, no requerirá la autorización judicial previa, pero sí la que impliquen temas protegidos por reserva legal y el suministro de información que pertenezca al ámbito del derecho a la privacidad de las personas jurídicas o naturales particulares, concluyendo que la información personal reservada que involucre derechos fundamentales no puede ser solicitada ni aún con autorización judicial.

Señala que el Acto Legislativo 03 de 2002, al incorporar el sistema acusatorio y adoptar medidas para su implementación modificó las funciones que cumple la Fiscalía General de la Nación, pues dispuso que en caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtener la respectiva autorización por parte del juez que ejercerá las funciones de control de garantías.

Expresa que es el juez de control de garantías o de conocimiento, cuando fuere el caso,

quien debe hacer la valoración en cada situación concreta para determinar la razonabilidad de la prueba, su proporcionalidad y necesidad con relación a la posible afectación de los derechos fundamentales, independientemente que las actuaciones las realice la Fiscalía, la Policía Judicial o la defensa, “autorización que no desvirtúa el esquema del proceso acusatorio por cuanto el juez no está ordenando la prueba sino autorizando su realización, en tanto que garante de los derechos fundamentales de los intervinientes y de terceros. Tampoco desvirtúa la libertad de la defensa de aportar o no las pruebas recaudadas, por ejemplo, en caso de que estas resulten autoincriminatorias”.

Para el Procurador el juez que autoriza el levantamiento de la reserva, la entrega de información, la inspección o valoración pericial, para garantía de los derechos fundamentales, no sólo de los intervinientes sino también de los terceros, debe hacer una evaluación de la conducencia, pertinencia y eficacia de la prueba que se requiere, requisito que, por su carácter excepcional, no puede ser visto como un simple trámite.

Preocupa al Ministerio Público la amplitud de la prohibición bajo estudio, dado que “la cultura jurídica colombiana, con una larga tradición inquisitiva, dificulta la implementación de estas nuevas figuras, razón por la cual resulta indispensable que el legislador regule los procedimientos y criterios con los cuales se deben ejercer las nuevas funciones de la defensa, especialmente considerando que ella estará en la mayoría de los casos a cargo de particulares”.

Afirma al respecto que “en un país como Colombia, con un profundo conflicto interno ocasionado por el narcotráfico, la violencia paramilitar y guerrillera y la delincuencia común, con alto grado de complejidad en razón a los lazos de colaboración y a los enfrentamientos entre unos y otros grupos y el ataque de todos ellos a la sociedad civil y a las instituciones públicas, las redes de la confianza social se han visto gravemente debilitadas, lo cual se agrava y se confirma con una cultura de tramitología excesiva a pesar de la presunción constitucional de buena fe y de los esfuerzos del legislador y de las instituciones por agilizar los trámites. En estas condiciones, para facilitar la eficacia de la disposición, se requiere establecer reglas claras tanto para la defensa como para quienes sean requeridos por ella, de tal manera que se atenúe ese ambiente de desconfianza”.

Estima que es el legislador quien debe señalar de manera detallada quién, cómo, cuándo y en qué medida puede afectarse ese derecho y cuándo procede la exigencia de autorización judicial, agregando que en los casos en que no medie protección de un derecho fundamental o no exista reserva legal, no se requerirá autorización judicial, bastando la certificación de la Fiscalía de que se actúa como defensa.

Asevera que la valoración debe hacerla el legislador tomando en cuenta las implicaciones en cada caso, pues “no puede dejarse a criterio de los particulares ni eliminarse de manera general el requisito de autorización judicial como lo hace la disposición demandada”.

Señala que siendo el legislador el único que puede establecer reserva sobre la información, resulta lógico que sea éste quien regule lo relativo al levantamiento de la misma, siendo necesario que además aclare la relación entre la facultad otorgada a la defensa y el levantamiento de la reserva legal, la cual se origina en fines constitucionales legítimos y genera para el funcionario público o el profesional, un deber que le obliga a un especial celo

en la protección de la información a su cargo, cuando no a una total inviolabilidad.

Así para el Procurador será ese órgano el que regule los casos en que el particular niegue la información requerida por considerar que ésta puede resultar autoincriminatoria, la responsabilidad de quienes manejan bases de datos de información confidencial sobre particulares o información de la cual dependen aspectos que atañen a la seguridad nacional, la reserva del sumario, la reserva de identidad de funcionarios, testigos, informantes, los documentos secretos o reservados del Departamento Administrativo de Seguridad o la información que maneja la Unidad de Información y Análisis Financiero, relativa a movimientos sospechosos de lavado de activos.

Según su criterio, la intervención del órgano legislativo es necesaria, por cuanto la facultad otorgada en la norma acusada a la defensa está consagrada en términos muy generales y, por el contrario, “la prohibición que establece a las autoridades públicas y los particulares está consagrada en términos tan categóricos que parecen no admitir ninguna excepción y que por tanto vulneran la protección de otros valores y derechos constitucionales”.

Por todo lo anterior, solicita a esta corporación declarar la inexecutable de las expresiones acusadas “sin que puedan oponer reserva,” y que el texto restante del mismo numeral deba entenderse en el sentido de que la defensa tendrá que solicitar autorización judicial del juez de garantías o del juez del conocimiento, dependiendo del momento procesal, cuando la práctica de la prueba afecte derechos fundamentales o valores constitucionales protegidos con reserva legal.

Igualmente pide exhortar al Congreso de la República para que regule el ejercicio de esta facultad de la defensa y la responsabilidad de los particulares, de tal manera que “se garantice la eficacia del derecho de defensa, se protejan los derechos fundamentales de las personas y se regulen las condiciones de levantamiento de las reservas que comprometen valores constitucionales y que afectan el interés general”.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 241-4 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la acción de inconstitucionalidad de la referencia, toda vez que está dirigida contra una disposición perteneciente a una Ley de la República.

### 2. Asunto a resolver y delimitación del presente fallo

Del numeral 9° del artículo 125 de la Ley 906 de 2004, introducido por el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, se demanda la prohibición para las entidades públicas, privadas y particulares de oponer reserva, cuando en el proceso penal la defensa les solicita colaboración para efectos de buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física, así como para realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores

autorizados por la ley.

En criterio del demandante, la inoponibilidad de reserva vulnera el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del secreto profesional, bancario y fiscal y sustrae a la defensa del deber que asiste a las partes en el sistema penal acusatorio de obtener autorización judicial para la afectación de derechos fundamentales, por lo cual pide a la Corte declarar su inexecutable para que quede establecido que al hacer uso de la referida atribución está sometida, como la Fiscalía, a criterios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad que sopesen el juez penal competente.

Con el fin de despejar el problema jurídico planteado, se hace necesario (i) establecer el significado y alcance del derecho a la intimidad personal; (ii) realizar una aproximación a los aspectos generales que informan el funcionamiento del nuevo sistema penal acusatorio, implantado por el Acto Legislativo 03 de 2002, a fin de identificar y conocer los roles que allí se asignan a la Fiscalía General de la Nación y a la defensa; y (iii) determinar si existen límites constitucionales en la actuación investigativa de las partes en el proceso penal para finalmente, con base en esos elementos de juicio, llevar a cabo el análisis constitucional del segmento normativo impugnado, que se efectuará solamente en relación con el cargo por violación del artículo 15 de la Constitución Política, pues pese a que el actor también cita como infringidos los artículos 2° y 250-3 superiores, su argumentación se desarrolla solamente en torno a la presunta infracción de dicha norma constitucional.

### 3. El derecho a la intimidad personal

El artículo 15 de la Constitución Política proclama en su primer inciso que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”.

Al analizar el significado y alcance de ese mandato, la Corte ha manifestado que la intimidad personal, es un derecho fundamental del ser humano, “y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública” 1.

Como todos los demás derechos constitucionales fundamentales, el derecho a la intimidad presenta características de especialidad e inherencia, “en cuanto que sin él quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, siendo propio de la persona que con él nace y desaparece”; y extrapatrimonialidad, “es decir que sobre él se carece de disponibilidad, siendo por eso intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no susceptible, en sí mismo considerado, de valuación económica, aunque pueda tener, eventualmente, efectos patrimoniales”2.

Esta Corte ha expresado que son tres las maneras de vulnerar el derecho a la intimidad, “la

primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre”<sup>3</sup>.

La jurisprudencia<sup>4</sup> ha calificado a la intimidad como “sagrado derecho”, integrándolo con aquél según el cual “nadie puede ser molestado” (art. 28 Const.) y le reconoce distintos grados, personal, familiar, social y gremial<sup>5</sup> que se caracterizan de la siguiente forma:

En relación con el significado del derecho a la intimidad personal la Corte ha expresado<sup>8</sup>:

“El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Algunos tratadistas han definido este derecho como el ‘control sobre la información que nos concierne’<sup>9</sup>; otros, como el ‘control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona’. La Corte Constitucional, por su parte, (...) como ‘el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto’ <sup>10</sup>.”

Esta corporación también ha precisado que, pese a su amplia formulación, el derecho a la intimidad no es absoluto como ningún otro puede serlo, lo cual significa que es susceptible de limitaciones o restricciones a su ejercicio, “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución”<sup>11</sup>, sin desconocer, claro está, su núcleo esencial, el cual “supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”<sup>12</sup>. Además ha señalado, que “en el desarrollo de la vida corriente, las personas se ven impelidas a sacrificar parte de su intimidad como consecuencia de las relaciones interpersonales que las involucran. En otros casos, son razones de orden social o de interés general o, incluso, de concurrencia con otros derechos como el de la libertad de información o expresión, las que imponen sacrificios a la intimidad personal”.<sup>13</sup>

Se pueden presentar y de hecho se presentan tensiones entre el derecho a la intimidad y diferentes derechos y garantías, que podrían derivar en vulneración de otros derechos fundamentales, razón por la cual el constituyente ha previsto mecanismos para su mutua protección. Es así como el artículo 15 superior en comento, establece que “la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables”, pero agrega que las mismas sólo pueden ser interceptadas o registradas “mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”; además dispone que la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sólo podrá exigirse para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección y vigilancia e intervención del Estado, en los términos que defina la ley.

Tratándose de la información personal<sup>14</sup>, la Carta ha prescrito una protección fuerte, en

virtud de la cual aquella sólo puede extraerse de la órbita individual en circunstancias excepcionalísimas y bajo los estrictos parámetros normativos; en otros eventos será de menor intensidad, pudiendo el Estado ponerla a disposición del conglomerado como medio efectivo para garantizar la satisfacción de intereses públicos. Esa diferencia de trato, depende fundamentalmente del tipo de información.<sup>15</sup>

Igualmente se ha concluido<sup>16</sup> que salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, que obliguen a las personas a revelar cierta información, los demás datos que correspondan al dominio personal no pueden ser divulgados, a menos que el mismo individuo decida revelar y permitir su acceso al público, sin descontar que de todos modos el alcance del derecho a la intimidad depende de los límites que se impongan a los demás, como exigencia básica de respeto y protección de la vida privada de las personas.

#### 4. Aspectos generales del nuevo sistema penal acusatorio

En anteriores decisiones la Corte se ha ocupado de analizar los elementos esenciales del nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento penal, adoptado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, modificadorio de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, marco que necesariamente deberá tenerse en cuenta en la presente oportunidad a efectos de estudiar la demanda contra el segmento normativo impugnado del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal.

Siguiendo esos pronunciamientos<sup>17</sup>, se recordará que para la Corte los puntos más sobresalientes de la referida enmienda son la introducción de un nuevo modelo de proceso penal basado en la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; la creación de la figura del juez de control de garantías; la consagración del principio de oportunidad y el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, institución integrante de la Rama Judicial del Poder Público, autoridad que, a su vez, conservó competencia para imponer algunas medidas restrictivas, siempre sujetas a control judicial posterior.

En cuanto a sus objetivos, se reconoce que la mencionada reforma constitucional pretende, en términos generales, (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar sus esfuerzos en el recaudo de los elementos de prueba; (ii) propiciar un juicio público, pleno de garantías, oral, contradictorio, concentrado y con inmediación en la incorporación y práctica probatoria; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante un sistema procesal basado en la oralidad, que garantice el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por el de la producción de la misma dentro del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; y (vii) dar función efectiva a la figura del juez de control de garantías, todo ello dentro de la implementación gradual del nuevo sistema penal acusatorio<sup>18</sup>.

Por lo que respecta al papel que en el nuevo sistema cumplen las partes se observa, en cuanto hace a la Fiscalía General de la Nación, que la formulación general de sus funciones es sustancialmente distinta a la prevista originalmente en el artículo 250 superior, pues como se ha precisado, en adelante deberá concentrar sus esfuerzos en investigar y acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento, dando lugar a un

“juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”, con base en una acusación que no es vinculante para el juez.

Conforme a la enmienda del mencionado texto superior, el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía por denuncia, petición especial, querrela o de oficio, queda supeditado a la existencia de motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una infracción, sin que pueda ese ente suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de oportunidad, bajo la supervisión del juez de control de garantías.

Así mismo, de acuerdo con la reforma, no está al alcance inmediato de la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal adoptando medidas de aseguramiento, ya que debe solicitarlas al juez que ejerza esas funciones de control de garantías, también con la finalidad de evitar la evasión, conservar la prueba y proteger a la comunidad, en especial a las víctimas.

Sólo en forma excepcional la Fiscalía puede ordenar capturas, como medida restrictiva de la libertad, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley y por decisiones de esta Corte, quedando tal determinación sujeta a control judicial posterior por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Otro aspecto importante que introduce la enmienda es la facultad de la Fiscalía para realizar en el curso de las investigaciones registros, allanamientos, incautación e interceptación de comunicaciones sin autorización judicial previa, también sometidas esas medidas al control judicial posterior automático, también a cargo del juez que cumpla la función de control de garantías y dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

A la Fiscalía se le encomienda igualmente la función de “asegurar los elementos materiales probatorios”, para lo cual debe garantizar la cadena de custodia hasta tanto se realice la contradicción de esas evidencias y en caso de requerir medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá contar con autorización judicial por parte del juez que ejerza la función de control de garantías.

Se desprende de lo expuesto anteriormente, que en el diseño constitucional del nuevo proceso penal se ha querido que, en procura de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, la actuación de la Fiscalía no quede librada a su propio arbitrio sino que siempre se desarrolle al amparo de mandatos superiores y bajo la vigilancia del juez, previa o posterior, de acuerdo con las situaciones mencionadas.

En ese escenario la labor del defensor también sufre transformación, aunque conserva su rol tradicional de asistir personalmente al imputado desde su captura, interponer recursos, interrogar y contra interrogar testigos y peritos en audiencia pública, sin perjuicio de las garantías establecidas directamente en favor del imputado por la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Ese cambio consiste en que en el nuevo sistema la defensa goza del derecho de controvertir los elementos de prueba presentados por la parte acusadora en contra del imputado y, con

tal fin, puede acceder a la evidencia, recolectar información y acudir, si es necesario, a los medios técnicos de que disponga el Estado, si carece de recursos económicos o ante la inexistencia de alternativa.

Dicha facultad confirma, en el nuevo sistema penal acusatorio, el carácter general y universal del derecho de defensa, que surge desde que se tiene conocimiento de que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando éste finalice; incluida la ejecución de la pena o la medida de seguridad, si a ella hubiere lugar.<sup>19</sup>

Los aspectos anteriormente reseñados permiten considerar que con la reforma en comento se adoptó un esquema con características especiales y propias, que no corresponde estrictamente al típico proceso adversarial entre dos partes, acusador y defensa<sup>20</sup>, pues también intervienen otros sujetos (víctima, Ministerio Público) y el Juez, quien no puede ser simplemente el árbitro frente a un litigio, siendo ante todo guardián de la legalidad en sentido amplio y de los derechos fundamentales, particularmente de las víctimas y del imputado, con miras a la realización de la justicia material.

Además, en el nuevo proceso penal se realiza una distribución de cargas procesales, pues el imputado y su defensor no tendrán que limitar su actuación a contender la acusación formulada en su contra, sino que han de ser diligentes en aportar elementos de juicio que sustenten su teoría del caso y confronten la versión del ente acusador, trabándose así una verdadera contención en la que se hace indispensable asegurar a los enfrentados equilibrio e igualdad de oportunidades sin desfigurar, claro está, el perfil constitucionalmente asignado a cada una de las partes. Con tal fin, se incorporó el principio de “igualdad de armas” o “igualdad de posiciones” que, como lo ha señalado esta Corte, constituye una de las características sobresalientes de los sistemas penales de tendencia acusatoria donde “los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”<sup>21</sup>.

Según se precisó anteriormente, en el proceso acusatorio de estirpe adversarial las partes no están en situación de igualdad absoluta sino relativa, dado que el ente acusador está encargado de ejercer la acción penal en nombre del Estado, para lo cual la Constitución le permite afectar derechos fundamentales, en determinados eventos y con ciertas condiciones, bajo supervisión judicial previa o posterior, según el caso.

Esas hipótesis están reguladas básicamente en el artículo 250 superior, cuyo numeral primero establece que la Fiscalía podrá realizar “excepcionalmente” capturas, sometida esta medida a revisión posterior del juez de control de garantías. En relación con tal atribución, la Corte ha expresado:

“...el mismo numeral 1° del nuevo artículo 250 permite que la Fiscalía, si es expresamente autorizada para ello por el legislador, imponga directamente, en forma excepcional, un tipo específico de medida restrictiva de la libertad orientada a garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal: la captura, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y

eventos de procedencia establecidos en la ley. Ahora bien, por tratarse de una medida restrictiva de los derechos del procesado, esta actuación excepcional de la Fiscalía está sujeta a control judicial por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Sin embargo, se reitera que esta es una excepción a la regla general según la cual este tipo de medidas deben ser impuestas por decisión del juez de control de garantías, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación.”<sup>22</sup>

El numeral 2° de la norma en comento establece que el ente acusador puede adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, también con control posterior del juez de control de garantías, atribución sobre la cual la Corte ha expresado:

“... el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el 250 de la Carta, en el numeral 2° dispuso que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de la obligación constitucional de investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, ‘Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez’.

En consecuencia, la competencia para ordenar las mencionadas diligencias con ocasión de una investigación penal, sometida al procedimiento aplicable a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, ha sido asignada al juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, o a ésta en casos excepcionales, de acuerdo con la ley.

Otras autoridades adscritas a la jurisdicción ordinaria que, según la respectiva competencia funcional, podrían emitir una orden en ese sentido, serían la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, las Salas Penales o únicas de los Tribunales Superiores y los Jueces de la República en lo penal.

... ..

4.6. Como corolario de lo expuesto, puede afirmarse que la Constitución Política de Colombia, con especial énfasis por encontrarlo ligado a la libertad personal, protege de manera específica el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de tal manera que queda el Estado con restricciones precisas para que sus autoridades puedan penetrar en él. Así, salvo la precisa excepción constitucional que se ha comentado, se exige que el motivo se defina previamente por el legislador; que la autoridad judicial profiera la orden de registro o allanamiento con estricta sujeción a las causales señaladas por la ley y que la autoridad que practique el registro o allanamiento domiciliario lo realice con rigurosa sujeción a los procedimientos legalmente fijados.

Esa autoridad judicial, durante la fase de investigación del proceso penal será el juez de control de garantías como regla general y sólo de manera excepcional la Fiscalía General de la Nación, cuando existan motivos específicos, previstos por la ley, para que pueda hacer uso de esa atribución...”<sup>23</sup>

Por su parte, el numeral 3° del precepto superior en referencia dispone que corresponde a la

Fiscalía “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”, agregando que “en caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtener la autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías”. Sobre esta facultad la jurisprudencia ha manifestado:

“De conformidad con el numeral 3° del artículo 25024 de la Carta, la Fiscalía General de la Nación deberá ‘asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.’ Esta disposición establece el principio general para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, según el cual cuando haya afectación de derechos fundamentales, la práctica de medidas para obtener tales elementos probatorios requiere de autorización judicial.

Según esta disposición constitucional es la ‘afectación de derechos fundamentales’ la que obliga al Fiscal a solicitar de manera expresa y específica la autorización judicial previa. El empleo del término ‘afectación’ supone, según su grado, una ‘limitación’ o ‘restricción’ al ejercicio o goce de un derecho fundamental. Dicha limitación o restricción (i) debe estar prevista en una ley (principio de reserva legal) y requiere, además, (ii) de la intervención judicial (principio de reserva judicial), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada”. 25

De las atribuciones constitucionales antes citadas, se deduce que la Fiscalía General de la Nación no puede actuar a su arbitrio en el ejercicio de sus funciones de investigación y acusación, ya que cuando su actuación compromete derechos fundamentales, debe someterse a la supervisión del juez de control de garantías, a quien corresponderá verificar si las medidas adoptadas por el ente investigador implican o no afectación de derechos fundamentales, pues en principio toda medida de investigación que sea restrictiva de tales derechos debe estar precedida de autorización de dicho juez. El control posterior ejercido por esa autoridad en relación con ciertas medidas que afectan derechos fundamentales, configura excepción a la regla general.<sup>26</sup>

En relación con la intervención del juez de control de garantías, la Corte ha expresado que busca salvaguardar los derechos fundamentales y no conlleva pronunciamiento sobre el valor de los elementos de prueba recaudados por el ente acusador:

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

En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en

particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.

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

Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.”<sup>27</sup> (Negrillas en el texto original.)

Es razonable que tales facultades excepcionales estén previstas a favor de la Fiscalía, pues de otra forma ese ente no podría desempeñar las funciones que le han sido asignadas. Eso hace distinta su posición frente al imputado y a la defensa, que ni aun bajo una concepción absoluta sobre la igualdad de oportunidades, pueden pretender que se les reconozca a ultranza las mismas atribuciones asignadas al ente acusador y con el mismo alcance para afectar derechos fundamentales de terceros.

Si se permitiera que la defensa pudiera afectar, sin previa autorización judicial, derechos fundamentales, cuando adelanta su labor de recolección de elementos probatorios, se introduciría un factor de desequilibrio desde el diseño de la acción penal, en la medida en que se estaría habilitando a los particulares para inmiscuirse a su arbitrio en esferas protegidas constitucionalmente, lo cual atentaría contra las bases mismas del Estado Social de Derecho.

Por tal razón, aún en el marco del nuevo sistema penal acusatorio, la defensa carece de competencia para limitar, afectar o restringir derechos fundamentales, pues por regla general tal atribución es exclusiva de la judicatura y, por expresa excepción consagrada en la Carta Política, de la Fiscalía General de la Nación, en los casos analizados. Así, por ejemplo, no podrá el defensor efectuar capturas, allanamientos, registros, incautaciones e interceptación de comunicaciones, por cuanto se trata de atribuciones propias del Estado que, según se explicó, están sometidas a reserva judicial.

Sin embargo, como ha de asegurarse equilibrio a la defensa, sin ignorar su situación

estructural e inicial respecto del ente acusador, tiene que admitirse que en los eventos en que al adelantar su labor de investigación y recaudo de evidencias requiera limitar derechos fundamentales de terceros, deberá obtener autorización judicial, lo cual no sólo permitirá el acceso a la evidencia, sino que además constituirá una barrera contra posibles violaciones de garantías constitucionales.

En suma, en el proceso penal acusatorio existen límites a la actuación de la Fiscalía, a la que le son permitidas intervenciones o restricciones de derechos fundamentales, con carácter excepcional, las cuales estarán sujetas a control por el juez, con el fin de asegurar la vigencia de esas garantías y valores superiores. Esos parámetros también comprometen la actuación de la defensa, que como se explicó, ha de ejercer sus atribuciones, pero en caso de que su actividad de investigación pudiere afectar garantías constitucionales, necesitará previa autorización judicial.

## 6. Análisis constitucional de la norma acusada

El Ministerio del Interior y de Justicia considera que la norma acusada no desconoce el ordenamiento superior, toda vez que su finalidad es asegurar que el imputado pueda ejercer plenamente el derecho constitucional a la defensa, que se vería limitado si en el proceso penal acusatorio se le impide acceder sin cortapisas al material probatorio que está en manos de particulares o de entidades públicas o privadas, exigiéndole para ello autorización judicial cuando en desarrollo de esa actividad afecta derechos fundamentales de terceros.

El Fiscal General de la Nación considera, por su parte, que la obligación de las entidades públicas y privadas de suministrar datos cuando sean requeridas por la defensa para fines procesales, no implica limitación a sus garantías constitucionales, pues en su parecer no todas las formas de reserva de información se hallan dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad, de modo que sólo cuando lo solicitado haga parte del núcleo esencial de ese derecho, el defensor debe obtener autorización del juez de control de garantías y exhibir certificación del ente acusador.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia estima que lo acusado debe ser declarado exequible, pues en su criterio la inoponibilidad de reserva apunta a que los imputados puedan aprovechar la infraestructura investigativa del Estado en igualdad de condiciones que la Fiscalía, garantizándoles así la "igualdad de armas", lo cual no significa que la defensa pueda actuar a su libre albedrío, porque cuando en su labor investigativa afecta derechos fundamentales debe contar con la autorización del juez de control de garantías.

La Universidad Santo Tomás comparte los planteamientos del actor, pues en su sentir no se puede obligar a las entidades públicas o privadas, ni a las personas, que brinden a la defensa información reservada, ya que la oponibilidad de reserva es un mecanismo de protección del derecho a la intimidad y, por ende, de los secretos profesional, bancario y fiscal.

En el mismo sentido se pronuncia Asobancaria, agregando que la inoponibilidad de reserva que consagra la norma acusada no está sometida a un procedimiento que evite posibles arbitrariedades y violaciones a derechos fundamentales como la intimidad, dignidad, honra y

buen nombre, de manera que no será posible en cada caso concreto determinar si la actuación de la defensa está respetando o no el principio de razonabilidad.

El ciudadano interviniente encuentra justificado que la norma acusada permita que la defensa pueda adelantar su labor investigativa sin que se le oponga reserva alguna, pues en su sentir de esta forma se le garantiza igualdad de armas, ya que en el nuevo proceso acusatorio no cuenta con la Fiscalía en la búsqueda de elementos de prueba, sino que debe valerse de sus propios medios; por ello, juzga irrazonable que para tales efectos tenga que obtener orden judicial previa, otorgada por un juez que no ordena pruebas, lo que además la obligaría a revelar su estrategia en el juicio en desmedro del derecho a la no autoincriminación, todo por temor a un eventual desbordamiento en el uso de dicha facultad, que puede ser evitado a través de otros medios.

El Procurador propugna por la inexecutable de la disposición acusada, por considerar que la prohibición de oponer reserva está consagrada en términos tan amplios, que su aplicación por parte de la defensa en la actual coyuntura que vive nuestro país puede acarrear violación de garantías constitucionales, afectando de paso la igualdad procesal con la Fiscalía, ante la cual sí opera la inoponibilidad de reserva, pues ese ente debe someter sus actuaciones al juez de garantías cuando afecta derechos fundamentales. Por tal razón, pide a esta Corte (i) declarar inexecutable las expresiones acusadas “sin que puedan oponer reserva,” del numeral 9° del artículo 125 de la Ley 906 de 2004; (ii) condicionar la executable del texto restante de dicho numeral a la previa autorización judicial; y (iii), exhortar al Congreso con el fin de que regule debidamente la facultad para recaudar evidencias por parte de la defensa.

Analizados estos enfoques, así como las premisas y observaciones sentadas en los acápites precedentes, corresponde a la Corte examinar la norma acusada, para lo cual efectuará las siguientes consideraciones:

La disposición demandada, “sin que puedan oponer reserva”, pertenece al numeral noveno del artículo 125 del C. P. P. acusatorio, introducido por el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

Al indagar por sus antecedentes, se pudo establecer que esa medida fue propuesta ante el órgano legislativo por la Fiscalía General de la Nación a iniciativa de la Defensoría del Pueblo, siendo aprobada con arreglo a la siguiente justificación:

“1. Por iniciativa de la Defensoría del Pueblo, se formuló la Proposición número 89 presentada por el Fiscal General de la Nación y el Representante Nicolás Uribe, a través de la cual se agrega un numeral 9° al artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, referente a los deberes y atribuciones especiales de la defensa....13. Se incluye como artículo nuevo, la modificación propuesta por la Defensoría del Pueblo al artículo 125 de la Ley 906 de 2004. Al respecto, se transcribe la norma junto con el cambio propuesto, el cual se resalta: ‘ARTICULO NUEVO. El artículo 125 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal quedará así: Artículo 125. Deberes y atribuciones especiales. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él. 2.

Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral. 3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado. 4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral. 5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos. 6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral. 7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión. 8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral. 9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales. 10. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.’ JUSTIFICACION: Atendiendo necesidades expuestas por la Defensoría Pública, se adiciona una modificación al artículo 125, en el numeral 9°, para permitir actuaciones a los investigadores y técnicos reconocidos por la ley. En estos casos las entidades públicas, privadas y particulares deberán prestar la colaboración que requiera el defensor certificado como tal por la Fiscalía General de la Nación, sin que se pueda oponer reserva, con el compromiso que la información será utilizada para efectos judiciales. Esta propuesta quedó como constancia en el primer debate en Comisiones Conjuntas.”<sup>28</sup> (Mayúsculas y resaltado son del texto original).

Se deduce de lo anterior, que con la inclusión del numeral 9° se pretendió fortalecer la capacidad investigativa de la defensa en el proceso penal acusatorio, complementado de esa manera la facultad que en el mismo sentido ya estaba consignada en los artículos 267 29y 26830 de la Ley 906 de 2004, en favor de quien no es imputado y de quien ya tiene esa condición, respectivamente, en cuanto hace al recaudo y embalaje de elementos probatorios, con la diferencia de que el texto ahora acusado consagra la prohibición para las entidades públicas, privadas y particulares de oponer reserva, cuando la defensa solicita su colaboración con tales fines.

La facultad de la defensa a la que se refiere la norma acusada tiene por contexto la etapa de investigación del proceso penal donde, según se precisó, no hay lugar a controversia probatoria; por ello, hace alusión a “elementos materiales probatorios y evidencia física”, que adquieren el carácter de prueba cuando sean sometidos a contradicción posteriormente, dentro del juicio oral.

Quiso así el legislador que exista equilibrio entre las investigaciones de la defensa y del ente acusador, garantizando que el primero pueda acceder a la evidencia y que al hacerlo exista la debida ayuda por parte de las entidades públicas y privadas, así como de los particulares.

Para la Corte esa finalidad está en consonancia con el diseño constitucional del sistema penal acusatorio, que fue explicado en acápite precedente, donde para imprimirle dinámica y efectividad al proceso se ha previsto que la defensa intervenga como oponente de la Fiscalía, sin que pueda equipararse del todo a ella, siendo ahora su responsabilidad el recaudo de elementos de prueba que sustenten su teoría del caso, dado que en el nuevo esquema ya no opera la investigación integral por la Fiscalía, lo cual justifica dotar a la defensa de herramientas que compensen la situación de desigualdad inicial y así garantizar el equilibrio entre las partes, obviamente sin perjuicio de lo estatuido en el inciso final (previo al párrafo) del artículo 250 de la Constitución.

En ese orden de ideas, tendría sentido la prohibición que contiene el segmento normativo impugnado, según la cual las entidades públicas o privadas y los particulares no pueden oponer reserva al defensor cuando éste solicita su colaboración para recoger elementos de prueba, toda vez que gracias a esa medida el imputado tendría mejores posibilidades en el diseño de su programa de defensa, dirigido a controvertir los cargos que le ha formulado el fiscal, lo cual además incidiría en la eficiencia del proceso penal acusatorio, siendo esa determinación expresión del principio de solidaridad y del deber de colaboración con la administración de justicia (arts. 1° y 95-2-7 Const.).

Sin embargo, como bien lo advierten el demandante, algunos intervinientes y el Procurador, esa prohibición de oponer reserva está formulada en términos tan amplios, que en la práctica puede acarrear que entidades públicas o privadas y los particulares se vean obligados a revelar al defensor toda clase de información, incluyendo aquella que está protegida constitucionalmente<sup>31</sup> por hallarse relacionada con el derecho a la intimidad personal o familiar<sup>32</sup>, el ejercicio de las profesiones<sup>33</sup> o referirse a documentos públicos cuyo acceso ha sido restringido por mandato legal<sup>34</sup>, sin que para ello medie orden judicial previa en los términos señalados en la Constitución Política.

En tal evento, ciertamente se produciría una intervención indebida de la defensa en los derechos fundamentales de terceros, sin orden judicial previa, actuación que ni siquiera le está permitida al ente investigador, que conforme al artículo 250-3 superior debe sujetar el recaudo de evidencias a la previa autorización del juez de control de garantías, cuando al llevar a cabo la actividad investigativa afecte derechos fundamentales. Sobre este particular la jurisprudencia ha señalado:

“El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal<sup>35</sup>. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas -adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado”.<sup>36</sup>

Los preceptos superiores que amparan las mencionadas garantías constituyen límites a la actuación de las autoridades y de los particulares, quienes no pueden rebasarlos sino obteniendo la debida autorización judicial, en los casos en los que haya lugar a ella, exigencia que no puede ser desconocida ni aún con la loable intención de procurar equilibrios, toda vez que al tenor del artículo 250 superior, el permiso del juez de control de garantías constituye presupuesto para legitimar intervenciones en los derechos fundamentales, en particular aquellas medidas que impliquen injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal.

Por lo anterior, resulta desproporcionada la inoponibilidad de reserva que consagra el segmento acusado, puesto que aunque ella persiga la consecución de fines constitucionales legítimos -el adecuado funcionamiento del sistema penal acusatorio y la igualdad procesal entre las partes-, tales objetivos se alcanzarían a costa de vulnerar valores superiores tan o más significativos, como la intimidad personal y familiar, el secreto profesional, la correspondencia, etc. que, como se ha visto, en los casos consagrados en la Carta sólo pueden ser afectados o restringidos si media orden dictada por la autoridad judicial competente.

Algunos intervinientes consideran que la ausencia de autorización judicial en el numeral bajo análisis está compensada con la certificación que, conforme a lo allí dispuesto, debe expedir la Fiscalía General de la Nación, criterio que resulta inadmisibile, por cuanto la exigencia de orden judicial previa para afectar derechos fundamentales, en los eventos regulados en la Constitución, es un requisito insustituible, además porque en el diseño del sistema penal acusatorio el ente investigador fue desposeído de funciones jurisdiccionales.<sup>37</sup>

Adicionalmente observa esta Corte, que la inoponibilidad de reserva que consagra la norma acusada estaría lejos de realizar el equilibrio entre las partes en el proceso penal acusatorio, pues como esa medida cobija toda clase de información que solicite el defensor, incluyendo la de carácter reservado, en relación con esta última el imputado contaría con una ventaja relativa frente al ente acusador, pues ante el silencio de la norma sobre la exigencia de autorización judicial, la defensa podría restringir directamente derechos fundamentales de terceros, incluyendo los de las víctimas, a diferencia de la Fiscalía que tiene que obtener tal autorización cuando al realizar esa misma actividad afecta dichas garantías.

Al respecto se recordará que, por regla general, la Fiscalía no puede restringir derechos fundamentales; pero como el éxito de las actividades investigativas demanda intervenciones en aquel ámbito, la Carta autoriza excepcionalmente que el ente investigador pueda afectarlos sometiendo sus actuaciones a la supervisión del juez de control de garantías, quien deberá ponderar en cada caso particular si la restricción se ajusta o no a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

Dicho control obedece a que en el sistema procesal acusatorio la Fiscalía no ejerce funciones jurisdiccionales, siendo entonces necesario desempeñar supervisión sobre su actuación a través de un regulador imparcial, que es el juez de control de garantías, quien con tal fin efectuará un juicio de proporcionalidad, en el cual tendrá en cuenta si esos ámbitos reservados pueden o no ser objeto de intromisión.

Según se explicó en precedencia, en ese esquema la defensa no puede motu proprio ordenar

y menos realizar actividades que impliquen limitación de derechos fundamentales, pues dicha facultad está reservada al juez y por excepción a la Fiscalía. Sin embargo, si su tarea investigativa implica afectar esas garantías, no puede actuar inopinadamente, pues deberá solicitar autorización judicial.

También se expuso en acápite anterior, que de acuerdo con lo dispuesto en numeral tercero del artículo 250 de la Constitución, la Fiscalía debe obtener autorización del juez de control de garantías si al asegurar los elementos materiales, adopta medidas adicionales que restrinjan derechos fundamentales, exigencia que, aunque la norma superior en comento no lo diga expresamente, también se extiende a la defensa, pues de lo contrario se alteraría el equilibrio al dotar en ese campo a un actuante de una herramienta más poderosa, colocándole en situación de preeminencia respecto del otro.

Quiere significar lo dicho, que al desplegarse la actividad investigativa no se puede actuar arbitrariamente, pues ante todo serán respetados los límites que impone la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, por lo cual los titulares de estas garantías están habilitados para oponerse a toda intervención que implique afectación de las mismas y no haya sido autorizada judicialmente.

Las anteriores razones serían entonces suficientes para retirar definitivamente del ordenamiento jurídico la expresión impugnada “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 125 del C. P. P. acusatorio, a no ser porque, como bien lo advierte el Fiscal General no toda información en poder de entidades públicas o privadas y de particulares está sometida a reserva, sino sólo aquella que goza de ese fuero por mandato de la Constitución y de la ley, lo cual justifica mantener vigente tal prohibición a fin de evitar que bajo el pretexto de una reserva inexistente, se obstruya el trabajo investigativo de la defensa, dejándola en situación de desventaja frente al ente investigador, tal como conceptuaron los intervinientes por el Ministerio del Interior y de Justicia y la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Aún así, la Corte no puede acoger la propuesta del Fiscal General ni del ciudadano interviniente de declarar la exequibilidad pura y simple del texto demandado, pues contrariamente a sus planteamientos, los posibles excesos de la defensa en el uso de la facultad de recoger evidencias sin lugar a inoponibilidad, entrañan un riesgo real y actual para el derecho fundamental a la intimidad de terceros y otras garantías y valores superiores, como lo hace ver acertadamente el Procurador General en su concepto, los cuales no se superarán dejando simplemente en manos de la autoridad competente su investigación y sanción, de modo que será indispensable un pronunciamiento del juez constitucional que pondere esas circunstancias.

Se presenta así un dilema que reclama adecuada solución: si esta Corte retira del ordenamiento jurídico el segmento normativo impugnado, por paradójico que parezca, podría atentar contra el equilibrio procesal al privar a la defensa de un mecanismo que facilita su tarea investigativa y también redundaría en beneficio de la eficacia del sistema acusatorio; y si declara su constitucionalidad pura y simple, coloca en riesgo de real vulneración el derecho

fundamental a la intimidad personal de terceros, al obligarlos a revelar toda clase de información sin orden judicial previa, cuando de datos reservados se trata.

Debe hallarse entonces una fórmula que permita resolver exitosamente esa tensión valorativa entre, ora los derechos de la defensa y la eficacia del proceso penal, ora las garantías fundamentales de terceros, sin que resulten sacrificados unos u otros.

Con tal fin debe recordarse que en casos como el que se analiza, la alternativa viable para paliar excesos por exequibilidad o inexecuibilidad, consiste en mantener dentro del ordenamiento la disposición legal censurada, pero modulando o condicionando su permanencia a determinada interpretación conforme con la Constitución.

El fundamento de esa medida es el llamado principio de conservación del derecho, que para la Corte tiene como soporte el imperativo de que los tribunales constitucionales no sólo deben “maximizar la fuerza de los contenidos normativos de la Carta sino también evitar el desmantelamiento del orden jurídico”, por lo cual “es siempre preferible aquella decisión constitucional que, dentro de los marcos de la Carta, permite preservar la labor del Congreso, que aquella que supone su anulación”.<sup>38</sup>

Según la jurisprudencia, en virtud del mencionado principio el juez constitucional debe abstenerse de desmontar el sistema normativo, a menos que la expulsión de la norma legal sea completamente indispensable para garantizar la integridad del texto constitucional.<sup>39</sup> Es decir, que el juez constitucional eliminará del ordenamiento normativo aquella disposición que definitivamente sea incompatible con el régimen constitucional, salvo que admita una lectura acorde con los parámetros de la Carta, caso en el cual “es su deber mantenerla en la legalidad a fin de respetar el principio democrático que se expresa mediante la expedición de la ley por parte del Congreso”.<sup>40</sup>

Así procederá la Corte en el asunto bajo revisión, toda vez que no obstante que las expresiones acusadas “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, presentan las deficiencias advertidas anteriormente, su exequibilidad puede ser condicionada a una interpretación conforme con el estatuto fundamental.

En este orden de ideas y con el fin de que la inoponibilidad de reserva que establece la norma acusada tenga validez constitucional, debe entenderse que ella tiene aplicación en aquellos eventos en los cuales la defensa ha obtenido autorización del juez de control de garantías, cuando su tarea de búsqueda, identificación, recolección y embalaje de material probatorio, realización de entrevistas y valoraciones, afecte derechos fundamentales.

Según se explicó, dicha autorización no implica que ese juez esté decretando pruebas ni se esté pronunciando sobre el valor de las evidencias cuyo recaudo autoriza, ya que en procura de salvaguardar los derechos fundamentales toma una decisión acerca de la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de restringir tales garantías, en un caso concreto. De esa manera, asegura la legalidad de la actuación investigativa de la defensa en los casos en que

afecte derechos fundamentales, para lo cual el juez deberá realizar un juicio de proporcionalidad similar al que se aplica para autorizar medidas de revisión corporal:

“En virtud del principio de reserva judicial de las medidas que implican afectación de derechos, en cada caso concreto, el juez de control de garantías deberá hacer un juicio de proporcionalidad de la medida cuya autorización se le solicita. Para ello deberá determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar la medida de intervención corporal es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es o no pertinente, y de serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin; si además de idónea, es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación.” 41

Al extender esa autorización, el juez también deberá tener en cuenta que “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” (art. 27 L. 906/04), al igual que los principios de utilidad y circulación restringida que rigen el proceso de acopio, administración y circulación del dato personal<sup>42</sup>, todo lo cual indica que, contrariamente a la opinión del Procurador, sí existen parámetros que permiten al juez regular la actuación de la defensa en materia de recaudo de evidencia.

Con todo, no basta condicionar la exequibilidad del segmento acusado “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, al cumplimiento de orden judicial, para así precaver violaciones a derechos fundamentales de terceros, pues se estaría enviando el mensaje equivocado de que toda actuación de la defensa tendiente a recoger elementos de prueba necesita autorización judicial, lo cual sería contraproducente en la medida en que restringiría e incluso enervaría el rol que constitucionalmente se le asigna a ese sujeto procesal en el sistema penal acusatorio, representando de paso gran sobrecarga de trabajo en la función de control de garantías.

Por ello, para que ese condicionamiento tenga sentido, además es indispensable precisar que la orden judicial es exigible cuando la actividad investigativa de la defensa efectivamente restrinja o limite derechos fundamentales de terceros, con lo cual quedan a salvo el equilibrio procesal, indispensable para el funcionamiento del sistema penal acusatorio y, principalmente, la garantía superior de la intimidad personal, cuya protección debe procurar el Estado.

Con todo, la Corte considera conveniente resaltar la indispensabilidad de que los organismos técnicos de investigación a los que acudan la Fiscalía y la defensa en pro de su respectiva causa, sean públicos o privados, nacionales o extranjeros, siempre actúen con probidad,

independencia e imparcialidad.

Así, se declarará la exequibilidad del segmento normativo acusado “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, entendiendo que las entidades públicas y privadas, así como los particulares, no pueden oponerla al defensor que ha obtenido autorización del juez de control de garantías, si se afectaren derechos fundamentales.

## VII. 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

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo atinente al quebrantamiento del artículo 15 de la Constitución Política, la expresión “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que las entidades públicas y privadas así como los particulares, no pueden oponer reserva al defensor que ha obtenido la autorización del juez de control de garantías, el cual ponderará si se justifica la afectación de derechos fundamentales.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Con salvamento de voto

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Impedimento aceptado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

Con aclaración de voto

## MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO

DE LA MAGISTRADA CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

A LA SENTENCIA C-186 DE 2008

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Fiscalía no se encuentra en plano de igualdad con la defensa (Aclaración de voto)/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Fiscalía es la entidad competente para asegurar elementos materiales probatorios (Aclaración de voto)/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-A la Fiscalía le corresponde garantizar la cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción (Aclaración de voto)

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia por confrontación con artículo específico de la Constitución (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6876

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9° (parcial) del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007.

Magistrado Ponente:

Aunque comparto la decisión final a la cual llegó la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia C-186 de 2008, procedo a manifestar respetuosamente los motivos que me llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Como tuve oportunidad de expresarlo en el desarrollo del debate que se cumplió al interior de la Sala, mis intervenciones principalmente tuvieron por finalidad denotar i) la oportunidad en que resulta aplicable el principio de igualdad de armas, ii) en el recaudo de los elementos probatorios por la Fiscalía además de la autorización judicial cuando se afecten derechos fundamentales existen una serie de procedimientos y reglas que deben cumplir y responder la cadena de custodia, iii) no puede trasladarse integralmente todas las facultades de la Fiscalía a la defensa sin apreciar determinadas circunstancias, iv) no es que la defensa no pueda estar presente en las inspecciones y hacer observaciones sino que no podría recoger elementos probatorios sin ningún límite o control, v) no puede sostenerse que la Fiscalía se encuentra en el mismo plano de la defensa toda vez que es la entidad competente para asegurar los elementos materiales probatorios garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción, y vi) para acopiar los temas mencionados expuse las dificultades que se presentan por cuanto el examen de la norma legal del cual parte la ponencia se restringió al derecho a la intimidad (art. 15 superior)<sup>43</sup>.

De esta manera, una vez el ponente concluyó los ajustes que haría a la ponencia según las observaciones que se le realizaron<sup>44</sup>, insistí conforme a mi intervención anterior en la dificultad que se presentaba por cuanto el condicionamiento plasmado en la ponencia comprendía únicamente el artículo 15 de la Constitución y, en esa medida, no quedaría

juzgada la disposición legal frente al artículo 250-3 Superior. De ahí que pueda sostener que la línea de argumentación que expuse durante el debate resulta en un todo coherente y armoniosa, lo cual además vino a confirmarse por la Sala Plena al determinar que el examen de constitucionalidad se limitaría al artículo 15 de la Constitución, excluyendo de esta manera su estudio frente artículo 250-3 Superior.

A pesar de compartir la decisión bajo el condicionamiento que determinó la Sala, encuentro que el texto de la sentencia no refleja integralmente las observaciones que se vertieron sobre la ponencia. Ello por cuanto si bien se introdujo un acápite sobre el derecho a la intimidad personal (art. 15 superior), su referencia quedó prácticamente reducida a transcripciones de decisiones de esta Corporación, que no desarrollan ni profundizan la cuestión planteada en cuanto a la norma parcialmente acusada (la no oposición de reserva frente a la defensa) y bajo el sentido del condicionamiento acogido por la Sala. Adicionalmente, otros aspectos que la Sala acordó que no fueran mencionados continúan desafortunadamente presentes en la decisión.

Recordemos que además de las inquietudes que expuse en la Sala se expresaron otras en el sentido de matizar lo concerniente a la naturaleza del nuevo sistema penal de tendencia acusatoria y referir a la sentencia C-799 de 2005 respecto a cuándo empieza la defensa<sup>45</sup>, la recolección de los elementos materiales probatorios según el momento<sup>46</sup>, la no afectación por su descubrimiento bajo el respeto de la estructura del procedimiento penal acusatorio<sup>47</sup> y el conjunto de las facultades de la defensa podría afectar el artículo 15 superior al no poder oponerse reserva<sup>48</sup>; todo ello bajo la égida que la disposición legal parcialmente acusada quedaría examinada sólo respecto al artículo 15 de la Constitución. Así mismo, al no ser objeto de estudio frente al artículo 250-3 de la Constitución, la sentencia no ha debido referir a dicho mandato superior<sup>49</sup>.

Así dejo expresado los argumentos que me llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-186 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Inoponibilidad de reserva para acceso de la defensa a material en poder de particulares o entidades públicas o privadas no admite condicionamiento alguno (Salvamento de voto)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Facultades de la defensa relativas al recaudo de material probatorio son decisivas para la efectividad del derecho de defensa y la igualdad de armas dentro del proceso (Salvamento de voto)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Disposición sobre inoponibilidad de reserva para acceso de la defensa a material probatorio y evidencia física garantiza la igualdad de armas dentro del proceso penal (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-6876

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9º (parcial) del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, "Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana"

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a lo resuelto en el ordinal primero de este fallo, mediante el cual se decide declarar exequible, por el cargo atinente al quebrantamiento del artículo 15 de la Constitución Política, la expresión "sin que puedan oponer reserva" del numeral 9º del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que las entidades públicas y privadas así como los particulares, no pueden oponer reserva al defensor que ha obtenido la autorización del juez de control de garantías, el cual ponderará si se justifica la afectación de derechos fundamentales". Las razones de mi disenso, son las que me permito exponer a continuación:

1. El suscrito magistrado se aparta de esta decisión, toda vez que en mi concepto la expresión acusada es constitucional en forma íntegra sin lugar a condicionamiento alguno, ya que considero que no existe una interpretación de esta disposición que contravenga la Constitución, sino que muy por el contrario, resulta de un todo acorde con la garantía de defensa plena y efectiva dentro del proceso penal.

2. Adicionalmente considero necesario realizar una serie de precisiones sobre el tema de que trata la norma acusada, esto es, de si puede oponerse reserva o no.

En primer lugar, me permito anotar que esta disposición garantiza la igualdad de armas dentro del proceso penal, ya que la Fiscalía como ente acusador, investiga desplegando un gran aparato con el que no cuenta la defensa, como laboratorios e instrumentos técnicos que no están al alcance o que no son de fácil acceso para los particulares.

En segundo lugar, considero que si se actúa en el ámbito público, la regla general es la de la publicidad y por tanto la de la no existencia de secretos ni reservas. Por tanto con esta norma considero que el legislador vuelve a la regla general de la publicidad. A mi juicio tal regla de publicidad, traducida mediante el precepto de que no es oponible reserva, no hay que condicionarla de manera alguna. En mi criterio, el defensor tiene que tener acceso a la colaboración que le puedan prestar las entidades públicas y privadas para el recaudo del material probatorio necesario que garantice el efectivo derecho de defensa dentro del proceso penal, sin que estas puedan oponer reserva.

Ahora bien, la reserva la puede imponer el propio legislador en ciertos casos, como cuando la prevé con el fin de preservar ciertos asuntos. Sin embargo, en estos casos considero que la reserva sólo opera respecto del informante pero no de la información suministrada por éste. Por tanto, la reserva es limitada y específica, sólo respecto de ciertos aspectos.

De otra parte, considero inadecuado realizar en este caso la diferencia entre el interés

público y el privado para justificar la procedencia de la reserva en ciertos casos, por cuanto esta diferenciación es bastante discutible, ya que por ejemplo, cuando se defiende a un inocente este asunto constituye también uno de interés público. Por tanto considero improcedente realizar dicha diferenciación entre lo público y lo privado, y más bien estimo necesario recabar en que con esta norma se restableció la regla general de la publicidad.

Por todo lo anterior, insisto en que a mi juicio la norma lo que hace es volver a la regla general de publicidad propia del Estado de Derecho. En consecuencia, considero que el precepto demandado no da lugar a una interpretación inconstitucional.

3. Ahora bien, debo insistir en que con esta norma se pretende garantizar el equilibrio dentro del proceso penal restableciendo la igualdad de armas entre el ente acusador y la defensa del imputado. Así para ejemplarizar el desequilibrio existente entre el ente investigador y acusador, y la defensa, es de recordar que cuando se presenta un hecho que constituye un delito lo primero que sucede es que al hacer presencia la policía judicial, ésta recauda todo el material probatorio existente en la escena de los hechos a través de los técnicos especializados autorizados por la ley.

En este sentido me permito citar algunas disposiciones que permiten actuaciones encaminadas al recaudo de material probatorio por parte de la policía judicial sin requerir autorización judicial previa, contenidas en el capítulo II, del título I del Libro II de la Ley 906 de 2004:

“Artículo 213. Inspección del lugar del hecho. Inmediatamente se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, el servidor de Policía Judicial se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará minuciosa, completa y metódicamente, con el fin de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo.

El lugar de la inspección y cada elemento material probatorio y evidencia física descubiertos, antes de ser recogido, se fijarán mediante fotografía, video o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano.

Artículo 214. Inspección de cadáver. En caso de homicidio o de hecho que se presuma como tal, la policía judicial inspeccionará el lugar y embalará técnicamente el cadáver, de acuerdo con los manuales de criminalística. Este se identificará por cualquiera de los métodos previstos en este código y se trasladará al centro médico legal con la orden de que se practique la necropsia.

Cuando en el lugar de la inspección se hallaren partes de un cuerpo humano, restos óseos o de otra índole perteneciente a ser humano, se recogerán en el estado en que se encuentren y se embalarán técnicamente. Después se trasladarán a la dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o centro médico idóneo, para los exámenes que correspondan.

Artículo 215. Inspecciones en lugares distintos al del hecho. La inspección de cualquier otro

lugar, diferente al del hecho, para descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física útiles para la investigación, se realizará conforme con las reglas señaladas en este capítulo.

Artículo 216. Aseguramiento y custodia. Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en alguna de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia.

Artículo 217. Exhumación. Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, el fiscal así lo dispondrá. La policía judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección. Técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará al centro de Medicina Legal, en donde será identificado técnico-científicamente, y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación.”

Todas las actuaciones de que tratan los anteriores preceptos se realizan sin orden judicial. Así considero que cuando se formula la imputación, la Fiscalía tiene ya todo el material probatorio necesario para ello. Nombrado el abogado, éste debe estar presente en la imputación y debe poder realizar observaciones. De esta manera, encuentro que al defensor no se le puede coartar la posibilidad de estar allí presente en la diligencia de imputación.

Por consiguiente, considero que en pro de restablecer la igualdad de armas no se le pueden quitar a la defensa más facultades o atribuciones relativas al recaudo de material probatorio, ya que hay que reconocerle y garantizarle esa posibilidad de recaudo de material probatorio a la defensa dentro del actual sistema acusatorio.

4. En relación con el tema del equilibrio en materia de pruebas y garantía del derecho de defensa dentro del proceso penal y la igualdad de armas, me permito reiterar la reciente jurisprudencia de esta Corte plasmada en la sentencia C-563 del 2008, con ponencia del suscrito magistrado, en relación con este tema respecto de las facultades del imputado y la defensa en materia de recaudo de material probatorio dentro del proceso penal de que tratan los artículos 268 de la Ley 906 de 2004 y el numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007.

Sobre este tema de las facultades en materia de recaudo de pruebas por parte del imputado y de la defensa y el concomitante tema del equilibrio de armas, dijo la Corte en la sentencia en mención:

“2. Artículo 268 (parcial) de la Ley 906 del 2004 y numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1142 del 2007

## 2.1 El principio de Igualdad de Armas

2.1.1 El principio de igualdad de armas (equality of arms en la tradición anglosajona y Waffengleichheit en la tradición europea continental) constituye entonces un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso

penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo.

En efecto este principio aboga por no sólo por la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones, sino también en procurar la participación del acusado en el proceso, tema que ocupará a la Corte en el próximo acápite de esta decisión, en condiciones que enmienden el desequilibrio entre los medios de que dispone éste y de los que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

Ahora bien, este principio tiene una aplicación importantísima relativa al pleno ejercicio de la defensa penal, la cual incluye el contar necesariamente con un abogado, un intérprete, o con la posibilidad de ser oído en defensa propia si fuere el caso, así como con el tiempo y medios razonables para interactuar con quien va a obrar como representante y, para ejercer las facultades en cuanto al recaudo de material probatorio dentro del proceso penal, la solicitud de las pruebas que considere pertinentes y la interacción frente a las pruebas que presente el ente acusador.

De este modo, el principio de igualdad de medios o de armas implica, para el caso que nos ocupa, que el imputado dentro del proceso penal pueda ejercer las facultades en materia probatoria y desde la etapa de investigación previa que la ley le otorga, y ello sin encontrarse limitado o condicionado en dicho ejercicio por el ente acusador, el cual como se anotó tiene superioridad de medios en materia de investigación, sino que cualquier límite en dicho ejercicio y ello en aras de garantizar derechos fundamentales, debe venir impuesto por un juez.

Esta garantía en el ejercicio de los medios de defensa desde la etapa de investigación previa, busca no sólo favorecer al acusado, sino que también protege aquellas garantías que permiten tender hacia la equiparación de medios, respecto de los medios con los que cuenta el acusador, dado el hecho de que la Fiscalía como ente estatal acusador, cuenta dentro del proceso penal con superioridad de medios para investigar, acusar o no acusar, precisamente por lo cual, el sistema penal debe buscar la nivelación de este ente con los acusados, como maximización del valor de la justicia en los procesos penales.

En resumen, para esta Corte el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso.

A partir de ello, la protección principio de defensa y contradicción debe garantizarse, de tal

manera que se permita en el desarrollo del proceso penal, tomar medidas para equiparar en el mayor grado que se pueda, las posibilidades para que el imputado, el acusado y su defensa presenten el caso desde una posición que no sea manifiestamente desventajosa frente a la Fiscalía, en este caso en relación con la facultad de recaudo de material probatorio en la etapa de investigación. Con ello se proyecta la satisfacción del principio de igualdad de medios o igualdad de armas, cuyo desarrollo implica una ampliación tanto de las garantías para preparar una defensa técnica estratégica, como de la carga de la Fiscalía para sustentar probatoriamente la acusación.

Al tenor de estas consideraciones, la jurisprudencia de esta Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial cuya orientación ha sido precisamente buscar la equiparación entre acusador y acusado, tanto en cuanto a las facultades en materia probatoria, tema que nos ocupa en este acápite, como también en relación con la situación específica de los deberes de los funcionarios judiciales para lograr la comparecencia del imputado al proceso, tema que ocupará a esta Corte en el acápite siguiente.

2.1.2 En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte<sup>50</sup> ha estudiado el principio de igualdad de armas en relación con el sistema probatorio de corte acusatorio.

La Corte se refirió a la definición y concepto del principio de igualdad de armas, afirmando que con este principio se quiere indicar que "(...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (Resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas "exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente".

En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se hace derivar del artículo 6.1, contenido del principio jurídico conocido bajo el brocardo "audiatur et altera pars" y que literalmente significa, escuchar también a la otra parte. Dice al respecto la Convención Europea:

Artículo 6 . Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia."

En oportunidad la Corte expresó:

“En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes.”<sup>51</sup>

2.1.3. En relación con el nuevo sistema acusatorio, la jurisprudencia de esta Corte ha concluido que la igualdad de armas es una característica esencial de los sistemas penales de tendencia acusatoria, en cuanto éstos sistemas tienen una configuración estrictamente adversarial, esto es, que tanto el ente acusador como el acusado se deben enfrentar en igualdad de condiciones en materia de acusación y defensa, ante un juez imparcial que debe valorar el acerbo probatorio para fallar. Así lo ha expresado la Corte:

“(E)l principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.”<sup>52</sup>

En este mismo sentido, la Corte ha resaltado la circunstancia de que desde el punto de vista metodológico, el principio de igualdad de armas responde a la lógica que impone la metodología de investigación de los sistemas penales de tendencia acusatoria, ya que en este sistema ambas partes procesales, tanto la Fiscalía como al imputado o acusado, le es dable recaudar material probatorio durante la etapa de investigación, así como solicitar y controvertir pruebas en la etapa de juicio, lo cual pone en evidencia el papel diligente y activo que se le otorga al imputado y acusado en materia probatoria durante las diferentes etapas del proceso penal.

(...)

2.1.4 De las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que dada la finalidad constitucional del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, el cual busca mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, la defensa debe estar en posibilidad de ejercer las facultades que le han sido otorgadas por la misma ley para el recaudo, solicitud y contradicción de pruebas, tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juicio, y ello sin ninguna limitante por parte de su contraparte, esto es, del ente acusador, sino con las limitantes propias del Estado de Derecho

respecto de la afectación de terceros y la afectación de derechos fundamentales, control que le corresponde ejercer a un juez de la República, en la etapa de investigación al juez de control de garantías y en la etapa de juicio al juez de conocimiento.

Así mismo, concluye esta Sala que el principio de igualdad de armas tiene aplicación también en relación con la posibilidad para el imputado y su defensa de escoger la entidad de carácter técnico científico que deba conceptuar respecto del material probatorio recaudado por el imputado y su defensor durante la etapa de investigación, y no estar sujeto a una entidad que depende de su contraparte, esto es, del ente acusador.

## 2.2 Las facultades del imputado en materia probatoria y el actual paradigma constitucional de tendencia acusatoria

2.2.1 En relación con las facultades del imputado dentro del actual paradigma constitucional de tendencia acusatoria se ha pronunciado esta Corporación en numerosa jurisprudencia<sup>53</sup>, en la cual se sostiene que el poder de prueba dentro del actual esquema acusatorio se radica tanto en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como en cabeza del acusado y del Juez. Se afirma que en el nuevo sistema acusatorio -numeral 4 y el último inciso del artículo 250 de la Carta- se introdujeron modificaciones importantes en materia probatoria, dentro de las cuales se encuentra el 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.

Así mismo, ha insistido esta Corporación que el poder de contradicción, constituye un aspecto esencial del derecho de defensa por parte del acusado, derecho que mantiene plenamente su status de garantía fundamental de la persona, y se materializa con la sujeción constitucional de la etapa de juzgamiento a los principios de oralidad y contradicción.

2.2.2 En la jurisprudencia de la Corte se destaca la función que asigna el numeral 3 del artículo 250 constitucional a la Fiscalía, la cual no se encontraba prevista en la Carta de 1991, relativa a “asegurar los elementos materiales probatorios”, para lo cual deberá garantizar la cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción de tales pruebas. Asimismo, se pone de relieve el que el sistema acusatorio establece una regla general no prevista en el esquema de funciones original de 1991, el que en caso de requerirse medidas adicionales para asegurar elementos materiales probatorios, que impliquen afectación de derechos fundamentales, se deberá contar con autorización judicial por parte del juez que ejerza la función de control de garantías.

Así mismo la jurisprudencia de esta Corte ha establecido en materia probatoria y bajo el nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, que si bien la etapa del juicio tiene preponderancia frente a la fase de investigación, por cuanto en ella se practicarán las pruebas que servirán de fundamento para la sentencia, de conformidad con los principios de inmediación y de contradicción, siendo por ello esta etapa de juicio el eje del proceso penal, la fase de investigación tiene también en el nuevo esquema acusatorio una importancia fundamental como fase de preparación para el juicio tanto por parte de la Fiscalía como por parte del imputado y su defensa, para que en la etapa de juicio se practiquen y valoren en

forma pública y con participación del imputado el material probatorio que se hubiere recaudado en la etapa de investigación, conforme a los principios de concentración, inmediación y contradicción de la prueba<sup>54</sup>.

Así también, 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 en el nuevo sistema acusatorio 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.

(...)

2.2.6 Para efectos del presente estudio de constitucionalidad es especialmente relevante el tema de la actividad probatoria del imputado dentro de la investigación previa, respecto de lo cual esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, y con ello la igualdad de armas, en relación con la actividad probatoria que se desarrolla dentro de la etapa preliminar por parte del imputado y su defensor.

En este orden de ideas, esta Corte en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la importancia de garantizar el derecho de defensa del imputado en general y específicamente durante la etapa de investigación previa en relación con el material probatorio a ser recabado <sup>55</sup>. En este sentido esta Corporación ha sostenido que la investigación previa es una etapa preprocesal en donde el Estado debe determinar si una conducta ha ocurrido, si está tipificada en la ley penal, si se configura una causal de ausencia de responsabilidad y si la acción penal es procedente, así como la identificación del autor o autores del hecho, etapa durante la cual, dentro del marco del actual sistema acusatorio, no sólo el ente acusador sino también el imputado y la defensa tienen el derecho y la facultad de recaudar el material probatorio que permitan esclarecer estos interrogantes penales. Por las razones anteriores, la etapa de investigación previa reviste especial importancia tanto para el sistema punitivo como para el imputado, razón por la cual durante esta etapa debe protegerse y garantizarse plenamente el derecho de defensa y sus principios, entre ellos la igualdad de armas.

(...)

En armonía con lo expuesto, es dable afirmar que la Corte ha entendido que el debido proceso y el derecho de defensa, deben garantizarse plenamente en la fase de investigación previa al imputado y su defensa, frente al gran poder que en este sentido tiene el ente acusador, ya que si esta etapa se desarrolla sin la participación activa del imputado y su defensa en relación con las facultades que le son atribuidas respecto del recaudo de material

probatorio, el derecho de defensa y la igualdad de armas que no se garantizaron durante esta etapa decisiva, terminará afectando también y de manera directa el resto de etapas dentro del proceso penal.

(...)

Por consiguiente, es claro para esta Sala que el pleno ejercicio del derecho de defensa y la igualdad de armas, especialmente en lo que respecta a las facultades del imputado y su defensa dentro de la investigación previa, son esenciales para el direccionamiento, desarrollo y posterior culminación del proceso penal, y con ello también para la suerte final del procesado.

Así dentro del nuevo sistema acusatorio y la vigencia de la Ley 906 del 2004 ha sostenido esta Corte que si bien dentro de esta etapa no se realizan estrictamente “pruebas”, excepción hecha de las mencionadas “pruebas anticipadas”, debe garantizarse plenamente el recaudo de material probatorio tanto por parte de la Fiscalía y especialmente por parte del imputado y su defensa.

2.2.7 De todo lo anterior, la Sala concluye dentro del marco de actual sistema penal acusatorio, se introdujeron cambios estructurales fundamentales respecto de la actividad probatoria por parte de la Fiscalía, del imputado, del acusado, del defensor y del juez, cambios que esta Corporación ha encontrado como de los más relevantes dentro de las modificaciones introducidas por el nuevo esquema penal<sup>56</sup>. En materia probatoria, pertinente para el presente proceso de constitucionalidad, estos elementos se refieren a que:

(i) Tanto la Fiscalía como al imputado están facultados dentro del actual sistema penal de tendencia acusatoria para el recaudo de material probatorio, relativo a evidencia física e información que permita esclarecer los elementos del delito, material que será decisivo para el posterior desarrollo del proceso penal, especialmente para el momento de la acusación y el descubrimiento de las pruebas de cargo por parte de la Fiscalía, como para que el imputado y su defensa hagan valer durante el juicio oral el material probatorio por ellos aportado.

(...)” (subrayas fuera de texto)

En conclusión, las facultades de la defensa relativas al recaudo de material probatorio dentro del proceso penal son decisivas para la efectividad del derecho de defensa y la igualdad de armas dentro del proceso penal.

5. Finalmente, el suscrito magistrado se permite realizar una observación, en cuanto a que no soy amigo de los derechos a medias. Por esta razón considero que el derecho de defensa y las correlativas atribuciones relativas al recaudo de material probatorio por parte de la defensa, son necesarias para la investigación y la efectividad del derecho de defensa y la igualdad de armas dentro del proceso penal.

Con fundamento en lo expuesto, debo expresar mi salvamento de voto a la presente

sentencia.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 SU-056 de 1995 (febrero 16), M. P. Antonio Barrera Carbonell. Reiterada en sentencia C-692 de 2003 (agosto 12), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

2 Sentencia T-696 de 1996 (diciembre 5), M. P. Fabio Morón Díaz. Reiterada en sentencias T-169 de 2000, (febrero 24), M. P. Alfredo Beltrán Sierra y T-1233 de 2001 (noviembre 22), M. P. Jaime Araújo Rentería.

3 Sentencia T-696 de 1996.

4 Sentencia SU-528 de 1993 (noviembre 11). M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 T-787 de 2004 (agosto 18), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

6 Cita en la cita: “Véase, por ejemplo, la sentencia SU-256 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo mesa), referente a la protección de los derechos a la dignidad humana y a la intimidad personal, en relación con la improcedencia de pruebas de VIH para acceder o permanecer en una actividad laboral.”

7Cita en la cita: “Sentencia C-053 de 2001. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.”

8 T-552 de 1997 (octubre 30), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

9 Cita en la cita: “En ‘Estudios sobre el derecho a la intimidad’. Editorial Tecnos. Madrid 1982. Pág. 17.”

10 Cita en la cita: “sentencia T-530 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

11 T-414 de 1992 (junio 16), M. P. Ciro Angarita Barón.

12 T-787 de 2004 (agosto 18) M. P. Rodrigo Escobar Gil.

13 T-552 de 1997 (octubre 30), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

14 T-787 de 2004.

15 C-692 de 2003 (agosto 12), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 T-787 de 2004.

17 C-873 de 2003 (septiembre 30), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-591 de 2005 (junio 9), M. P. Clara Inés Vargas Hernández; C-592 de 2005 (junio 9), M. P. Álvaro Tafur Gálvis; C-1194 de 2005 (noviembre 22), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

18 C-591 de 2005.

19 C-799 de 2005 (agosto 2), M. P: Jaime Araújo Rentería.

20 C-591 de 2005 (junio 9), M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 C-1194 de 2005.

22 C-591 de 2005. Así mismo, en sentencias C-730 (julio 12) y C- 1001 (octubre 3) de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte al pronunciarse sobre la inexecutable de algunos apartes de los artículos 2° y 300 de la Ley 906 de 2004, reiteró el carácter excepcional de la facultad de realizar capturas por parte de la Fiscalía General de la Nación.

23 C-519 de 2007 (julio 11), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

24 Cita en la cita: “Modificado mediante Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2”.

25 C-822 de 2005 (agosto 10), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 C-336 de 2007 (mayo 9), M. P. Jaime Córdoba Triviño.

27 C-1092 de 2003 (noviembre 19), M. P. Álvaro Tafur Galvis.

28 Cfr. Gaceta N° 124 de 2007.

29 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.

30 Artículo 268. Facultades del imputado. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.

31 Según la jurisprudencia, la información se clasifica en pública, semi-pública, privada y reservada. Información pública es aquella que “puede ser obtenida y ofrecida sin reserva

alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno". La semi-privada se refiere a información personal o impersonal y su acceso y conocimiento tiene grados mínimos de limitación, de tal forma "que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas". La privada también contiene datos personales o impersonales, "pero por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio". La información reservada, por su parte, está compuesta por información personal, estrechamente relacionada con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad-, por lo que "se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados 'datos sensibles' o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.". (Cfr. T-729 de 2002, C-692 de 2003 y C-336 de 2007).

33 El artículo 28 ibídem establece: "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley./ La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley./ En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles."

34 El artículo 74 de la Constitución preceptúa: "Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley./ El secreto profesional es inviolable".

35 Cita en la cita: "Sobre las injerencias en la vida privada el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado: '(...)'7. Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto. En consecuencia, el Comité recomienda que los Estados señalen en sus informes las leyes y reglamentos que regulan las injerencias autorizadas en la vida privada. 8. Incluso con respecto a las injerencias que sean conformes al Pacto, en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias. La decisión correspondiente competecerá sólo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la

autorización necesaria tras examinar cada caso en particular. El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de jure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones. Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento'. (Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 16)".

36 C-336 de 2007 (mayo 9), Jaime Córdoba Triviño.

37 C-1194 de 2005.

38 C-600 A de 1995 (diciembre 11), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

39 C-797 de 2004 (agosto 24), M. P. Jaime Córdoba Triviño.

40 C-797 de 2004.

41 C-822 de 2005.

42 Según el principio de utilidad, el acopio, procesamiento y divulgación de los datos personales, debe cumplir una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; por ello, está prohibida la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable. Según el principio de circulación restringida, la divulgación y circulación de la información está sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos, por la autorización del titular y por el principio de finalidad, de tal forma que queda prohibida la divulgación indiscriminada de los datos personales (cfr. T-729 del 5 de septiembre de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

43 Las tres intervenciones reposan en el Acta No. 7, sesión del 27 de febrero de 2008.

44 En el desarrollo del debate intervinieron los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Jaime Córdoba Triviño, Humberto Antonio Sierra Porto y Manuel José Cepeda Espinosa.

45 Intervención del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

46 Intervenciones de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández y del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

47 Intervención del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

48 Intervención del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

49 Páginas 21, 29 y 31 de la sentencia C-186 de 2008.

50 Ver Sentencia C-1194 del 2005, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde se estudió el principio de igualdad de armas en aras de resolver un cuestionamiento constitucional

frente al descubrimiento de la prueba en el nuevo modelo acusatorio. En esta decisión la Corte declaró al exequibilidad del artículo 356 del C.P.P.

51 Sentencia C-396 del 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

52 Sentencia C-1194 del 2005, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

53 Ver sentencias C-783-03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-591 del 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, C-1260 del 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, y C-396 del 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

54 Ver sentencias C-830 del 2003 y C-1260 del 2005.

55 Ver Sentencia C-1291 del 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-033 del 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, ambas sobre disposiciones de la Ley 600 del 2000.

56 Ver sentencia C-396 del 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.