

Corte Constitucional

Sentencia C-782/05

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Límites

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Concepto

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Núcleo esencial

DERECHO DE DEFENSA-Concepto

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACION-Alcance

GARANTIAS JUDICIALES-Convención Americana de Derechos Humanos

GARANTIAS JUDICIALES-Pacto Universal de Derechos Humanos

PROCESO PENAL-Finalidad/PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO-Definición

El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto.

CONFESION EN MATERIA PENAL-Razones para no exigir juramento

JURAMENTO-Finalidad

JURAMENTO DE TESTIGO Y TESTIMONIO-Distinción/TESTIMONIO-Concepto/CONFESION Y TESTIMONIO DE TERCEROS-Diferencias

CONFESION EN MATERIA PENAL-Características/CONFESION EN MATERIA PENAL Y CONFESION EN MATERIA CIVIL-Diferencias

Dos características especiales ha tenido la confesión en lo penal: la primera, que no puede ser provocada mediante interrogatorio de parte sometido a la formalidad previa del juramento, y la segunda, que ha de ser corroborada por otros medios de prueba, características éstas que se encuentran ausentes en lo civil, materia en la cual ha sido posible siempre provocar la confesión como ocurría en la antigua absolución de posiciones, hoy transformada en el interrogatorio de parte con ritualidades y consecuencias específicas, entre ellas la confesión ficta o presunta, lo que no ocurre en materia penal, en la cual la confesión ha de ser siempre expresa, de un lado; y, de otro, en cuanto la confesión en materia procesal civil, no requiere ser corroborada por otros medios de prueba, en aquellos

casos en que el hecho sobre el cual versa es susceptible de prueba por medio de ella, pero siempre podrá ser infirmada por cualquier medio de prueba, lo que, como se ve, es diferente de lo que sucede en el proceso penal.

**DILIGENCIA DE COMPROMISO-Obligación de prestar colaboración para esclarecimiento de hechos**

**BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración**

**ACUSADO Y COACUSADO COMO TESTIGO-Comparecencia bajo la gravedad del juramento**

El artículo 394 de la Ley 906 de 2004, establece que si el acusado o coacusado ofrecen declarar en su propio juicio, comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento podrán ser interrogados conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Un primer entendimiento de la norma en cuestión, significaría que si el acusado o el coacusado faltan a la verdad o la callan total o parcialmente, como una forma de ejercer su derecho a la defensa material, además podrían ser procesados por haber incurrido en un falso testimonio. O, puede suceder que ante el temor de resultar doblemente enjuiciado con graves consecuencias punitivas, opte por autoincriminarse o incriminar al cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes cercanos, con lo cual resultarían afectadas las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación. Ahora bien, ese primer entendimiento de la norma acusada resulta constitucionalmente inaceptable, pues es poner al acusado o al coacusado ante la disyuntiva de renunciar a sus garantías constitucionales por la posibilidad cierta de resultar doblemente enjuiciado, a menos que opte por el silencio en desmedro de su derecho a la defensa. No se trataría aquí del ejercicio del derecho al silencio, sino del silenciamiento del acusado amenazado por la posibilidad cierta de incurrir en un delito si declara callando en todo o en parte, o sin incriminarse. No obstante lo dicho, la norma acusada admite una interpretación acorde con la Constitución Política. Si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta. Para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio. Sentado lo anterior, si en el curso de un proceso el acusado o el coacusado deciden declarar sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, tal declaración será recibida como un testimonio, sujeta a las formalidades y excepciones propias del mismo, conforme a la Constitución y a la ley, y con las consecuencias jurídico-penales que correspondan en caso de faltar a la verdad o de callarla total o parcialmente.

Referencia: expediente D-5515

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 394, parcial, de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Demandante: Mauricio Pava Lugo

Magistrado Ponente :

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005).

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

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-1 de la Constitución Política el ciudadano Mauricio Pava Lugo, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 394, parcial, de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Por auto de 19 de noviembre de 2004, el magistrado sustanciador admitió la demanda presentada, y ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, se dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República, y al señor Fiscal General de la Nación, para los fines pertinentes.

En escrito recibido en la Secretaría de esta Corporación el 15 de diciembre de 2004, el Procurador General de la Nación, doctor Edgardo Maya Villazón, y el Viceprocurador General de la Nación, doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, manifestaron a la Corte Constitucional su impedimento para actuar en el presente proceso, pues, en ejercicio de sus funciones participaron en la comisión redactora, el primero, y en la subcomisión redactora, el segundo, del proyecto de ley que dio origen al nuevo Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, de cuyo texto hace parte la norma demandada.

Por auto de Sala Plena de 25 de enero de 2005, los impedimentos aludidos fueron aceptados, y por tal razón, mediante Resolución No. 049 de 17 de febrero de los corrientes, el Procurador General de la Nación en desarrollo de la facultad conferida por el numeral 33 del artículo 7º del Decreto-ley 262 de 2000, designó a la doctora Sonia Patricia Téllez Beltrán, para que conceptúe dentro del presente proceso.

## I. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, publicada en el Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Se subraya lo acusado.

“LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

“Artículo 394. Acusado y coacusado como testigo. Si el acusado y coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código”.

## III. LA DEMANDA

Mauricio Pava Lugo considera que el aparte normativo acusado, vulnera los artículos 29 y 33 de la Constitución Política, el artículo 14 del Pacto Universal de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968), y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), por las razones que se resumen a continuación:

La disposición acusada al condicionar la declaración del acusado y coacusado en su propio juicio a la formalidad del juramento, desconoce los derechos fundamentales a la no autoincriminación y el derecho a ser oído con las debidas garantías.

El condicionamiento impuesto en la norma cuestionada a ser oído en la audiencia del juicio oral bajo la gravedad del juramento, conlleva la obligación de decir la verdad, lo cual conduce a imponer al sujeto pasivo de la relación jurídica-procesal la obligación de autoincriminarse, pues en caso contrario tendría que guardar silencio lo que conduce a restringir su derecho a ser oído, y ello se traduce en una imposibilidad de ejercer su derecho a la defensa material.

## IV. INTERVENCIONES

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

Fernando Gómez Mejía, apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia, solicita la declaratoria de exequibilidad del aparte normativo acusado, contenido en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, con fundamento en los siguientes razonamientos:

El legislador en ejercicio de su libertad de configuración, de conformidad con la política criminal desarrollada por el Estado, consagró en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, una serie de garantías para la defensa del imputado, entre las cuales se encuentran la de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de sus allegados; a no autoincriminarse ni incriminar a sus parientes más cercanos, y; a tener un juicio público, oral, contradictorio, imparcial, con inmediación de las pruebas, concentrado y con todas las garantías. Con todo, en el literal I) del artículo citado, se establece que el imputado tendrá derecho a renunciar a las garantías referentes a la no autoincriminación y a tener un juicio público y oral, siempre y cuando se trate de una manifestación “libre consciente voluntaria y debidamente informada y con el debido asesoramiento de su abogado defensor”.

En ese orden de ideas, el apoderado de la entidad interveniente considera que no le asiste razón al demandante cuando afirma que se vulnera el artículo 33 superior, pues para que la renuncia que hace el imputado sea válida, debe cumplir los requisitos que para el efecto establece la ley, la cual adicionalmente ha de ser analizada por el juez de conocimiento. Ello se traduce en que el ofrecimiento que el acusado o el coacusado hacen de declarar en su propio juicio, se efectúa ante el juez de garantías o el juez de la causa, quienes de conformidad con lo estipulado por el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, les advertirá que tienen derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse “[l]o cual se constituye en una garantía en razón de que el juez en el estado social de derecho es el máximo garante de los derechos fundamentales de las personas”.

Añade que la expresión acusada además de no vulnerar las normas constitucionales que se consideran infringidas, coadyuva al fortalecimiento de los intereses de la justicia, como quiera que de conformidad con el artículo 95 de la Carta uno de los deberes del ciudadano es colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Destaca el hecho de que el sistema acusatorio posee unas características importantes, una de las cuales es la supresión de las funciones judiciales del fiscal, quien no podrá practicar pruebas, ya que solamente subsistirán como tales las que sean realizadas en audiencia pública, en presencia del juez de conocimiento. Así mismo, en el nuevo proceso una vez iniciado el juicio oral y público, según lo dispuesto por el artículo 367 de la ley acusada, el juez advertirá al acusado si se encuentra presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le debe conceder el uso de la palabra para que manifieste sin apremio ni juramento, si se declara culpable o inocente. En el primero de los casos tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible de los cargos aceptados, por el contrario, si no se hace ninguna manifestación se entenderá que se declara inocente. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 368, en el caso de que el acusado reconozca su culpabilidad el juez “[d]eberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad”.

Finalmente, a juicio del apoderado de la entidad interveniente, el ofrecimiento a que se refiere la norma cuestionada, es una renuncia que en forma voluntaria hace el imputado de los derechos que en su favor consagra la ley, asistido por la defensa técnica y previa las advertencias de ley que hace el juez, razón por la cual no se violan los artículos 29 y 33 de la Constitución Política.

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

Para el Fiscal General de la Nación, la norma acusada de manera parcial no desconoce las normas constitucionales que a juicio del demandante se encuentran infringidas, pues el nuevo marco jurídico penal conocido como sistema acusatorio garantiza de manera clara el derecho de todo imputado a no incriminarse, elevado a principio rector de procedimiento. Con todo, se trata de un derecho al que puede renunciar el imputado siempre y cuando se trate de una manifestación voluntaria, libre, espontánea, consciente, debidamente informada, con el asesoramiento de su defensor “[c]uya razón de ser puede obedecer a un

acto de conciencia o de conveniencia procesal”.

En ese orden de ideas fue voluntad del legislador dejar al arbitrio del imputado la posibilidad de guardar silencio o de hacerse partícipe de su propia causa como complemento del derecho a la defensa técnica que le asiste. En ese sentido también se le permite contrainterrogar a los testigos de cargo bien sea directamente ya por medio de su apoderado, así mismo, tiene la facultad de rendir su propio testimonio en la audiencia pública de juicio oral, como lo consagra la norma que ahora se cuestiona, sin que de ello se pueda predicar que contradice la Constitución Política, pues no se trata de una imposición sino de un ofrecimiento que hace el imputado, el cual, en el momento en que decida acogerse a ello debe correr con las consecuencias que eso implica “[c]omo es someterse a las mismas reglas de juego que existen para todas las partes, que es el deber de cumplir con el efecto del juramento, concerniente al compromiso con la verdad”.

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

La Procuraduría General de la Nación en concepto N° 3780 de 15 de marzo de 2005, solicitó a la Corte Constitucional la declaratoria de exequibilidad del aparte normativo acusado, contenido en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, por las razones que pasan a exponerse:

La Procuradora Auxiliar para asuntos constitucionales, inicia su concepto refiriéndose a los artículos 33 y 29 de la Carta Política que consagran en su orden el derecho a la no autoincriminación y el debido proceso, así como a los instrumentos internacionales que proscriben la tortura y los malos tratos como método de investigación y obtención de pruebas o de confesiones, de donde deduce que existe unanimidad en proscribir cualquier método coercitivo para la obtención de la declaración del sindicado. Con todo, agrega que se acepta que éste voluntariamente declare, evento en el cual, en todo caso, se prohíbe la adopción de figuras, métodos o procedimientos que insten al declarante a otorgar una confesión, como puede ser: preguntas dirigidas, capciosas, etc.

Hace referencia también al derecho comparado para citar muy brevemente el sistema continental, en el cual lo propio es llamar al acusado a responder ya sea a través de la indagatoria o entrevista personal, en contraposición al sistema adoptado por el derecho norteamericano en “[d]onde la imposibilidad de llamar al acusado a declarar es prácticamente absoluta toda vez que él no debe ni tiene porqué demostrar nada en el proceso”. Sin embargo, expresa el Ministerio Público, en dicho sistema se ha establecido que si el acusado pretende hacer uso de su derecho a declarar, torna su condición de acusado y se somete a las condiciones de cualquier testigo, razón por la cual se le impone el deber de prestar juramento, y asume el riesgo de ser examinado por la contraparte en el interrogatorio, así como de incurrir en perjurio en caso de faltar a la verdad.

Descendiendo a la norma acusada, aduce que derechos tales como el consagrado en el artículo 33 de la Constitución, pueden ser objeto de renuncia por parte de sus titulares, siempre y cuando dicha renuncia sea producto de un acto voluntario, libre de coerción. Por ello, la propia Ley 906 de 2004, al establecer los principios que rigen el nuevo sistema penal, estableció en el artículo 8 unos requisitos tendientes a garantizar el derecho de defensa del imputado. Siendo ello así, si la declaración que contempla la norma cuestionada cumple con los mencionados requisitos, es decir, si se trata de una manifestación libre, voluntaria,

consciente y debidamente informada, debe entenderse ajustada a la Carta Política, pues se está ante “[u]n derecho fundamental renunciable”.

Esa circunstancia según la Vista Fiscal, se encuentra corroborada con otras disposiciones de la ley acusada, como son los artículos 367 y 368, las cuales cita textualmente. Así las cosas, aduce que se puede afirmar que “[e]l ofrecimiento que hacen el acusado y coacusado para declarar en su propio juicio y que contempla el precepto parcialmente acusado, es una renuncia a un derecho constitucional, renuncia que, por sus efectos, debe estar precedida de los requisitos señalados por el legislador y la doctrina internacional”.

Por último, para el Ministerio Público esta Corporación reiteradamente ha reconocido la amplia libertad de configuración con que cuenta el legislador para variar la filosofía que orienta un determinado régimen legal “[d]e acuerdo con sus propias perspectivas y criterios acerca de lo que requiere la convivencia social sin entrar en colisión con la Carta Política”. Siendo ello así, en el presente caso el legislador contempló la renuncia a un derecho constitucional que, por su naturaleza es disponible y como tal constitucional.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

### 2. El problema jurídico que se plantea

El demandante estima que el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, al consagrarse la posibilidad de que el acusado y el coacusado actúen como testigo en su propio juicio, rindiendo declaración bajo la gravedad del juramento, vulnera abiertamente los derechos del sindicado o procesado a la no autoincriminación y al ejercicio de su defensa material, consagrados en los artículos 33 y 29 de la Constitución Política.

### 3. Las garantías constitucionales de quien es sindicado de un delito no pueden ser reducidas o restringidas por normas legales.

Entre los fines esenciales que consagra el artículo 2 de la Constitución Política, se encuentra el de garantizar la efectividad de los “principios, derechos y deberes”, y que las autoridades de la República, se encuentran instituidas “para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”. Claramente se observa que esos fines están dirigidos al Estado y a sus autoridades, entre ellas el legislador, quien al diseñar la política criminal del Estado se encuentra en la obligación de respetar las garantías constitucionales. Para el ejercicio de esa función legislativa se presenta la difícil tarea de armonizar la protección de los principios y derechos que la Constitución reconoce y garantiza a las personas con su efectividad, de suerte que la protección de unos principios y derechos no se traduzca en la vulneración de otros, o por el contrario, que en aras de buscar la efectividad de ciertos derechos, se renuncie a garantías constitucionales que protegen los derechos fundamentales.

Si bien es cierto que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para regular el poder punitivo del Estado, como lo pone de presente la Fiscalía General en su intervención, y en ese orden de ideas puede crear o suprimir figuras delictivas, introducir

clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas; se trata de una labor en la que no pueden resultar desconocidos derechos fundamentales como el debido proceso, el cual está integrado por una serie de garantías sustanciales y procesales tendientes a asegurar la legalidad y la eficacia de la administración de justicia en la investigación y juzgamiento de los delitos, con miras a garantizar la libertad de los individuos y los demás derechos que puedan resultar afectados, sin menoscabo del derecho al debido proceso que traza el límite para el ejercicio de la potestad de juzgar al sindicado y aplicar el *ius puniendi* del Estado.

Entre los principios y derechos que la Constitución consagra a favor del sindicado o procesado, está el debido proceso (CP. art. 29), entendido como la posibilidad que tienen las partes en un proceso judicial o administrativo de hacer uso de las facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les reconoce; el de la presunción de inocencia; y, el de la no autoincriminación, en virtud del cual nadie puede ser “obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (CP. art. 33).

El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, “[u]na forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.

Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvieren a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados”<sup>1</sup>.

El principio que consagra el artículo 33 de la Constitución Política, como ha sido recordado por esta Corporación, no es un asunto nuevo en el constitucionalismo de nuestra República<sup>2</sup>. Así desde la Constitución de Cúcuta aprobada en 1821, hasta la Constitución vigente se ha establecido este principio como una de las garantías con las que cuenta el procesado o sindicado como mecanismo para ejercer su derecho de defensa. Sobre este aspecto el profesor Copete Lizarralde comentó refiriéndose al artículo 25 de la Constitución de 1886, lo

siguiente:

“[E]l meollo de este artículo reside en la proscripción absoluta del uso de métodos que puedan obligar a la confesión. Esta que parecía una conquista definitiva de la civilización, se ve amenazada en nuestros días con la aparición de sistemas científicos que por disolver la personalidad misma, contrarían el derecho a la impenetrabilidad de la conciencia. Los bárbaros métodos antiguos siempre encontraron barrera en una férrea voluntad; ésta desaparece con los modernos. De aquí que hoy sea insuficiente la norma que comentamos. La Comisión de Estudios Constitucionales de 1945 adoptó, a propuesta del profesor LUIS LÓPEZ DE MESA, el siguiente proyecto de enmienda: ‘Nadie podrá ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo ni contra parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad ni ser sujeto a procedimiento alguno de investigación que atemorice gravemente o perturbe el ejercicio normal de sus funciones’<sup>3</sup>.

Por su parte, el autor Francisco de Paula Pérez, también al referirse al artículo 25 citado, se expresó en los siguientes términos:

“[L]a prueba de que se ha cometido un delito corre a cargo de la sociedad, o mejor dicho, del estado. El ciudadano se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario. Por lo mismo resultaría contrario a la naturaleza, que se le obligara en asuntos criminales a declarar contra sí mismo, y que se revivieran las torturas con que en las épocas antiguas se trataba del esclarecimiento de acciones criminales que en realidad entrañaban, por la残酷 en los métodos empleados, un delito mayor que cualquiera que hubiese cometido el sindicado. La persona humana tiene el deber de conservar su integridad moral, y hasta los más temibles delincuentes han de ser respetados en aquellas prerrogativas esenciales.

Sobre bases semejantes ha de reconocerse el derecho a no ser obligado a declarar contra parientes cercanos, porque el deponente puede verse colocado entre cumplir un deber legal y atender a la voz imperiosa de la sangre. No se debe colocar a nadie contra las normas inmutables de la naturaleza. El legislador tiene que reconocer esas vinculaciones sagradas y no romperlas por la fuerza.

El doctor José María Samper expone:

Este artículo faltaba por completo en el proyecto de constitución, tal como este había sido propuesto por la comisión y discutido por el consejo constituyente. Cuando se trató de revisar todo lo aprobado, nosotros propusimos, como inciso del artículo 25, el que aquí se lee: quedando aprobado sin oposición alguna, y después como artículo separado.

En otras constituciones de la república había figurado esta disposición, y era necesario mantenerla o restablecerla, dado que es abiertamente inmoral que la ley obligue a ninguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía) contra sí misma o contra sus parientes más cercanos, que son los clasificados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Innecesario nos parece demostrar, ni aun brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, y entre las garantías civiles consagradas por gran

número de constituciones. La garantía es de derecho natural”<sup>4</sup>.

Ha sido pues una preocupación constante del Constituyente colombiano, garantizar el principio de la no autoincriminación del imputado, pues él en ejercicio de su derecho de defensa tiene la posibilidad de hablar o de callar, es decir, sólo él tiene la facultad de decidir sobre su propia declaración. Ahora, los derechos de defensa y de no autoincriminación no se limitan a las prescripciones de derecho interno consagradas en la Constitución de 1991, sino en tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968), y la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), en los cuales se establecen unas garantías mínimas que recogen elementos sustantivos del derecho de defensa, los cuales ineludiblemente han de ser tenidos en cuenta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93, inciso segundo de la Carta Política, en el que se establece que: “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En ese sentido, es relevante traer a colación, el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, el cual consagra que:

“ Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Por su parte, el Pacto Universal de Derechos Humanos, en su artículo 14 dispone lo siguiente:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

Como queda visto, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto.

La humanización del Derecho Penal, ha ido en constante evolución siempre en la dirección de preservar la dignidad y la libertad de la persona a quien se juzga. Por ello, además de los principios señalados anteriormente el proceso penal no puede adelantarse de cualquier manera, sino que al Estado se impone el respeto de las garantías mínimas consagradas en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, entre los cuales se encuentra como un principio, el de incoercibilidad de la persona del sindicado. Así, se eliminó la tortura para obtener la confesión en la época en que ésta se tuvo como la regina probatorum, en cuya obtención era lícito torturar al sindicado para obtener así lo que entonces se consideraba una colaboración con la administración de justicia; y, de la misma manera y bajo igual concepción, también era lícito el tormento para el testigo, que debía declarar lo que supiera, aun en relación con su cónyuge y los parientes próximos.

No obstante, a partir de las reflexiones de Beccaria en su obra "De los delitos y de las penas", no es posible la obtención de la confesión a cualquier precio, ni puede desconocerse la solidaridad del acusado y del testigo con su cónyuge, compañero o compañera permanente, o con quienes se encuentra ligado por los lazos de la sangre de manera inmediata.

En cuanto hace relación a las razones para no exigir el juramento al sindicado en la declaración sobre su propia conducta, se ha coincidido por diversos autores, en que se trata de garantizar la libertad y espontaneidad de la declaración de quien está siendo investigado por la posible comisión de un delito. En ese sentido, dijo Beccaria:

"Una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre nace de los juramentos que se exigen al reo, para que sea un hombre veraz precisamente cuando mayor interés tiene en ser falso; como si el hombre pudiese jurar sinceramente que ha de contribuir a su propia destrucción..."<sup>5</sup>

Por su parte, Carrara, tras recordar que el interrogatorio fue costumbre medieval, propia del proceso inquisitivo cuando se pretendía obtener con él la confesión, señala:

"A la sabiduría romana se remonta la sentencia: es inhumano que las leyes con que se castiga el perjuro, le abran camino al perjurio. Sin embargo, en los tiempos medievales se introdujo la costumbre de hacerle jurar al acusado en su interrogatorio..."<sup>6</sup>

Por su parte, Framarino Dei Malatesta, expresó al respecto:

"Dijimos que el acusado no solo no puede ser obligado a confesar, sino que no se puede

constreñido a rendir testimonio. Ahora bien, el juramento no se toma como forma protectora de la verdad sino en cuanto se cree que tiene virtualidad para ejercer una coacción interior que obligue al testigo a decir la verdad. De consiguiente, el juramento está en contradicción con el derecho del sindicado a no testimoniar, o simplemente a no confesar que es autor del delito, ya que el juramento es una coacción sobre su ánimo, y toda coacción, interior o exterior, que implique violencia sobre el acusado para que confiese, es siempre ilegitima y debe ser rechazada”<sup>7</sup>

4. Constitucionalidad condicionada del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. El juramento prestado por el acusado o coacusado cuando ofrezca declarar en su propio juicio, no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta.

4.1. La Ley 906 de 2004, incluyó en el capítulo Capítulo III, Parte II, “Las reglas para la prueba testimonial”, y en el artículo 394 acusado parcialmente, establece la posibilidad de que el acusado y coacusado ofrezcan declarar en su propio juicio, evento en el cual comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento.

Desde sus orígenes el juramento, entendido como un compromiso solemne de ajustar la declaración que se rinde a la verdad, sin omitirla ni en todo ni en parte, implica que quien lo presta queda atado por él, pues pone por testigo de su dicho a la divinidad o, en general a lo que considera tan sagrado para él y para la comunidad a la que pertenece, que se ve compelido a no deshonrar su promesa de no faltar a la verdad. Por ello, el perjurio fue y ha sido objeto de sanción punitiva por el Estado. Es la creencia pública en que quien jura no traiciona el juramento y hace creíble su declaración por haberlo prestado, lo que llevó a los legisladores a establecerlo como formalidad previa para ciertos actos jurídicos, o inclusive como medio de prueba en materia civil, en las modalidades del juramento estimatorio, juramento deferido por la ley y juramento decisorio<sup>8</sup>. En cambio, en materia penal, contrario de lo que sucede en materia civil, el juramento no ha sido aceptado por el legislador como medio de prueba, para preservar el derecho del sindicado a no declarar contra sí mismo.

El juramento en el Derecho, cumple también finalidad distinta a la de servir como medio de prueba. Ello sucede cuando el legislador lo instituye como una formalidad previa a la celebración de ciertos actos jurídicos, como por ejemplo, para la posesión de empleos o cargos públicos en todas las ramas del poder; o, para declarar ante autoridad administrativa la inexistencia de circunstancias constitutivas de inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio de ciertos cargos o la realización de algunos actos determinados. En materia procesal, el juramento que se exige como requisito previo a la declaración testifical es distinto del testimonio que se rinde por el declarante, como quiera que la declaración sobre el conocimiento del testigo de unos hechos determinados que interesan al proceso, es posterior al juramento que constituye como acto previo una promesa solemne de sujetarse a la verdad y de declararla completa, so pena de la sanción penal que el quebranto de ese juramento traiga consigo.

El testimonio en sentido amplio, es toda declaración de ciencia o conocimiento que sobre hechos que interesan al proceso se realiza por una persona. Así entendido, conforme a la doctrina universal en materia probatoria esta prueba personal, incluye entre sus especies: la confesión y el testimonio de terceros. Nuestra legislación, siempre ha establecido diferencias

entre las dos, pues mientras la confesión implica la aceptación de hechos por quien es parte en el proceso y de la cual se derivan consecuencias jurídicas desfavorables, el testimonio en sentido estricto, es la declaración de un tercero sobre hechos de los cuales tiene conocimiento y cuya fijación se requiere en el proceso.

Desde siempre en el proceso se ha exigido como requisito de la confesión que sea voluntaria, libre y espontánea, tanto en el proceso penal, como en los demás procesos, como quiera que ella se encuentra destinada a obrar como prueba en contra de la parte que confiesa. Sin embargo, dos características especiales ha tenido la confesión en lo penal: la primera, que no puede ser provocada mediante interrogatorio de parte sometido a la formalidad previa del juramento, y la segunda, que ha de ser corroborada por otros medios de prueba, características éstas que se encuentran ausentes en lo civil, materia en la cual ha sido posible siempre provocar la confesión como ocurría en la antigua absolución de posiciones, hoy transformada en el interrogatorio de parte con ritualidades y consecuencias específicas, entre ellas la confesión ficta o presunta, lo que no ocurre en materia penal, en la cual la confesión ha de ser siempre expresa, de un lado; y, de otro, en cuanto la confesión en materia procesal civil, no requiere ser corroborada por otros medios de prueba, en aquellos casos en que el hecho sobre el cual versa es susceptible de prueba por medio de ella, pero siempre podrá ser infirmada por cualquier medio de prueba, lo que, como se ve, es diferente de lo que sucede en el proceso penal.

4.2. El artículo 394 de la Ley 906 de 2004, establece que si el acusado o coacusado ofrecen declarar en su propio juicio, comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento podrán ser interrogados conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos que anteceden, un primer entendimiento de la norma en cuestión, significaría que si el acusado o el coacusado faltan a la verdad o la callan total o parcialmente, como una forma de ejercer su derecho a la defensa material, además podrían ser procesados por haber incurrido en un falso testimonio. O, puede suceder que ante el temor de resultar doblemente enjuiciado con graves consecuencias punitivas, opte por autoincriminarse o incriminar al cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes cercanos, con lo cual resultarían afectadas las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación.

Podría argüirse en pro de la constitucionalidad de la norma que ahora se analiza, como lo señalan los intervinientes, que no se afecta la libertad del declarante, pues el verbo rector del precepto acusado es el de ofrecer, es decir, que puede interpretarse como una manifestación “libre, consciente, voluntaria y debidamente informada”, como lo dispone el artículo 8 de la ley acusada; es decir, que el acusado o coacusado pueden optar antes de rendir la declaración por el ofrecimiento a prestarla, o abstenerse de hacerlo y, en esas condiciones no se trataría de la obligación de declarar contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos, y, así, no resultarían quebrantados ni el derecho a la defensa ni la garantía establecida por el artículo 33 de la Constitución Política.

Con todo, tal interpretación a juicio de la Corte no se acompasa con la Constitución, por cuanto no puede pasarse por alto que en la sicología propia del testimonio humano la

dirección por parte del interrogador puede conducir a la pérdida de la claridad y precisión en la exposición del declarante, o desviar el sentido en que se relatan los hechos, o tener tal grado de injerencia en la persona que declara, que se provoque de manera coactiva la manifestación de hechos que pueden resultar en pugna con el derecho del sindicado a guardar silencio total o parcialmente, o a dar una versión que sería distinta sino hubiera mediado esa circunstancia. Por ello, no puede aducirse que el ofrecimiento de declarar fue voluntario, para sacar avante la constitucionalidad de la norma acusada, pues ello significaría ignorar que aceptado tal ofrecimiento se le impone al acusado o coacusado el deber jurídico de prestar juramento antes de rendir la declaración con consecuencias penales, lo que significa que en tal caso, por las condiciones subjetivas en que se encuentra una persona acusada de la comisión de un hecho punible, su declaración bajo la gravedad del juramento con consecuencias penales, ya no sea tan libre, voluntaria y consciente.

Precisamente, sobre este particular, el profesor Luigi Ferraloji, expresa que:

“En el interrogatorio del imputado es donde se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre método inquisitivo y método acusatorio. En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba ‘el comienzo de la guerra forense’, es decir, ‘el primer ataque’ del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio la confesión. De aquí no sólo el uso de la tortura ad veritatem erundam... Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse. Nemo tenetur se detegere es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio, enunciada por Hobbes y recibida a partir del siglo XVII en el derecho inglés. De ella se siguen, como corolarios, la prohibición de esa ‘tortura espiritual’, como la llamo Pagano, que es el juramento del imputado; el ‘derecho del silencio’, según palabras de Filangieri, así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas; la prohibición por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique, con drogas o con prácticas hipnóticas; la consiguiente negación del papel decisivo de la confesión, tanto por el rechazo de cualquier prueba legal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales; el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales”.<sup>9</sup>

Podría igualmente aducirse, como lo hace el apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia, en defensa de la constitucionalidad de la norma cuestionada, que ella “coadyuva al fortalecimiento de los intereses superiores de la justicia, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 95 de la Carta Política uno de los deberes de la persona y del ciudadano es colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

Al respecto es importante recordar que la Corte al examinar la constitucionalidad de la expresión contenida en el numeral 1 del artículo 368 de la Ley 600 de 2000, en la cual se consagraba como exigencia para el sindicado al suscribir la diligencia de compromiso, la obligación bajo la gravedad del juramento de prestarle al funcionario competente “[...]a colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos”, encontró que se trataba de

una imposición que contrariaba el ordenamiento constitucional, pues si bien todo ciudadano por disposición del artículo 95, numeral 7, de la Constitución se encuentra en el deber de “[C]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”, cuando se trata de una persona procesada por la posible comisión de un delito, puede resultar desconocido el artículo 33 del Estatuto Fundamental. En esa oportunidad la Corte razonó de la siguiente manera:

“[U]na cosa es el deber genérico de colaborar con la administración de justicia y, otra cosa diferente establecer para el sindicado en un proceso determinado un deber específico de colaborar de una manera especial y con un propósito determinado, como ocurre con la norma acusada. En efecto, al señalar el precepto acusado que cuando el funcionario lo solicite, puede obtener bajo la gravedad del juramento, la colaboración necesaria del sindicado para el esclarecimiento de los hechos, la norma, lleva consigo un elemento subjetivo, al dejar al arbitrio del funcionario competente la valoración de la conducta, pues el aparte demandado permite que sea el funcionario el encargado de valorar que tan necesaria fue la colaboración que prestó en su momento la persona investigada”.

(...)

...el precepto acusado, impone que bajo la gravedad del juramento, el procesado como requisito para mantener su libertad provisional, debe prestar al funcionario lo que allí se denomina ‘colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos’, ésta obligación, a juicio de la Corte, resulta vulneratoria de la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 de la Constitución, y no puede aceptarse que se trata de cumplir con el deber de colaboración con la administración de justicia (artículo 95-7), norma que no puede ser interpretada en forma aislada, sino en armonía con el artículo 33 ibídem.

Es bajo este entendimiento, que la Corte reitera que de conformidad con la Constitución el sindicado no puede ser obligado a hablar, si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados, puesto que el esclarecer los hechos lleva consigo, una serie de conductas, como por ejemplo, saber si efectivamente el hecho ocurrió, y que circunstancias de modo, tiempo o lugar hicieron que se cometiera el ilícito, razón por la que dentro de la declaración que profiera la persona investigada, pueden darse circunstancias que agraven posteriormente su pena o que reflejen la autoría que ésta pudiera tener dentro de la conducta punible”<sup>10</sup>.

Como se ve no existe ninguna incompatibilidad entre el deber de colaborar con la administración de justicia que establece el artículo 95-7 de la Carta, la presunción de inocencia, el derecho pleno de defensa, y el que la misma Constitución consagra para que el sindicado no sea compelido a autoincriminarse ni a declarar contra su cónyuge o parientes cercanos a que se refiere el artículo 33 superior. Aquel deber no puede interpretarse de manera expansiva hasta el punto de hacer nugatorio derechos fundamentales como los mencionados. La interpretación de la Constitución ha de ser integral de manera que se eliminen supuestas antinomias, más cuando estas ni siquiera tienen existencia según ya se ha demostrado.

A juicio de la Corte, las garantías constitucionales que integran el derecho de defensa material, entre ellas la de ser oído o guardar silencio, así como la no autoincriminación, son

garantías históricamente obtenidas, reconocidas por el constitucionalismo moderno y por los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 del Estatuto Fundamental, garantías que no pueden ser soslayadas so pretexto de introducir uno u otro sistema jurídico-penal, independientemente del modelo del que se tomen.

En la filosofía que orienta la adopción de un determinado sistema penal, ahora el acusatorio, existen garantías constitucionales producto de luchas de la humanidad que no son renunciables; por el contrario, deben ser maximizadas por estar de por medio el principio constitucional a la libertad individual y el respeto a la dignidad humana. Ahora, no significa lo anterior, que el procesado no pueda optar dentro de su libre autonomía, por confesar el delito por el cual se le incrimina, caso en el cual previo el cumplimiento de los requisitos legales, al juez le corresponderá valorar ese medio de prueba, pero solamente sobre el supuesto de la absoluta libertad y espontaneidad de quien confiesa, pues en caso contrario se trataría de la provocación forzada de una confesión, circunstancia que se traduce en un verdadero atentado contra la dignidad humana, la libertad y la autonomía de la voluntad. Para la Corte es claro que la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, tiene el derecho de guardar silencio y de reservarse datos o hechos que puedan resultar perjudiciales para sus intereses y los de sus allegados.

4.3. No obstante lo dicho, la norma acusada admite también una interpretación distinta a la anterior y acorde con la Constitución Política. Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. Es entonces el juramento, un llamamiento solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación.

No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta. De igual modo, resulta indispensable que desaparezca la disyuntiva constitucional de poner al sindicado a escoger entre su propia defensa y la posibilidad de resultar doblemente enjuiciado. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la

prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio.

Sentado lo anterior, ha de observarse por la Corte, que si en el curso de un proceso el acusado o el coacusado deciden declarar sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, tal declaración será recibida como un testimonio, sujeta a las formalidades y excepciones propias del mismo, conforme a la Constitución y a la ley, y con las consecuencias jurídico-penales que correspondan en caso de faltar a la verdad o de callarla total o parcialmente.

4.4. Así las cosas, teniendo en cuenta los razonamientos anteriores de los cuales se desprende que la norma acusada admite dos interpretaciones, una de las cuales riñe con la Constitución, mientras la otra se ajusta a la Carta, en virtud de los principios de conservación del Derecho, de sujeción de la ley a la Constitución y de la interpretación de las normas legales conforme a ésta, habrá de declararse la constitucionalidad condicionada del artículo 394 de la Ley 906 de 2004.

## VII. DECISION

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

### RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE las expresiones "...como testigo" incluida en el título y "...comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento", contenidas en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Presidente

CON ACLARACIÓN DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-782 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

ACUSADO Y COACUSADO COMO TESTIGO-Comparecencia bajo la gravedad del juramento (Salvamento de voto)

REF.: Expediente D-5515

Demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 394, parcial, de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”

Magistrado Ponente:

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito salvar mi voto a la presente sentencia, con fundamento en las siguientes razones:

1. En primer lugar, considero que el condicionamiento propuesto en la parte resolutiva de esta sentencia no agrega nada nuevo, pues dicha advertencia ya está prevista en el artículo 385 del C.P.P., como también se encuentra contenida en la garantía del artículo 33 de la Constitución Nacional.

2. En segundo lugar, la garantía de que la declaración sea libre es, en mi concepto, esencial del ordenamiento penal, pues de no serlo, se produce una nulidad. Creo preciso recordar, que aún en el sistema penal norteamericano, muchas declaraciones se hicieron por coacción, pues solo hasta el caso “Miranda” fue que se comenzó a garantizar el no ser obligado a declarar contra sí mismo.

3. En tercer lugar y considerando globalmente este tema, encuentro que existen garantías procesales consagradas en la Constitución, que no tienen efectividad en la práctica, como ocurrió en los Estados Unidos durante mucho tiempo. A mi juicio, sólo un tribunal

democrático puede poner coto a esos abusos, al exigir que la declaración del acusado debe ser libre y espontánea y no puede por lo tanto, ser obligado a declarar contra sí mismo, aunque su declaración sea voluntaria. Así mismo, me parece del caso recordar que tradicionalmente se ha desconfiado del carácter garantista de la figura de la confesión.

Así, en Colombia existen unos plazos para formular la imputación, efectuar la audiencia preparatoria y para la realización del juicio. Cuando no hay todavía imputación (art. 282 C.P.P), la persona no puede ser obligada a una declaración y cuando ya la hay, opera el control de garantías (art. 293 C.P.P.). Es decir, que el juez debe controlar si la declaración es voluntaria o no. Igualmente, considero que durante la audiencia preparatoria el imputado puede declarar libremente si se considera inocente o culpable (arts. 355 y 356 C.P.P), pero esta declaración es para que se defienda, al igual ocurre al inicio de la audiencia (art. 366 C.P.P.).

4. En cuarto lugar, la advertencia que se debe hacer al acusado en todas las etapas, no constituye, en mi opinión, una garantía del derecho de defensa y pese al condicionamiento que se propone, subsiste el temor de que no se respete el derecho a ser oído. Así mismo reitero que el juramento afecta una declaración que debe ser libre y espontánea y me parece del caso advertir, que si el derecho de defensa no es absoluto, tampoco lo es el derecho a la verdad, pues con esa concepción se ha abierto paso a un derecho penal, cuya historia es la de la perversidad (torturas, juicios de Dios, penas infamantes, etc.). Por tanto, hay que expresar claramente que mientras transcurre la investigación y el juicio se es inocente y quien debe demostrar la culpabilidad es el Estado.

5. En quinto lugar, considero necesario aclarar, que el artículo 385 (C.P.P) es para todos los testimonios, pues aún para las personas obligadas a declarar se consideran unas excepciones. Reitero por tanto, que el acusado no puede ser obligado a declarar, lo cual no ha cambiado con el sistema acusatorio.

6. En sexto lugar, respecto de este tema siguen existiendo, en mi opinión, dos posiciones distintas en la Sala: la de quienes consideran que si puede obligarse al acusado a ese juramento y la de quienes estimamos que no. Adicionalmente, considero que decir que no vale el juramento genera todo tipo de problemas. Por tanto a mi juicio el dilema sigue siendo el mismo.

7. En séptimo lugar, mi propuesta en este caso es conforme con la de la ponencia original presentada por el Magistrado Alfredo Beltrán, esto es: "Declarar exequibles las expresiones "como testigo" y "comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento", contenidas en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que el juramento prestado por el declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de su declaración sobre la propia conducta; y que en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante.".

8. Finalmente y con fundamento en los argumentos expuestos, me permito manifestar mi salvamento de voto a la presente sentencia por cuanto considero que las expresiones acusadas son inconstitucionales.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-782 de 2005

Referencia: Expediente D-5515

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 394, parcial, de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Demandante: Mauricio Pava Lugo

Magistrado Ponente:

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.<sup>11</sup> Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaría General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.<sup>12</sup> O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrá, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.<sup>13</sup> En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC<sup>14</sup>. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953<sup>15</sup>. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos

por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warrem trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* - mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.<sup>16</sup>

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendel Holmes - denominado el gran disidente - sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando - más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto - decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Sent. C-621/98 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Cfr. Sent. C-426/97 M.P. Jorge Arango Mejía

3 Copete Lizarralde, Alvaro, Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, Editorial Temis, 1957, páginas 50 y 51.

4 Pérez Francisco de Paula, Derecho Constitucional Colombiano, Ediciones Lerner, Bogotá Quinta Edición, 1962, páginas 176 y 177.

5 Beccaria, Cesare. De los delitos y de las penas. Editorial Aguilar 1969. Páginas 93 y 94.

6 Carrara, Francisco. Programa de Derecho Penal. Editorial Temis, 1957, Tomo II, pag. 937.

7 Framarino Dei Malatesta. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Bogotá, Editorial Temis, 1964, Tomo II, pag. 161.

8 Código de Procedimiento Civil. “Artículo 211. Juramento estimatorio. El juramento de una parte cuando la ley autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admite o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colisión.

Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia”.

El juramento decisorio, en virtud del cual el juez debería decidir conforme a lo jurado, fue suprimido por el actual Código de Procedimiento Civil, desde 1970, aun cuando existió con la Ley 135 de 1931.

9 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Editorial Trotta, 2<sup>a</sup> edición, 1997.

10 Sent. C-776/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

11 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

12 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

13 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

14 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

15 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent.* 39 A.B.A.J. (1953), 794.

16 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion.* 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.