

UNIDAD NORMATIVA-Integración

ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Requisitos

ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Existencia de motivos fundados a través de la declaración de testigo y de informante/ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Posibilidad del fiscal de interrogar al informante para establecer respaldo probatorio

El segundo inciso del artículo 221 del nuevo C.P.P. determina, que cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. En tanto que si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. Si bien el primer inciso del artículo 221 de la Ley 906 de 2004 alude a “declaración jurada de testigo o informante”, en el segundo inciso del mismo se establece una clara diferencia entre el testigo y el informante, en el sentido de que mientras que el primero deberá estar presente ante el fiscal “con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad”; en relación con el segundo, por el contrario, se establece que “la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable”. De tal suerte que, si bien testigo o informante deben someterse a una declaración jurada rendida ante una autoridad que ejerce ciertas funciones judiciales como lo es un fiscal, el mencionado artículo prevé solamente en relación con el testigo la posibilidad de que aquel funcionario judicial lleve a cabo un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. La Corte considera que tal distinción es contraria a la Constitución. Resulta constitucionalmente inadmisibles que cuando se trate de informantes, quienes rinden una declaración jurada, el fiscal no cuente con la facultad de interrogarlo con el fin de apreciar mejor su credibilidad. En efecto, no basta con que la policía judicial le precise al funcionario judicial la identificación del informante y le explique las razones por las cuales le resulta confiable, si el fiscal no puede adelantar sus propias valoraciones, con base en las cuales, se insiste, se procederá a adoptar una medida restrictiva al ejercicio de un derecho fundamental. Por lo tanto, en el caso del informante, también deberá proceder la posibilidad de que eventualmente el Fiscal que dirige la

investigación pueda interrogarlo.

ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Declaración de testigo e informante no constituye una prueba con respecto a la responsabilidad del imputado

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

ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Reserva de identidad del informante

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

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Características

El principio de oportunidad presenta las siguientes características (i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de

oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Le permite al fiscal de manera excepcional, suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Concepciones

De conformidad con una primera concepción, el principio de oportunidad resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad, como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002. Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como principio de oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Argumentos a favor de su aplicación

ACTO LEGISLATIVO QUE IMPLEMENTO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Acogió el principio de oportunidad reglada

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Causales de aplicación deben ser diseñadas por el legislador de manera clara y precisa

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Establecimiento de causal vaga e indeterminada

El numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 consagra como causal de procedencia del principio de oportunidad, “cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas”. Al respecto la

Corte considera que, en el presente caso, el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado, vulnerándose de esta manera el artículo 250 constitucional. La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ése diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado.

Referencia: expediente D-5452

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 221 (parcial) y 324 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Demandante: Diego Fernando Forero González.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Diego Fernando Forero González., en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad

consagrada en los artículos 40-6, 241 y 242-1 de la Constitución Política, solicita a esta Corporación que declare la inexequibilidad de algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004.

La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del 19 de octubre de 2004 admitió la demanda y en consecuencia ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso correr traslado al Jefe del Ministerio Público para que rindiera el respectivo concepto, al tiempo que ordenó comunicar la iniciación del asunto al Señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso y al Ministro de Justicia y del Derecho. De igual forma, invitó a intervenir en el proceso de la referencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Corporación Excelencia en la Justicia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Colegio Colombiano de Abogados Penalistas y a los Departamentos de Derecho Penal de las Universidades Nacional, Rosario, Javeriana y Externado de Colombia.

Mediante auto del 9 de noviembre de 2004, la Sala Plena de la Corte Constitucional aceptó los impedimentos presentados por el Señor Procurador General de la Nación y el Viceprocurador General de la Nación para emitir concepto en el presente caso. Así pues, mediante resolución 007 del 12 de enero de 2005, fue designada la Dra. Sonia Patricia Téllez Beltrán, Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, para que conceptuase en el presente asunto.

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

II. NORMAS DEMANDADAS.

Se transcriben a continuación los textos de los artículos 221 y 324 de la Ley 906 de 2004, tal y como aparecen publicados en el Diario Oficial No. 45.658 del 1º de septiembre de 2004, pp. 1 a 40, subrayando los apartes demandados.

Artículo 221. Respaldo probatorio para los motivos fundados. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y

evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

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

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

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona

beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse

el mismo en la culpa.

Parágrafo 1°. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto. (El artículo 21 del decreto 2770 de 2004 corrigió esta disposición, quedando por tanto de la siguiente manera “Parágrafo 2º . La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto”).

Parágrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

El ciudadano Diego Fernando Forero González solicita a la Corte declarar inexecutable los apartes subrayados del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, al igual que el numeral 16 del artículo 324 de la misma normatividad, por considerarlos contrarios al Preámbulo y a los artículos 2, 13, 28, 29 y 250 constitucionales.

En lo que concierne al artículo 221 de la Ley 906 de 2004 afirma que a pesar de que la Fiscalía General se convirtió en un ente administrativo, sigue conservando por excepción algunas facultades jurisdiccionales por medio de las cuales puede restringir ciertos derechos fundamentales. El artículo 221 presenta contradicciones con el derecho a la igualdad y al debido proceso probatorio al permitir que los informes que rinde una persona ante el órgano de policía judicial pueda convertirse ipso facto en testimonio y que, gracias a ellos, se pueda transgredir un derecho fundamental, como lo es el derecho a la intimidad; además, que a dicha persona el fiscal podrá interrogar bajo la gravedad del juramento, con lo cual se rompe con el principio del auditor est altera pars y, en consecuencia misma, con el derecho de

contradicción de la prueba, ya que sólo el fiscal puede estar presente en dicha diligencia para....apreciar mejor su credibilidad”.

Agrega, en relación con el mismo segmento normativo acusado, que viola el artículo 29 constitucional ya que, a su juicio, se trata de una decisión jurisdiccional, la cual debe estar fundada en pruebas que consistirán en un testimonio, el cual no ha sido sometido a la contradicción, convirtiéndose automáticamente en prueba no idónea para fundamentar una restricción a un derecho fundamental.

En lo que concierne a la reserva sobre los datos de los informantes, considera el demandante que es contraria a la Constitución por cuanto la misma se impone incluso al juez de control de garantías, vulnerándose el artículo 250-2 de la Carta Política que ordena realizar un control de legalidad en el término de 36 horas. Agrega que “es inconstitucional porque en el control de legalidad, el fiscal debe mostrar ante el juez de control el fundamento de dicha decisión jurisdiccional (registro y allanamiento) para que esta prueba no se contamine, fundamento consistente en el informante, sobre el cual sólo se sabrá que existe, además se esconde, aún ante el juez de garantías, la fuente misma de la prueba que se utilizó para violar, con supuesto fundamento legal, el derecho a la intimidad”.

Por último, en lo que atañe al numeral 16 del artículo 324 del nuevo C.P.P., alega que el mismo vulnera el artículo 250 Superior, por cuanto el principio de oportunidad debe encontrarse debidamente reglado, de manera taxativa, teniendo en cuenta una política criminal que aún no existe, “es inconstitucional porque transgrede el ámbito de lo reglado para pasar a un ámbito de discrecionalidad absoluta, ya que se habla de aplicar el principio de oportunidad a una persona que haya cometido un delito que dificulte la labor de un fiscal al investigar otra conducta, dificultad que determinará el fiscal a su arbitrio, sin necesidad de basarse en la ley”.

IV. INTERVENCIONES.

1. Ministerio del Interior y de Justicia

El ciudadano Fernando Gómez Mejía, actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia interviene en el trámite del presente proceso con el fin de defender la constitucionalidad las disposiciones acusadas.

En relación con el segmento normativo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004 asegura el interviniente que el demandante ha dado una interpretación restrictiva y aislada de aquél, por cuanto como se aprecia de la simple lectura del primer inciso del artículo 221, las medidas desarrolladas en el segundo y tercer incisos tienen como principal objetivo fundar los motivos requeridos para que el fiscal expida una orden de registro y allanamiento. Así las cosas, el informe de policía judicial y la declaración jurada del testigo o informante no constituyen per se elementos materiales probatorios, como sugiere el demandante, sino por el contrario, como se deriva del artículo 220, tales provisiones están encaminadas a posibilitar la orden que permita obtener elementos materiales probatorios y evidencia física.

Agrega que, lo que se pretende con la presentación y cotejo del informe de policía judicial y/o declaración jurada del testigo o informante es precisamente restringir toda facultad discrecional del fiscal al momento de emitir una orden de registro y allanamiento.

Acto seguido, trae a colación la sentencia C-024 de 1994 en la cual la Corte se pronunció en relación con el concepto de “motivos fundados” , para afirma que se trata de informes o versiones que ofrezcan credibilidad o de circunstancias motivadas que permitan a la autoridad inferir, prudente y razonadamente, que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o participe al propietario o tenedor de un bien por registrar.

Por otra parte, en relación con el presunto menoscabo del derecho a controvertir la prueba, originado en la reserva de identidad del informante en la audiencia ante el juez de control de garantías, tampoco observa reparo alguno de constitucionalidad, toda vez que dicha situación no impide al afectado con la orden de registro y allanamiento confrontar las razones por las cuales la declaración del informante ofreció credibilidad, advirtiendo, en todo caso, que la identificación de éste es conocida por la policía judicial y el fiscal. De tal suerte que la reserva de identidad del informante no impide, en absoluto, el ejercicio del derecho de defensa.

En relación con el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, considera igualmente que se ajusta a la Constitución por cuanto las evidencias obtenidas en la persecución penal de un delito de menor entidad pueden llevar a la obtención de elementos materiales probatorios relacionados con conductas de mayor lesividad, que atentan contra bienes jurídicos considerados por el legislador de una jerarquía mayor y que, en consecuencia,

ameritan un especial reproche de la sociedad.

2. Fiscalía General de la Nación.

El Señor Fiscal General de la Nación considera que los cargos de inconstitucionalidad no están llamados a prosperar, por las siguientes razones.

En relación con el artículo 221 de la Ley 906 de 2004 considera que el demandante desconoce una distinción fundamental entre actos de investigación, elementos materiales probatorios y pruebas, esencial en un sistema acusatorio. En apoyo a la anterior afirmación transcribe algunos apartes de la obra de Ramiro Marín Vásquez. Así pues, para el citado autor, los actos de investigación son procedimientos reglados para descubrir y asegurar los objetos, huellas, documentos, armas e informaciones, que constituyen elementos materiales probatorios; mientras que la prueba es el método legalmente diseñado para hacer afirmaciones probables. Así por ejemplo, serían actos de investigación los allanamientos, registros, incautaciones, interceptación de comunicaciones, inspección al cadáver, entrevista, declaración jurada e interrogatorio al indiciado. En cambio son elementos materiales probatorios los hallazgos producidos durante el desenvolvimiento de los actos de investigación, tales como los documentos, armas e instrumentos, en tanto que son pruebas la testimonial, la pericial, la documental y la inspección.

En pocas palabras, existe una diferenciación entre los actos de investigación y la prueba, en el sentido de que la segunda supone la afirmación de hechos que hacen las partes y deben verificarse, mientras que los primeros se orientan a obtener la información necesaria para que las partes puedan hacer afirmaciones fácticas.

En este orden de ideas, no es cierto que se conculque el derecho a la contradicción con la declaración juramentada del testigo, pues el mismo sólo opera en la audiencia pública de juzgamiento sobre el material probatorio, y dicha declaración no tiene esa cualidad, al ser una de las modalidades de actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos. Así, la declaración jurada es uno más de los motivos fundados que debe acreditar el fiscal ante el juez de control de garantías para haber realizado los registros y allanamientos en busca de elementos materiales probatorios que posteriormente puedan convertirse en pruebas, éstas sí con el pleno acatamiento del principio *auditur et altera pars*, a materializarse en la audiencia pública y oral de juzgamiento.

De igual manera, en relación con la reserva de datos del informante, no es cierto que las indicaciones que una persona realice ante la Fiscalía constituyan pruebas, siendo tan sólo revelaciones que un individuo hace sobre determinados hechos o circunstancias.

Por último, en relación con el cargo dirigido contra la causal 16 del artículo 324 del C.P.P., considera que el mismo no está llamado a prosperar por cuanto la decisión de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal tiene como fundamento en este caso la política criminal del Estado basada en la ley punitiva, cuyo discernimiento como es lógico corresponde al organismo judicial competitiva en una forma racional, lógica y motivada no caprichosa y arbitraria como le asegura al demandante.

El ciudadano Alejandro Venegas Franco, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, y Francisco Bernate Ochoa, Profesor de Derecho Penal de la misma Institución educativa, intervienen en el proceso de la referencia, solicitándole a la Corte declarar exequibles las disposiciones acusadas.

Aseguran que no le asiste razón al ciudadano cuando sostiene que se le está acordando valor de testimonio a aquel que se realiza ante la policía judicial, pues en un sistema acusatorio pruebas son las que se ventilan en el juicio oral, de manera pública y permitiendo el contradictorio, mientras que las que se practican en la investigación son evidencias, algunas de las cuales pueden convertirse en pruebas y otras no.

De allí que en el presente asunto no estemos en presencia de pruebas sino de evidencias, la cual se tiene como requisito para practicar un allanamiento, pero no más, y en todo caso se encuentra sujeta a la convalidación que realice el funcionario ante el juez de control de garantías, cuyo control respecto de la actuación del investigador abarca lo formal y lo material.

En lo que concierne a la reserva de identidad del informe aún respecto al juez de control de garantías, se trata de un asunto de política criminal, en virtud del cual el legislador ha querido proteger la integridad física de quienes suministran información útil para el esclarecimiento de los hechos.

Por último, en relación con el numeral 16 del artículo 324 del C.P.P. consideran que el cargo de inconstitucionalidad tampoco está llamado a prosperar por cuanto al permitir aplicar el

principio de oportunidad frente a un hecho a fin de lograr esclarecer otro más grave, se está dando cumplimiento a los principios de antijuridicidad material y proporcionalidad, en tanto que la justicia puede encausar mejor sus recursos humanos y técnicos.

4. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

La ciudadana Ángela María Buitrago Ruiz, en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, interviene en el proceso de la referencia solicitándole a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas.

En relación con la reserva de identidad del testigo ante las partes y el juez de control de garantías, estima que la Corte debe entender que durante toda la fase previa existe un derecho de contradicción, en virtud del artículo 29 constitucional. Así, el juez de control de garantías debe conocer algunos datos del informante, con el propósito de establecer varios aspectos fundamentales en la credibilidad del mismo. De allí que en un sistema penal basado en los principios de publicidad e igualdad de armas, la reserva del testigo no encuentra justificación alguna. De igual forma, en relación con las partes, es absurdo que no puedan conocer quién con su declaración condujo a un allanamiento y registro.

En este orden de ideas, ocultarle al juez de control de garantías la procedencia del testimonio, cercena materialmente el control sobre la decisión judicial.

Por otra parte, en relación con la causal de procedencia del principio de oportunidad, la interviniente estima que es contraria a la Constitución, por cuanto conduce al ejercicio de una amplia discrecionalidad en manos del fiscal. En efecto, argumenta, la discreción puede ser referida a eventos en que se ejerce de manera fuerte o débil, siendo en materia de principio de oportunidad de la primera clase.

5. Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas.

En lo que se refiere a la declaración jurada de un testigo sostiene que las características de la diligencia descrita en el artículo demandado “parecería corresponder a la práctica de una prueba”. Este elemento hace entonces que la diligencia adquiera un carácter jurisdiccional

que no corresponde a las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación en su nueva estructura. En efecto, en el sistema acusatorio la Fiscalía únicamente puede recaudar evidencias para sustentar una acusación, pero no está facultada para recaudar pruebas, labor que corresponde al juez de conocimiento, y en casos excepcionales de pruebas anticipadas, al juez de control de garantías.

Agrega que una declaración jurada de un testigo constituye una prueba que incluso podría tener repercusiones personales contra el testigo, de llega a incurrir en una falsedad. De allí que la expresión demandada no se ajuste al nuevo esquema acusatorio, donde las pruebas deben ser controvertidas en un juicio oral, contradictorio y con todas las garantías.

Por otra parte, en relación con la reserva de datos del informante, la Comisión estima que dicha medida vulnera los artículos 29 y 250-2 Superior, en cuanto impide realizar un adecuado control por parte del juez. En efecto, la Fiscalía no debe estar facultada para decidir sobre la limitación de derechos del investigado, en una actuación cuyo control se encuentra seriamente limitado, no sólo por ser posterior, sino por la reserva de identidad de quien declara en contra de la persona investigada.

En este orden de ideas, el testimonio de un informante que conduzca a un allanamiento o registro debe ser oído y evaluado por el juez de control de garantías, quien para ello debe conocer la identidad del informante.

En lo que concierne al numeral 16 del artículo 324 del C.P.P., la Comisión sostiene que el principio de oportunidad, en general, constituye un manifiesto incumplimiento del Estado de su obligación de administrar justicia y garantizar los derechos de los ciudadanos, en especial, las víctimas. Se trata, en consecuencia, de la introducción de una severa excepción al principio de legalidad.

Agrega que, de conformidad con el artículo 250 Superior, el principio de oportunidad debe estar regulado en el marco de la política criminal del Estado, la cual no ha sido establecida. De allí que, en su concepto, dicha política debe tener por fundamento el Estado de Derecho, con el pleno respeto por los derechos fundamentales.

Por último señala que la causal resulta ser tan amplia que permite ser aplicada a cualquier delito que no se encuentre expresamente exceptuado.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

La Vista Fiscal, mediante concepto No. 3754 del 14 de febrero de 2005, solicita a la Corte lo siguiente:

“Declarar EXEQUIBLE el aparte “Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permite apreciar mejor su credibilidad”, contenido en el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, por los cargos analizados.

Declarar INEXEQUIBLE la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, contenida en el artículo 221 de la Ley 906 de 2004.

Declarar EXEQUIBLE el artículo 324 numeral 16 de la Ley 906 de 2004, frente al cargo que por violación del artículo 250 constitucional plantea la demanda, e INHIBIRSE de dictar un pronunciamiento de fondo sobre los cargos que por violación del principio de igualdad y del derecho de acceso a la administración de justicia fueron enunciados contra la misma norma”.

A juicio de la Vista Fiscal, la declaración jurada de testigo o informante es uno de los mecanismos que sirven para acreditar la existencia de motivos fundados para ordenar un allanamiento o registro. En tal sentido, la mencionada declaración no constituye una prueba, sino uno de los medios cognoscitivos a los que se refiere el artículo 220 del C.P.P., y al cual acude el fiscal para determinar si hay o no motivos razonables y fundados para ordenar dichas diligencias.

En este orden de ideas, se trata de un simple elemento cognoscitivo con el cual debe contar el fiscal antes de decretar un allanamiento o registro. De allí que no tenga sentido decir que la defensa puede contrainterrogarlo, por cuanto obviamente dejaría sin efectos prácticos la diligencia a realizar. Se justifica entonces que tal declaración sea rendida únicamente ante el fiscal y que sea él quien pueda interrogarlo.

Por otra parte, en relación con la reserva de identidad del informante, la Vista Fiscal considera que le asiste razón al demandante por cuanto el juez de control de garantías debe

contar con esa información para juzgar acerca de la credibilidad de su dicho.

En apoyo a su afirmación, trae a colación la sentencia C- 1092 de 2003 según la cual el control a cargo del juez de control de garantías abarca elementos de tipo sustancial y no sólo formal, por cuanto la prueba está condicionada tanto al cumplimiento de requisitos de carácter formal para su aducción, como de presupuestos materiales que imponen que la prueba sea obtenida con absoluto respeto de las normas procesales y sustanciales que le son aplicables.

En este orden de ideas, cuando el juez de garantías efectúa el control sobre el registro y allanamiento, también debe realizar un control sobre los medios cognoscitivos con base en los cuales el fiscal determinó que concurrían aquellos motivos razonablemente fundados que el exige el artículo 220 de la Ley 906 de 2004, para ordenar el allanamiento y registro. De allí que la legislación debe garantizar al juez de control de garantías el conocimiento pleno y no parcializado, fraccionado o sesgado de aquellos elementos cognoscitivos, no pruebas, que deben respaldar los motivos fundados.

De otra parte, no se desconoce que la disposición demandada atiende a la necesidad de mantener en reserva los datos del informante por razones de seguridad, finalidad que no se sacrifica al declararla inexecutable, por cuanto cabe recordar que la audiencia preliminar de control de allanamiento y registro es reservada, según el artículo 155 de la Ley 906 de 2004.

En lo que concierne al principio de oportunidad, la Vista Fiscal sostiene que el actor no estructura un verdadero cargo de inconstitucionalidad en relación con la supuesta violación de los principios de igualdad y acceso a la administración de justicia.

En relación con el artículo 250 Superior, considera que el cargo no debe prosperar por cuanto si lo que se cuestiona es la ausencia de una mayor casuística y exactitud, es necesario tener presente que ni la disposición constitucional que consagra el principio de oportunidad exige tal grado de determinación, que impida al fiscal realizar cualquier clase de valoración; ni la práctica judicial permite establecer en la ley parámetros objetivos, detallados y con vocación de universalidad, que indique en cualquier caso y con abstracción de la cantidad y naturaleza de los distintos asuntos investigados por cada fiscal, que un delito es más grave que otro, o que pueden obstruir la investigación de uno distinto.

Por último, indica que la ausencia de una reglamentación casuística y detallada tampoco permite el ejercicio arbitrario, caprichoso e ilegal de la causal en cita, por cuanto cabe recordar que la aplicación del principio de oportunidad está, por mandato constitucional, sometida a control judicial.

VI. CONSIDERACIONES.

1. Competencia

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

2. Cargos de la demanda.

El demandante formula solamente los siguientes cargos de inconstitucionalidad que debe resolver la Corte:

a. Viola el debido proceso, el que se exija que los informes que rinda una persona ante el órgano de policía judicial puedan convertirse en testimonio sin la debida contradicción de la prueba ya que solo el Fiscal puede presenciarlo para decreta un allanamiento.

b. La reserva sobre los datos del informante cuya declaración sustenta una orden de allanamiento y registro, incluso para efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías, desconoce las competencias constitucionales del mismo.

c. La causal de procedencia del principio de oportunidad, establecida en el numeral 16 del artículo 324 del C.P.P., vulnera el artículo 250 Superior, por cuanto no se basa en reglas claras y taxativas de fácil encuadramiento a un caso concreto, transgrediendo el ámbito de lo reglado para pasar a la discrecionalidad absoluta del fiscal, teniendo además en cuenta la inexistencia de una política criminal estatal en la materia.

3. Análisis de los cargos propuestos contra el artículo 221 de la ley 906 de 2004.

El demandante considera que la expresión “Cuando se trate de declaración jurada de testigo,

el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad”, del segundo inciso del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, vulnera los derechos al debido proceso, en el sentido de que se vulnera el derecho de contradicción de la prueba “ya que sólo el fiscal puede estar presente en dicha diligencia para, como lo expresa la norma citada, apreciar mejor su credibilidad”. Cabe aclarar, que en este punto no se formuló cargo por violación a la igualdad y a la intimidad.

Algunos intervinientes consideran que la declaración jurada de testigo no constituye una prueba, motivo por el cual no está sometida al principio de contradicción; otros, por el contrario, estiman que sí lo es, y que en virtud del artículo 29 constitucional se encuentra sometida a todos los principios allí consagrados, motivo por el cual la expresión demandada debe ser declarada inexecutable.

La Vista Fiscal sostiene que el cargo no está llamado a prosperar por cuanto la declaración jurada de testigo no constituye una prueba, sino uno de los medios cognoscitivos al cual acude el fiscal para determinar si existen o no motivos razonables y fundados para adelantar una diligencia de allanamiento y registro. Al respecto aclara que no constituye una prueba por cuanto no está encaminada a demostrar la existencia de una conducta punible ni la responsabilidad penal del indiciado o imputado, sino simplemente que en un inmueble, nave o aeronave puede hallarse el presunto autor o partícipe de un delito u objetos producto del ilícito. Tampoco podrá dársele el carácter de prueba durante el juicio oral.

Además, el demandante alega que la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, vulnera el artículo 250.2 constitucional, por cuanto el fiscal debe llevar ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis horas siguientes a la práctica del allanamiento o registro el fundamento para haber tomado la decisión, “fundamento consistente en el informante, sobre el cual sólo se sabrá que existe...además se esconde, aún ante el juez de garantías, la fuente misma de la prueba que se utilizó para violar, con supuesto fundamento legal, el derecho a la intimidad”.

En igual sentido, algunos intervinientes argumentan que el sistema acusatorio pretendió garantizar los principios de publicidad e igualdad de armas, siendo por tanto incompatible la figura del testigo con identidad reservada; y que además, se están desconociendo

gravemente las competencias del juez de control de garantías.

Por el contrario, los demás intervinientes argumentan que no es importante conocer la identidad del informante por cuanto lo importante es la información que suministra, la cual debe ser corroborada, aunado que no constituye prueba en el proceso.

La Vista Fiscal considera que la Corte debe declarar inexecutable la expresión acusada por cuanto el juez de garantías debe realizar un control de legalidad y constitucionalidad sobre el registro y allanamiento con la información que sobre el informante le brinde el fiscal, quien a su vez la ha recibido del funcionario de policía judicial, sin conocer más datos sobre aquél, que permitan valorar su credibilidad y verificar si realmente podía respaldar la diligencia con base en motivos fundados. Agrega que si la finalidad de la norma es salvaguardar la vida del informante, aquello se logra en la medida en que el artículo 155 del nuevo C.P.P. dispone que la audiencia preliminar de control de allanamiento es reservada.

Aunque los cargos de inconstitucionalidad de la demanda se dirigen exclusivamente contra las expresiones “Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad” y “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, ambas del segundo inciso del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, considera la Corte que el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional no puede limitarse a tomar en consideración, de manera aislada, los enunciados invocados en este caso por el demandante sino que es preciso situarlo en un contexto determinado, el cual será objeto del respectivo control de constitucionalidad. Quiero ello decir que, en el presente asunto, la Corte estima necesario hacer integración normativa con los apartes no demandados del inciso segundo y con el inciso primero, es decir, examinará conjuntamente los dos primeros incisos del artículo 221 del nuevo C.P.P., por lo tanto estudiará el inciso segundo en su integridad.

En tal sentido, el fiscal encargado de la dirección de la investigación, con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el allanamiento y registro de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Para tales efectos, el fiscal podrá expedir una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente

fundados, de acuerdo a los medios cognoscitivos previstos en el código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interiores hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción o los objetos producto del ilícito.

De igual manera, el nuevo C.P.P. establece como requisitos que debe cumplir la orden de allanamiento y registro, que se determinen con precisión los lugares que se van a registrar, y si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuales se encuentran comprendidos en la diligencia. Además, que de no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares a registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. Se precisa igualmente, que en ninguna circunstancia procederá autorizar el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminadas, o en donde de manera global se señale el bien por registrar¹. De todas maneras en la Ley 906 de 2004 se indican los objetos no susceptibles de registro², así como el plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento³, y las reglas particulares de su diligenciamiento⁴.

Pues bien, los motivos fundados para ordenar un registro y allanamiento, deben encontrarse respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. Es decir, la expedición de una orden de registro y allanamiento no queda al arbitrio del fiscal que la ordena, sino que deberá tener un soporte o respaldo al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios y evidencia física, como garantía de la viabilidad de la diligencia, en los términos determinados por la norma acusada a fin de que el juez pueda acceder a una información que le permita realizar un efectivo control de legalidad.

Al respecto, el segundo inciso del artículo 221 del nuevo C.P.P. determina, que cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. En tanto que si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable, precisando que “de todas maneras, los datos del informante

serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”.

Así las cosas, la declaración jurada de testigo o informante sirve de respaldo al fiscal para considerar que existen motivos fundados para decretar una orden de allanamiento y registro, encaminada a la obtención de materiales probatorios y evidencia física o la captura del indiciado, imputado o condenado, pero ésta no puede ser considerada como declaración de un testigo de cargo.

Al respecto es necesario tener en cuenta que, si bien el primer inciso del artículo 221 de la Ley 906 de 2004 alude a “declaración jurada de testigo o informante”, en el segundo inciso del mismo se establece una clara diferencia entre el testigo y el informante, en el sentido de que mientras que el primero deberá estar presente ante el fiscal “con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad”; en relación con el segundo, por el contrario, se establece que “la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable”. De tal suerte que, si bien testigo o informante deben someterse a una declaración jurada rendida ante una autoridad que ejerce ciertas funciones judiciales como lo es un fiscal, el mencionado artículo prevé solamente en relación con el testigo la posibilidad de que aquel funcionario judicial lleve a cabo un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. La Corte considera que tal distinción es contraria a la Constitución, por las razones que pasan a explicarse.

Del examen del inciso en estudio puede advertirse, que fue voluntad del legislador revestir de cierta formalidad la declaración que rinde un testigo o informante a fin de que sirva de soporte para el decreto y práctica de un registro y allanamiento; es decir, consideró que para establecer con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado, la declaración de testigo o informante debía ser rendida bajo la gravedad del juramento. La exigencia de tal solemnidad es conforme con la Constitución, por cuanto la declaración jurada le imprime seriedad y confiabilidad a la información suministrada por el testigo o informante, con base en la cual el fiscal elaborará un juicio sobre la procedencia de un registro y allanamiento, esto es, sobre la decisión de decretar y practicar una medida restrictiva del ejercicio de un derecho fundamental, valoración ésta que comprende un juicio fáctico, referido a la apreciación de los elementos materiales probatorios que hacen aconsejable adelantarlos, y un juicio jurídico, centrado en la ponderación de los intereses

confrontados, y que son, el respeto por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y por otro, el interés general por la persecución del delito⁵.

Siendo ello así, resulta constitucionalmente inadmisibles que cuando se trate de informantes, quienes rinden una declaración jurada, el fiscal no cuente con la facultad de interrogarlo con el fin de apreciar mejor su credibilidad. En efecto, no basta con que la policía judicial le precise al funcionario judicial la identificación del informante y le explique las razones por las cuales le resulta confiable, si el fiscal no puede adelantar sus propias valoraciones, con base en las cuales, se insiste, se procederá a adoptar una medida restrictiva al ejercicio de un derecho fundamental. Por lo tanto, en el caso del informante, también deberá proceder la posibilidad de que eventualmente el Fiscal que dirige la investigación pueda interrogarlo.

Declaración de testigo e informante, que no por el hecho de rendirse bajo juramento se convierte en una prueba, puesto que de acuerdo con el nuevo sistema procesal penal, salvo las excepcionales pruebas anticipadas, prueba es únicamente aquella producida directamente en el curso de un juicio oral, público, concentrado y con todas las garantías, a diferencia de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, resultantes de la realización de actos de investigación, tales como la huellas, los rastros, los bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva, las fotografías y los mensajes de datos, entre otros.

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

En relación con la declaración jurada de testigo, éste podrá ir a la audiencia de control de garantías, y si ya se ha formulado la imputación, el imputado o su defensor deberá ser citado a la ella, para que si lo desea pueda realizar el contradictorio⁶. En todo caso, este testimonio,

podrá ser decretado como prueba en el juicio, momento en el cual, deberá ser sometido a la aplicación de las reglas propias del debido proceso consagradas en el artículo 29 Superior, entre ellas la contradicción de la misma. En tal sentido, el literal b) del artículo 393 de la Ley 906 de 2004 dispone, respecto de las reglas de la prueba testimonial, que para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiere hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

Ahora bien, someter al principio de contradicción una declaración jurada de testigo cuando se da la orden de allanamiento y registro sin haberse formulado la imputación, o la del informante, conllevaría a que el Estado no pudiese cumplir con sus fines constitucionales de investigar y sancionar efectivamente el delito, por cuanto esta diligencia no podría practicarse si no existe imputado o se estaría habilitando al defensor para controvertir el dicho de un informante que tiene carácter reservado, cuando tales diligencias se orientan justamente a la búsqueda de elementos materiales probatorios y evidencias físicas o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

En relación con la figura de los informantes, en algunas ocasiones⁷ la Corte se ha pronunciado sobre determinados aspectos concretos. Así, en sentencia C - 683 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra varias disposiciones de determinados decretos legislativos que fueron adoptados como legislación permanente, la Corte examinó algunos aspectos puntuales relacionados con los informantes.

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

“La Corte tampoco encuentra vicio alguno de constitucionalidad y por el contrario reitera sus consideraciones anteriores; en efecto, el artículo 64 cuestionado en sus incisos primero, segundo y tercero se fundamenta en la necesidad de proteger a testigos e informantes quienes tienen derecho a obtener recompensa por la colaboración útil a la Administración de

Justicia, supuesto que se soporta en la necesidad de una legislación especial ante las modalidades criminales que la provocaron. Las informaciones que ellos suministran los ponen en situación de riesgo, dadas las graves modalidades que adquiere el crimen organizado y por tanto el Estado está en la obligación no solo de recompensarlos monetariamente sino de darles una protección. Adviértese que la expresión “Director Nacional de Instrucción Criminal” deberá entenderse sustituida por la de Director Nacional de Fiscalías, dentro de la nueva estructura del procedimiento penal; en consecuencia de lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia así se decidirá.

Luego, en sentencia C- 392 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, fue declarada exequible una disposición legal según la cual, en ningún caso, las versiones suministradas por los informantes tendrían valor probatorio en el proceso penal. Posteriormente, la Corte en sentencia C- 251 de 2002, con ponencia de los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández⁸, adelantó las siguientes consideraciones en relación con el deber ciudadano de brindar información a las autoridades públicas:

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

De tal suerte que, según los pronunciamientos de la Corte en materia de informantes (i) dado el elevado riesgo que éstos corren, el Estado está en la obligación no sólo de remunerarlos económicamente sino de protegerlos; (ii) dicho amparo no puede extenderse a autores o partícipes de delitos; (iii) las versiones suministradas por aquéllos carecen de

valor probatorio en cuanto a la responsabilidad del imputado; y (iv) el Estado no puede obligar a los miembros de la población civil a convertirse en informantes, so pena de vulnerar el principio de distinción del derecho internacional humanitario. Cabe igualmente señalar que, hasta el momento, esta Corporación no se ha pronunciado sobre la reserva de identidad de los informantes, sino tan sólo acerca de tal situación en relación con testigos⁹.

La doctrina especializada¹⁰, al igual que legislaciones como la británica, suelen distinguir entre fuentes de información e informantes. Así, hacen parte de las primeras las personas u organizaciones que brinda información sin obtener compensación alguna, ocasionalmente y sin seguir indicaciones precisas de las autoridades públicas, en tanto que los segundos son personas que bajo la dirección de un funcionario brindan información, usualmente pagada¹¹, con respecto a personas o actividades ilegales, siendo principalmente empleados para combatir el crimen organizado¹².

De manera que, si bien los informantes pueden rendir declaración jurada ante el fiscal para efectos de que éste pueda decretar allanamientos, pero no acuden al juicio oral, de todas maneras, si una medida de esta naturaleza se ordena con fundamento en éste tipo de declaración, el juez de control de garantías debe contar con los medios necesarios para verificar si una severa medida de intervención en el derecho fundamental a la intimidad, como lo es la práctica de un registro y allanamiento, llevada a cabo sin orden judicial previa por la Fiscalía General de la Nación, se ajustó a la Constitución y a la ley.

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

En efecto, los datos sobre el informante constituyen un valioso elemento de juicio al momento de adelantar un examen no sólo formal sino material sobre una medida de intervención en el derecho fundamental a la intimidad. En otros términos, le resultaría imposible al juez de control de garantías realizar un juicio de proporcionalidad sobre la mencionada medida, en el sentido de que si con ésta se perseguía un fin constitucionalmente válido; si el propósito no podía ser alcanzado por otro medio menos gravoso para el derecho

fundamental, y si finalmente, las ventajas obtenidas mediante la intervención compensan los sacrificios que ésta implica para sus titulares. De igual manera, desconocer los datos del informante, conduciría a que el juez de control de garantías no pudiese aplicar la regla de exclusión sobre la evidencia física y los elementos materiales probatorios recaudados durante la diligencia de registro y allanamiento.

Ahora bien, siguiendo la Vista Fiscal, cabe señalar que el juez de control de garantías debe conocer los datos del informante, quien además en los términos del primer inciso del artículo 221 del nuevo C.P.P. ha debido rendir una declaración bajo la gravedad de juramento, que resulten relevantes para establecer si la información por él suministrada constituía o no motivos suficientes para decretar el registro y allanamiento. De otra manera, el funcionario judicial estaría extralimitándose en el ejercicio de sus competencias constitucionales.

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

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

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

4. Examen de constitucionalidad del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

El ciudadano alega que el numeral 16 del artículo 324 del nuevo C.P.P., vulnera el artículo 250 Superior, por cuanto el principio de oportunidad debe encontrarse debidamente reglado, de manera taxativa, aplicarse de acuerdo a reglas claras y de fácil encuadramiento, fijadas en el ámbito de “una política criminal que aún no existe”. Agrega que “es inconstitucional porque transgrede el ámbito de lo reglado para pasar a un ámbito de discrecionalidad absoluta, ya que se habla de aplicar el principio de oportunidad a una persona que haya cometido un delito que dificulte la labor de un fiscal al investigar otra conducta, dificultad que determinará el fiscal a su arbitrio, sin necesidad de basarse en la ley”. Adicionalmente sostiene que la disposición acusada rompe “el principio-valor de la igualdad ante la ley y el derecho de toda persona al acceso a la administración de justicia”.

Algunos intervinientes sostienen que la expresión acusada se ajusta a la Constitución por cuanto se está dando cumplimiento a los principios de antijuridicidad material y proporcionalidad, en tanto que la justicia debe encausar mejor sus recursos financieros y humanos hacia la persecución de los delitos más graves para la sociedad; otros, por el contrario, argumentan que la norma debe ser declarada inexecutable por cuanto conduce a inseguridad jurídica ya que finalmente los ciudadanos no pueden conocer con exactitud cuáles son sus derechos y obligaciones. Agregan que la causal de aplicación del principio de oportunidad conduce a la arbitrariedad en la aplicación de la ley penal.

A juicio de la Vista Fiscal, el numeral 16 del artículo 324 del nuevo C.P.P. es conforme con la Constitución por cuanto la ausencia de una mayor casuística, claridad y concreción de las situaciones en las cuales se pueda sostener que la investigación de un delito dificulta aquella de uno de mayor gravedad y trascendencia, no vulnera el contenido del principio de oportunidad consagrado en el artículo 250 Superior. De tal suerte que resulta imposible fijar criterios objetivos y generales sobre la aplicación del principio de oportunidad.

Con el propósito de examinar la procedencia del mencionado cargo de inconstitucionalidad, por violación del artículo 250 Superior, la Corte considera necesario referirse en primer término a las razones que justificaron la inclusión del principio de oportunidad en la Carta Política

En el texto del “Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política”¹³, se expusieron los siguientes motivos: (i) se trata de un principio que se viene aplicando “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (iii) constituye “una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal”; (iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty o confesión dirigida a evitar el juicio, y del plea bargaining, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado; (v) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

De los debates¹⁴ que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, evidencia que la inclusión del mismo en la Constitución

se justificaba por cuanto (i) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (ii) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; (iii) los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley; (iv) en el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico.

Finalmente, en el Acto Legislativo 03 de 2002 se dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querella o de oficio, “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. En consecuencia, a la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, “salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

En tal sentido, el principio de oportunidad presenta las siguientes características (i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

4.1. El principio de oportunidad le permite al fiscal, de manera excepcional, suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

El Acto Legislativo 03 de 2002 consagra como principio general el de legalidad en su acepción procesal, que responde a una concepción de retribución absoluta, en el sentido de que el Estado, para la consecución de sus fines, tiene el deber de investigar y castigar cualquier violación que se produzca a la ley penal¹⁵. Dicho principio, de estirpe liberal, apunta a garantizar que todos los ciudadanos sean tratados por igual, el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, a que exista seguridad jurídica¹⁶, y a que en últimas, no quede en manos de las autoridades encargadas de adelantar la persecución penal, la decisión de quien debe ser castigado en cada caso concreto. De allí que el proceso penal no sólo sea considerado un instrumento para la aplicación de la ley sustantiva, sino que aquél se torna irrenunciable cuando se produce en la realidad el supuesto de hecho previsto en la ley. Así pues, el inicio del proceso, o la continuación del mismo, no es asunto del que puedan disponer libremente el fiscal, el juez o la víctima¹⁷.

De tal suerte que, el Estado realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrelables, interviniendo en la investigación de todos los hechos punibles de que tenga noticia “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. En consecuencia, le está vedado a la Fiscalía suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

No obstante lo anterior, el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo como novedad, y con carácter excepcional, el principio de oportunidad, el cual ha sido fuente de numerosas discusiones dogmáticas.

Así, de conformidad con una primera concepción, el principio de oportunidad resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad, como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002.

Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como principio de oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se

encuentren consagradas en la ley¹⁸.

Ahora bien, la doctrina especializada ha acuñado diversos argumentos a favor de la aplicación del principio de oportunidad, entre los cuales sobresalen (i) permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos con escasa lesión social; (ii) estimula la pronta reparación de las víctimas; (iii) evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad; (iv) favorece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; (v) permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, de aquellos que son considerados de mínima lesión social¹⁹.

El Acto Legislativo 03 de 2002 acogió la fórmula del principio de oportunidad reglada, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías.

4.2. Las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser diseñadas por el legislador de manera clara y precisa.

En lo que concierne a los antecedentes de la Ley 906 de 2004, y en el punto específico del diseño de las causales de aplicación del principio de oportunidad, se tiene que²⁰, el Fiscal General de la Nación, en el texto de la exposición de motivos expuso las siguientes justificaciones:

“II. Principio de oportunidad.

“...la regla en materia de investigación y acusación la determina el principio de legalidad y la excepción será el principio procesal de la oportunidad. El principio de legalidad o de obligatoriedad consiste en que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas éstas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la República, si a ello hubiere lugar. La antítesis es el principio de oportunidad o de discrecionalidad, según el cual se facultaría a la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal que se proyecta, para optar entre

investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir, de acuerdo con conveniencias político-criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado, pero con el requisito adicional de que esa decisión sólo se consuma con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías.

La pregunta clave sería: ¿qué debe hacerse ante una noticia criminal, esto es, en presencia de indicios racionales sobre la comisión de un delito? La respuesta de los ordenamientos jurídicos fluctúa entre los extremos de la legalidad y la oportunidad.

En el extremo de la legalidad están aquellos ordenamientos que imponen, sin condiciones o excepciones, el deber de ejercer la acción penal, siempre que haya un indicio racional de delito. Como ejemplo, en Italia la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal está prevista en la Constitución, porque el artículo 112, sin matices, expresamente dispone que “el ministerio fiscal está obligado a ejercer la acción penal”.

Una solución intermedia entregan aquellos ordenamientos jurídicos que, si bien proclaman como regla general la legalidad (u obligatoriedad) del ejercicio de la acción penal, admiten ciertas modulaciones, como en el caso de Alemania. En efecto, el parágrafo 152 de la Ordenanza Procesal Alemana (StPo) define la autoridad acusadora y el principio de legalidad, y señala que “Para el ejercicio de la acción pública se designa a la Fiscalía”; en el inciso 2º dice que “Está obligada, en tanto no haya sido determinada otra cosa legalmente, a proceder judicialmente debido a todos los delitos perseguibles, en tanto que tengan cabida suficientes puntos de apoyo reales”. Los parágrafos 153 y 153A consagran el principio de oportunidad como excepción, unas veces con la anuencia del tribunal competente para la apertura del plenario, otras del acusado o de ambos, para casos en que la culpabilidad del autor es mínima o cuando no exista un verdadero interés público en la persecución.

A partir de la consagración constitucional y legal del principio de oportunidad, no se trata de abrir posibilidades incontroladas para que el fiscal deje de investigar o de acusar a su talante, de pronto movido por intereses egoístas o ajenos a la política criminal del Estado, sino de entender que cada conducta delictiva y cada imputado pueden presentar rasgos propios, cuya complejidad psíquica y social exige una valoración, que no puede hacerse mediante una mera interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas. Por ello, una respuesta proporcionada a las características de cada caso requeriría un cierto margen de

discrecionalidad que obra a favor de la comunidad y de los ciudadanos y no propiamente de quien ostenta el poder punitivo.

Desde luego que la legalidad no sólo es un paradigma del Estado de Derecho sino también un ideal, en cuanto garantiza la igualdad y la seguridad jurídicas, pero, a veces, el celo y el exceso legalista de los jueces, paradójicamente puede generar injusticias en la aplicación del Derecho y hasta amenaza con asfixiar la democracia.

A favor de una legalidad estricta en el ejercicio de la acción penal y, de contera, en contra de la oportunidad se esgrimen los argumentos de la objetividad de la justicia y autonomía funcional del Derecho, según los cuales modular la aplicación de la ley debilitaría su propio valor y además que, con motivos económicos, no puede instrumentalizarse una herramienta como el Derecho que cumple una función social específica; sin embargo, resulta necesario llamar la atención frente a argumentos lógicamente sólidos, pero que ignoran, quienes así razonan, que la lucha eficiente contra la criminalidad exige la combinación de recursos diferentes (legislación penal, medios policiales y judiciales, política de prevención, etc.). Así por ejemplo, RALF DAHRENDORF, aunque amigo de la autonomía funcional del derecho, alerta del peligro opuesto: “la aplicación rigurosa de la legalidad no puede resolver, por sí sola, todos los problemas sociales, incluido el de la criminalidad. No dejar espacio alguno a medidas de política económica y social y, por lo tanto, a un uso templado de la discrecionalidad equivale a desconocer las necesidades de los más débiles. El puro legalismo puede verse transformado en darwinismo social”².

De acuerdo con estadísticas de la Dirección Nacional de Fiscalías, en el año 2000 ingresaron a la Fiscalía por asignación 589.403 investigaciones previas, salieron 605.563 y quedó un acumulado de 308.575 para el mes de enero siguiente; para el año de 2001 ingresaron 747.427 (158.024 más que el año anterior, equivalentes al 26.81%), salieron 659.180 y, a pesar de que se superó el número de asuntos despachados en la antecedente anualidad, quedó un acumulado de 396.396 (87.821 más, equivalentes al 22.15%); para el año 2002 ingresaron 913.911, lo cual significa un aumento de 165.789 (22.18% más), salieron 822.550, es decir, se evacuaron 163.370 asuntos más que el año anterior, pero, a pesar del trabajo significativo, ya se computa un acumulado de 484.651 (88.255 más que el año anterior, que equivale al 22.26%).

De modo que, frente a la complejidad del problema y el crecimiento desmesurado de la delincuencia, cobra renovado vigor el argumento económico, pues no basta la represión formalmente dispuesta para todos los hechos con trazas de delito, cuando en la realidad no alcanzan las potencialidades físicas ni los recursos para perseguir inclusive conductas de importancia reducida, lo cual significa que “de hecho” muchas investigaciones tengan que esperar un turno en los anaqueles y, a veces, el único que les llega es el de la prescripción de la acción penal, no por negligencia de los funcionarios sino porque a lo imposible nadie está obligado. Por ello, resulta más sensato y realista regular el fenómeno de crecimiento de demanda en materia de justicia penal, que de hecho obliga a que los fiscales establezcan prioridades bienintencionadas y a veces equivocadas, para implantar una fórmula equilibrada de principio de oportunidad, como la que se pretende regular en el nuevo Código de Procedimiento Penal, porque finalmente la discrecionalidad de la Fiscalía queda atemperada por una regulación legal de los casos y el control del juez que ejerce dicha función.

(...)

Sin duda, escasean los medios personales y materiales para perseguir la criminalidad, pero tal deficiencia se ve agravada por la falta de realismo del legislador. Al legislador le resulta más fácil y, sobre todo, más barato tipificar determinadas conductas como delito y aumentar las penas, en cambio de adoptar medidas eficaces de política social. Pretender que la desviación social puede combatirse únicamente mediante nuevas leyes de creación de delitos y aumento de penas conduce a una sobrecriminalización.

Así pues, para informar una regulación equilibrada del principio de oportunidad se han tenido en cuenta elementos como la readecuación social del hecho, la ínfima importancia, la culpabilidad disminuida, la retribución natural (pérdida de un hijo con el que se tiene relación de afecto actual en un siniestro provocado por culpa del imputado) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta; además de la posibilidad de prescindir de la persecución en un hecho de menor importancia, para aplicar los mayores esfuerzos a otros más graves; o la posibilidad de suspender la persecución de una conducta o parte de ella, para orientarse a otra más grave; y la posibilidad de suspender el proceso o la pena para someter a prueba al imputado o acusado. (negrillas agregadas).

Pues bien, un examen atento de los antecedentes legislativos²¹ del nuevo C.P.P., en materia

de principio de oportunidad, evidencia que partiendo del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, fue la voluntad del legislador (i) diseñar un modelo acusatorio propio con aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se buscó con aquél racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos límites normativos y controles materiales judiciales concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación; (iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no solo para los delitos “bagatela” sino que también se constituyo un instrumento para combatir el crimen organizado; y (vi) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia.

Finalmente, la Ley 906 de 2004 dispuso claramente, que la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado²²; recalcó que la Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código²³; que la Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece el código para la aplicación del principio de oportunidad²⁴; y, dispuso 17 casos en los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad, con ciertas salvedades²⁵.

En relación con las causales de aplicación del principio de oportunidad, la Corte considera que para que se ajusten a lo previsto en el artículo 250 Superior, es decir, que efectivamente se apliquen en los casos que establezca la ley, deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.

En tal sentido, autores como Hassemer²⁶, señalan que “en tanto un derecho procesal penal admita casos que se resolverán desde la perspectiva de la oportunidad todo dependerá, para la constitucionalidad del proceso, de que estos casos sean correctamente precisados. Las reglas vagas en relación con el funcionamiento del principio de oportunidad lesionan completamente el principio de legalidad y permitirían que los procedimientos de carácter oportunístico se difundan de manera epidémica y, de esa manera, se provocaría que las

decisiones de no perseguir emitidas por las autoridades de la investigación pudieran no ser limitadas ni efectivamente controladas”, en tanto que para González Álvarez “El principio de oportunidad trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo.”²⁷

En efecto, habiendo acogido un principio de oportunidad reglado, al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.

4.3. El establecimiento de causales equívocas y ambiguas de aplicación del principio de oportunidad hace imposible el ejercicio del control por parte del juez de garantías.

La Corte considera que si bien el legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad, cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

En este orden de ideas, cuando el legislador al momento de regular el principio de oportunidad, diseña las causales respectivas, debe hacerlo de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad.

En efecto una norma que regule de manera imprecisa y vaga el ejercicio del principio de oportunidad, impide al juez de control de legalidad contar con los suficientes elementos de juicio para establecer si los hechos que sirven de base o de presupuestos para la aplicación

de aquel se encuentran o no presentes en el caso concreto.

En efecto, en materia penal, dado que el principio de legalidad obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio, la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe encontrarse perfectamente delimitada por el legislador, con el propósito de que el control judicial que se ejerza sobre la aplicación de aquél sea realmente efectivo. En otras palabras, frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera equívoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial.

4. 5. Inexequibilidad del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

El numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 consagra como causal de procedencia del principio de oportunidad, “cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas”. Al respecto la Corte considera que, en el presente caso, el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado, vulnerándose de esta manera el artículo 250 constitucional.

En efecto, el numeral 16 del artículo 324 del nuevo C.P.P. parte de la existencia de un delito cometido por un imputado a título de autor o partícipe. La persecución penal de dicho hecho punible, a su vez, debe dificultar, obstaculizar o impedir a la Fiscalía General de la Nación orientar sus esfuerzos de investigación hacia “hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad”, los cuales han sido cometidos “por él mismo o por otras personas”.

Al respecto la Corte considera, que hacer depender la aplicación del principio de oportunidad de una investigación, en cuanto dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la

sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura.

Sin lugar a dudas, los términos empleados por el legislador, antes que constituir una adecuada y precisa regulación de una potestad discrecional, abren el camino a valoraciones meramente subjetivas o personales del fiscal respectivo, permitiéndole extender su aplicación de manera general a todos los casos que considere posibles sin restricción alguna, contrariando de tal manera la aplicación excepcional del principio de oportunidad así consagrado en el artículo 250 de la Constitución.

En efecto, determinar por parte de un fiscal, que un hecho delictivo tiene mayor relevancia o trascendencia sociales, a fin de establecer si dificulta, obstaculiza o impide el ejercicio de otra acción penal, sin un referente normativo objetivo, es dejar bajo su personal apreciación u opinión, es decir bajo consideraciones de carácter subjetivo, la excepcional aplicación del principio de oportunidad. El contenido normativo de la causal 16 del artículo 324 de la ley 906 de 2004, le permite al fiscal considerar incluidos en la norma un sinnúmero de supuestos que podrían hacer nugatoria la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal, e ilimitada la aplicación del principio de oportunidad en contra de lo previsto en la Constitución.

La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ése diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado.

En este orden de ideas, la norma acusada está estructurada de forma tal que no regula la actividad de la fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad, y por lo tanto no consagra una actividad reglada, sino que permite el ejercicio de una facultad discrecional por fuera de los imperativos constitucionales, resultándole en este caso imposible al juez de

control de garantías establecer si la decisión de la Fiscalía es constitucionalmente admisible.

Así las cosas, la Corte declarará la inexecutable del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

VII. DECISIÓN

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- DECLARAR EXEQUIBLE el primer inciso del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

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

Tercero. Declarar INEQUIBLES el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento Parcial de Voto

Sentencia C-673 de 2005

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Equivalencia a una extensión normativa del principio de legalidad (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA-Concepto (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Causal que busca privilegiar la investigación de hechos delictivos de mayor relevancia y trascendencia para la sociedad (Salvamento parcial de voto)

Considero que la disposición demandada lejos de vulnerar el principio de legalidad, consagraba un supuesto normativo plenamente determinado, que permitía el ejercicio del principio de oportunidad, con fundamento en el cual la Fiscalía General de la Nación podía renunciar a la persecución penal, en aquellos casos en los cuales se buscaba privilegiar la investigación de hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad. Contrario a lo resuelto por este Tribunal, resulta innegable que la descripción detallada del contenido normativo de la disposición declarada inexecutable, demuestra que la misma en ningún momento podía considerarse como indeterminada o vaga, o como lo afirmó esta Corporación, que permitiese el ejercicio de una potestad arbitraria carente de parámetros de control para el juez de garantías. La norma en sí misma considerada, vinculaba el ejercicio del principio de oportunidad bajo el marco de la política criminal del Estado, permitiendo a la Fiscalía renunciar a la investigación e indagación de una conducta punible frente a un imputado, cuando la misma representaba un delito de menor entidad frente a otro conexo más grave para la sociedad.

Magistrado Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Expediente D-5452.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la posición mayoritaria acogida en la presente sentencia, en relación con la declaratoria de inexecutable del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004²⁸, por las siguientes razones:

1. En opinión de la Corte, la citada disposición resultaba contraria al ordenamiento Superior, por desconocer el principio de legalidad al no regular de manera precisa y adecuada los

elementos que permitían la aplicación del principio de oportunidad, en la hipótesis normativa en ella prevista. Con lo cual, a juicio de esta Corporación, no solamente se abría el camino a valoraciones meramente subjetivas o personales del Fiscal respectivo, sino que también se imposibilitaba el control que sobre su aplicación excepcional le correspondía adelantar al juez de garantías. En la sentencia de la cual me aparto, expresamente se manifestó:

“La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ése diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado.

En este orden de ideas, la norma acusada está estructurada de forma tal que no regula la actividad de la fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad, y por lo tanto no consagra una actividad reglada, sino que permite el ejercicio de una facultad discrecional por fuera de los imperativos constitucionales, resultándole en este caso imposible al juez de control de garantías establecer si la decisión de la Fiscalía es constitucionalmente admisible”.

2. Contrario a lo resuelto por este Tribunal, considero que la disposición demandada lejos de vulnerar el principio de legalidad, consagraba un supuesto normativo plenamente determinado, que permitía el ejercicio del principio de oportunidad, con fundamento en el cual la Fiscalía General de la Nación podía renunciar a la persecución penal, en aquellos casos en los cuales se buscaba privilegiar la investigación de hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad. Brevemente expondré las razones que fundamentan mi posición:

Para comenzar es preciso aclarar que el principio de oportunidad previsto en la Constitución Política, en el artículo 250, no debe entenderse como una negación del principio de estricta legalidad o de necesidad, conforme al cual le corresponde a la Fiscalía General de la Nación

adelantar obligatoriamente el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien circunstancias fácticas que indiquen la posible ocurrencia del mismo. Por el contrario, el principio de oportunidad equivale a una extensión normativa del principio de legalidad, en cuanto regula y delimita la facultad reconocida a la Fiscalía para renunciar, suspender o interrumpir la persecución penal, únicamente en aquellos casos taxativamente señalados en la ley, que correspondan al desarrollo de la política criminal del Estado y que, a su vez, se sometan en su aplicación al control de legalidad que adelanta el juez de garantías²⁹.

Lo anterior ha sido reconocido en la doctrina con el nombre de oportunidad reglada, para significar que el ente investigador goza de un margen controlado de libertad racional y normativa para encaminar el ejercicio de la acción penal, a aquellos espacios que se juzgan prioritarios por la sociedad, en aras de alcanzar los fines del Estado previstos en el artículo 2° del Texto Superior. Precisamente, la doctrina española, en relación con la citada figura, ha sostenido que:

“Debido al carácter necesario de la acción penal, el Ministerio Público [en Colombia, la Fiscalía] puede verse dentro del sumario ante una acción delictiva que, ello no obstante, por razones de <<política criminal>> no interesa su persecución. En tal caso, si la ley lo permite, puede sobreseer por razones de oportunidad”³⁰.

En este orden de ideas, es claro que bajo ninguna circunstancia puede llegar a considerarse que el único condicionante al ejercicio del principio de oportunidad, es la propia voluntad del funcionario investigador, pues necesariamente dicha atribución constitucional debe desarrollarse de acuerdo a las condiciones estrictamente dispuestas en las normas legales.

En desarrollo del citado principio, la norma demandada establecía como una de las causales que permitían la aplicación del principio de oportunidad, aquellos casos en los cuales la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificultara, obstaculizara o impidiera a la Fiscalía orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas. De manera que, es acorde al principio de eficiencia constitucional renunciar a la investigación de una conducta punible (C.P. art. 209), en aras de focalizar los esfuerzos de la administración de justicia en la instrucción de un hecho delictivo de mayor

repercusión para la sociedad.

Obsérvese cómo, en cuanto a su descripción legal, la citada causal establecía claramente los presupuestos fácticos y normativos que permitían su aplicación, a saber:

(i) El sujeto pasivo de la decisión de la Fiscalía era el “imputado” de una conducta punible, esto es, la persona a quien formalmente se le haya practicado audiencia preliminar de formulación de imputación³¹.

(iii) Dichas conductas punibles comparativamente relacionadas con el delito frente al cual se pretendía renunciar la acción penal, debían tener una mayor relevancia o trascendencia para la sociedad.

(iv) Y, finalmente, en cuanto a su comisión, los mismos debían haber sido realizados por el mismo imputado o por otras personas.

Contrario a lo resuelto por este Tribunal, resulta innegable que la descripción detallada del contenido normativo de la disposición declarada inexecutable, demuestra que la misma en ningún momento podía considerarse como indeterminada o vaga, o como lo afirmó esta Corporación, que permitiese el ejercicio de una potestad arbitraria carente de parámetros de control para el juez de garantías. La norma en sí misma considerada, vinculaba el ejercicio del principio de oportunidad bajo el marco de la política criminal del Estado³², permitiendo a la Fiscalía renunciar a la investigación e indagación de una conducta punible frente a un imputado, cuando la misma representaba un delito de menor entidad frente a otro conexo más grave para la sociedad.

Ahora bien, aun cuando ni la norma acusada, ni ninguna otra del Título V de la Ley 906 de 2004³³, definían el concepto de “mayor relevancia o trascendencia para la sociedad”, lo cierto es que se trataba de un juicio de valor o de experiencia utilizado por el legislador que en la doctrina se reconoce como concepto jurídico indeterminado, que lejos de permitirle a las autoridades públicas escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, como sería lo propio del ejercicio de una función absolutamente discrecional, los somete a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, les impone dicha decisión³⁴.

En el presente caso, dicho concepto debía analizarse y definirse a partir del contexto normativo previsto en la Ley 906 de 2004, y en especial, frente al artículo 330 de dicha normatividad, que le otorga competencia al Fiscal General de la Nación para determinar en un reglamento general, que delitos pueden someterse al principio de oportunidad, lo que no sólo evita cualquier decisión arbitraria de los fiscales delegados sino que también asegura la uniformidad e igualdad en la aplicación de la ley penal, tanto en relación con el ejercicio del citado principio, como frente al de legalidad estricta o necesidad (C.P. art. 250).

En mi opinión, conforme a lo expuesto, no existe la imprecisión que la Corte invocó para declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues la misma en sus parámetros normativos era absolutamente clara y rigurosa, permitiendo su cabal desarrollo a través de la facultad prevista a favor del Fiscal General de la Nación en la Ley 906 de 2004, conforme se establece en el artículo 251-4 de la Constitución, que le otorga al citado funcionario la condición de partícipe en el diseño de la política del Estado en materia criminal.

En la práctica la citada causal que fue declarada inexecutable por esta Corporación hubiese servido, en primer lugar, para resolver problemas de punibilidad derivados de los delitos complejos, en los cuales un delito absorbe la descripción típica de otra conducta punible meramente circunstancial, como por ejemplo, cuando frente a un mismo individuo se puede predicar la concurrencia fáctica de un hurto calificado por la penetración clandestina a un lugar habitado por otras personas (Ley 599, art. 240-3), con la perturbación de la posesión pacífica de terceros sobre inmuebles (Ley 599, art. 264); y en segundo término, en aquellos casos en los cuales se adelanta la instrucción por una mera tentativa, y con posterioridad, se investiga un delito consumado frente al mismo bien jurídico objeto de protección. Frente a esta última hipótesis, no tendría lógica conforme al principio de eficiencia de la administración de justicia, que la Fiscalía se desgastara, por ejemplo, en la investigación de una tentativa de lesiones personales, cuando con posterioridad frente a la misma persona ocurra un homicidio, pues en dichos casos para la sociedad tiene mayor relevancia la sanción del delito consumado, que aquél que por diversas circunstancias (aún por la propia voluntad del actor) no produjo el resultado esperado.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA

C-673/2005

SENTENCIA INTERPRETATIVA-Improcedencia (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO-Alcance (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-5452

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 221 (parcial) y 324 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Demandante: Diego Fernando Forero González.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado disiente de la decisión mayoritaria que declaró exequible de manera condicionada las expresiones “Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable” y “De todas maneras los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, contenidas en el inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004, e inexequible el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Respecto de las expresiones declaradas exequible de manera condicionada, las razones que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria consisten en la futilidad de los condicionamientos impuestos por la mayoría. En efecto, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, las sentencias interpretativas son una modalidad de decisiones cuya utilización está supeditada a la existencia de enunciados normativos susceptibles de ser interpretados de varias maneras posibles, algunas de ellas incompatibles con el texto

constitucional. Su uso no debe ser generalizado y gratuito sino que está condicionado a la existencia de interpretaciones inconstitucionales, lo cual no sucede en el presente caso pues los condicionamientos introducidos por la decisión mayoritaria son completamente innecesarios que se desprenden de la interpretación armónica y sistemática del Código de Procedimiento Penal.

Por ejemplo, respecto del primer enunciado normativo objeto de control en la decisión de la referencia, no se desprende que el fiscal esté imposibilitado de interrogar a los informantes para efectos de ordenar la práctica de un registro o allanamiento. Es decir, del precepto examinado no se derivan distintas interpretaciones alguna de las cuales deba ser expulsada del ordenamiento por ser contraria a la Constitución. Lo que resulta más curioso aun es que la interpretación introducida por el pronunciamiento de constitucionalidad en todo caso deja en manos del fiscal la decisión de interrogar al informante ya que el numeral segundo de la decisión textualmente establece que “en el caso de los informantes el fiscal podrá eventualmente interrogarlo a fin de apreciar mejor su credibilidad”, en consecuencia el condicionamiento no añade nada a las atribuciones y competencias del funcionario judicial y ni siquiera cumple con el eventual propósito de establecer salvaguardas en favor del derecho a la intimidad porque la decisión de interrogar a los informantes es discrecional.

Algo similar ocurre con el condicionamiento introducido a la segunda expresión examinada pues el texto demandado establece que los datos del informante serán reservados para efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías, y de este enunciado no se desprende la reserva de tales datos para el funcionario judicial. Por el contrario, del conjunto de atribuciones del juez de control de garantías y de su papel de juez de constitucionalidad del proceso penal se deriva precisamente lo contrario, esto es, la facultad de acceder a toda la información relevante para el proceso, dentro de la que se encuentra, por supuesto los motivos fundados para la práctica de ciertas pruebas, información de la que hace parte la identidad de los informantes.

Se reitera, entonces, que no existían los presupuestos necesarios para proferir una sentencia de interpretación condicionada y la decisión de la cual me aparto hace parte de una inconveniente y cada vez más extendida práctica consistente en producir sentencias interpretativas para aclarar el contenido normativo de ciertas disposiciones, práctica desafortunada que limita las posibilidades de interpretación por parte de la justicia ordinaria,

la cual, debe recordarse, ha de ser la primera llamada a determinar el alcance y contenido de las disposiciones que le corresponde aplicar y a ajustar los contenidos normativos legales al texto constitucional.

Por otra parte, tampoco considero que el numeral 16 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal sea inexecutable. El fundamento de la decisión fue la supuesta vaguedad de la redacción del precepto impugnado, de manera tal que éste “no regula la actividad de la fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad y por o tanto no consagra una actividad reglada, sino que permite el ejercicio de una actividad discrecional por fuera de los imperativos constitucionales”. Al respecto cabe señalar que, como bien se consigna en algunos apartes de la sentencia, el nuevo estatuto procedimental establece el principio de oportunidad reglado, y el numeral en cuestión establecía un supuesto que se ajustaba a tal concepción, el cual, como la mayoría de los restantes numerales, dejaba un margen de apreciación a los fiscales para su aplicación, margen de apreciación que en ningún caso puede confundirse con arbitrariedad ni con total discrecionalidad -como lo hace la sentencia- y que en todo caso es inherente a la configuración legal de la figura. No puede partirse del supuesto tendencioso de la mala utilización por parte de la Fiscalía de las competencias otorgadas en el nuevo estatuto, por el contrario se debe partir de la confianza y de la buena fe en el ejercicio de las atribuciones a cargo del ente investigador, máxime cuando tales atribuciones siempre han de estar sujetas al principio de legalidad y a controles específicos por parte de los jueces de control de garantías, los cuales en definitiva podrían en cada caso concreto juzgar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones adoptadas por los fiscales.

Adicionalmente, el precepto acusado debió ser estudiado de manera sistemática con la totalidad de las disposiciones que hacen referencia al principio de oportunidad, especialmente las restantes causales contempladas en el artículo 324 y los condicionamientos impuestos por el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, de esta manera habrían surgido claramente las limitaciones y condicionamientos a los que están sujetos los fiscales para la aplicación de la figura y se hubiesen precisado los alcances del precepto declarado inexecutable.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Ley 906 de 2004, art. 222.

2 Ley 906 de 2004, art. 223.

3 “ “ “ “ , art. 224.

4 “ “ “ “ , art. 226 y sig.

5 Carlos Climent Durán, La prueba penal, Valencia, 1999, p. 793.

6 Ley 906 de 2004, art. 237.

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

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

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

10 Mario Daniel Montoya, Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y proceso penal, Buenos Aires, 2001, p. 212.

11 Algunas críticas a los pagos de informantes, o más conocido como pactos contingentes o “contingent fees”, han sido planteadas por Milton Hirsch en “confidential informants: when crime pays”, University of Miami Law Review, vol. 39, p. 131.

12 En lo que concierne a la reserva de identidad de los informantes, en materia de narcotráfico, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el asunto Roviario¹² consideró que, por regla general, un oficial de policía no está obligado a descubrir el nombre de un informante, salvo que se considere que este último participó en la transacción que fue la causa próxima del arresto del imputado, es decir, que el Estado no cuenta con un privilegio absoluto para proteger la identidad de sus fuentes e informantes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, en el asunto Kostovski contra Países Bajos¹², sentencia del 20 de Noviembre de 1989, consideró que la información suministrada por personas anónimas, no podía ser fundamento de un fallo condenatorio, por cuanto, siguiendo el precedente sentando en el asunto Barberá y otros c. España, “Las pruebas deben practicarse, en principio, en presencia del acusado y en audiencia pública, de cara a un juicio contradictorio”¹². En palabras del Tribunal:

“El Convenio no impide apoyarse, en el período de la instrucción preparatoria, en fuentes como los informantes anónimos; pero el uso posterior de estas declaraciones, como pruebas suficientes para formar una convicción, suscita un problema diferente. En el caso de autos, llevó a limitar los derechos de defensa de manera opuesta a las garantías del artículo 6. De hecho, el Gobierno reconoce que la condena del demandante se fundó “de forma decisiva” en las declaraciones anónimas.

Por consiguiente, el Tribunal entiende que, en las circunstancias del caso, los derechos de defensa sufrieron tales limitaciones que no puede decirse que el señor Kostovski tuviera un proceso justo. En consecuencia, se llega a la conclusión de que se violó el apartado 3 d) en relación el artículo 6.1 del Convenio.”

Posteriormente, en el asunto Van Mechelen c. Holanda¹², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la conformidad o no con el Tratado de unas declaraciones rendidas por personas anónimas dependía de (i) el peso acordado a las mismas dentro del material probatorio; (ii) la intervención del juez con el propósito de verificar la credibilidad de las mismas; y (iii) la posibilidad acordada a la defensa de cuestionar la veracidad de aquéllas. De tal suerte que, en el caso concreto, el Tribunal estimó vulnerado el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos debido a que el único medio de prueba contra el acusado lo constituía unas declaraciones rendidas por unos agentes de la policía, quienes habían preferido conservar el anonimato¹².

En suma, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien los informantes pueden ser empleados en la fase de instrucción del proceso, las declaraciones por ellos brindadas no pueden ser el fundamento de un fallo condenatorio, ni tampoco escapan al respectivo control judicial.

14 Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 157 del 10 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso núm. 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso núm. 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002 y Gaceta del Congreso núm. 110 del 11 de marzo de 2003.

15 Teresa Armenta Deu, Lecciones de derecho procesal penal, Madrid, 2004, p. 39.

16 Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2000, p. 89.

17 Faustino Cordón Moreno, Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002, p. 20.

18 Tal es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde la normatividad procesal penal establece las siguiente causales (i) cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal; (ii) cuando se opongan intereses estatales prioritarios; (iii) en los delitos de acción privada y (iv) cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo. Claus Roxin, ob. Cit. P. 90

En otros países, como en Francia, la regla general es la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, usualmente conocida como “opportunité de poursuites”, pero sujeta a ciertas limitaciones, tales como la imposibilidad de desistir libremente una vez ejercida la acción penal, o la obligación de ejercer la acción penal siempre que el perjudicado por el delito se constituya en parte civil. Luis María Díez-Picazo, El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo, Madrid, 2000, p.14.

En el sistema acusatorio americano, por su parte, el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, mediante la figura del plea bargaining por razones tales como la ausencia de causa probable¹⁸, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido. Ernesto Chiesa Aponte, Derecho procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, 1995. Claudio Vitalote, La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad, Nápoles, 1991, citado por O.J. Guerrero, Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2005, p. 143.

19 Teresa Armenta Deu, Lecciones de derecho procesal penal, Madrid, 2004; Faustino Cordón

Moreno, Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002; Julio Maier, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2003.

20 Gaceta del Congreso núm. 339 del 23 de julio de 2003.

21 Gaceta del Congreso núm. 564 de 2003; Gaceta del Congreso núm. 89 del 25 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 104 del 26 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 44 del 26 de febrero de 2004; Gaceta del Congreso número 167 del 4 de mayo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 200 de 2004; Gaceta del Congreso núm. 378 del 23 de julio de 2004.

22 Ley 906 de 2004, art. 321.

23 Ley 906 de 2004, art. 322.

24 Ley 906 de 2004, art. 323.

25 Ley 906 de 2004, art. 324.

26 Winfred Hassemer, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", Revista Ciencias Penales, San José, 1995.

27 Daniel González Álvarez, "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", Revista Ciencias Penales, San José, 1997.

28 Disponía la norma en cita: "Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) 16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas".

29 Véase, al respecto, IBÁÑEZ GUZMÁN. Augusto J. El principio de oportunidad. GRANADOS PEÑA. Jaime. Antecedentes y Estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal. Revista Universitas. Junio de 2005. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

30 GIMENO SENDRA. José Vicente. Fundamentos del derecho procesal. Editorial Civitas. Madrid. 1981. Pág.195. Citado en: MESTRE ORDÓÑEZ. José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Colección criminología y victimología No. 4. Pontificia Universidad Javeriana.

Bogotá. 2003.

31 Ley 906 de 2004, artículos 153, 154, 286 y subsiguientes.

32 Ley 906 de 2004, artículo 321.

33 Código de Procedimiento Penal, referente al principio de oportunidad.

34 Sobre la materia se pueden consultar las sentencias: C-371 de 2002 y T-982 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).